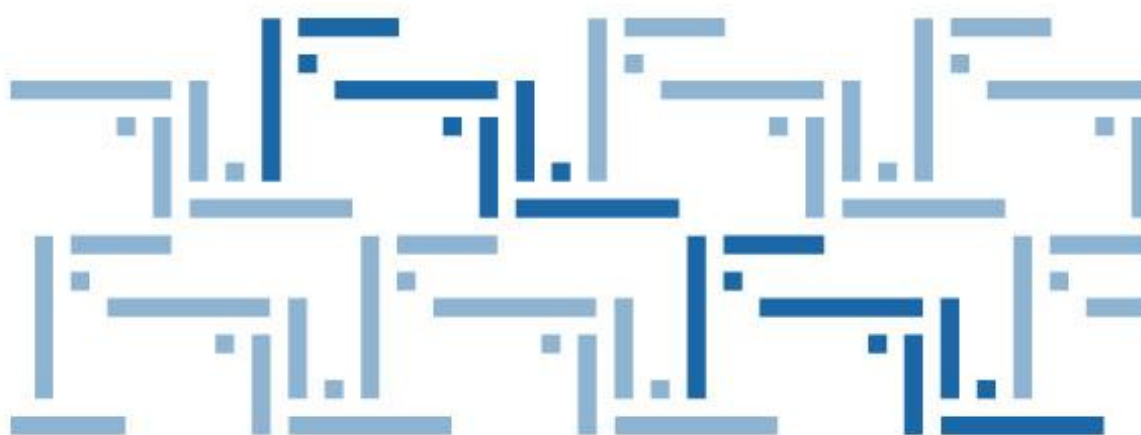


revista de 
ESTUDOS & PESQUISAS
sobre as **AMÉRICAS**



V.10 N.1
2016

Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas

ISSN 1984-1639

Editor Chefe

Leonardo Cavalcanti, Universidade de Brasília

Comitê Editorial

Rebecca Lemos Igreja, Universidade de Brasília
Jacques de Novion, Universidade de Brasília
Cristhian Teófilo da Silva, Universidade de Brasília

Conselho Editorial

Benício Viero Schmidt, Universidade de Brasília
Wilson Fernandez, Universidad de la República, Uruguai
Ana Maria Fernandes, Universidade de Brasília
Arno Vogel, Universidade Estadual do Norte Fluminense
Gustavo Vega, Colégio de México, México
Mireya Suárez, Universidade de Brasília
Mirian Jimeno, Universidad Nacional de Colombia
Patricio Valdivieso, Pontifícia Universidade Católica do Chile
Ronald Inglehart, Universidade de Michigan, EUA
Timothy Power, University of Oxford, Inglaterra
Victor Armony, Université du Québec à Montréal, Canadá
Afrânio Mendes Catani, Univesidade de Brasília
Maria Tereza Sierra, CIESAS, México

Produção Editorial

Secretário Executivo: Paulo Roberto de Souza

Copyright © 2016

Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC) Universidade de Brasília (UnB)

É permitida a reprodução dos artigos desde que mencione a fonte

Universidade de Brasília (UnB)
Reitor: Ivan Marques de Toledo Camargo
Vice-reitor: Sônia Nair Bão

Instituto de Ciências Sociais
Diretor: Luis Roberto Cardoso de Oliveira
Vice-Diretor: Christiane Girard Ferreira Nunes

Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas - CEPPAC
Diretor: Simone Rodrigues Pinto
Coordenador do Programa de Pós-Graduação: Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja

A correspondência comercial deve ser enviada para Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas Campus Universitário Darcy Ribeiro - Multiuso II, 1º piso, Brasília – Distrito Federal - Asa Norte CEP 70910-900 Brasília-DF Brasil

A **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas** (ISSN 1984-1639) é uma publicação semestral do Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC) da Universidade de Brasília (UnB), indexada em bases de dados Nacionais e Internacionais, como o LATINDEX, DOAJ, Sumários e periódicos CAPES. Na classificação QUA- LIS da CAPES está situada como B1 na área Interdisciplinar. A revista aceita trabalhos inéditos sob a forma de artigos, resenhas de livros ou entrevistas.

Os trabalhos deverão contemplar: (i) a discussão dos grandes temas e problemas que caracterizam o pensamento sobre as Américas; (ii) a ênfase nos estudos comparativos e interdisciplinares; e (iii) a consistência com as linhas de pesquisa do programa de pós-graduação do CEPPAC. A Revista publica trabalhos em português, espanhol e inglês. Poderão ser publicados trabalhos em outras línguas, a critério do Comitê Executivo.

SUMÁRIO

DOSSIÊ

ARRANJOS SOCIAIS, MEDIAÇÕES E SENTIDOS DE JUSTIÇA

APRESENTAÇÃO <i>Carla Villalta, Juan Pablo Matta e Kátia Mello</i>	4
1. CUANDO LO PRIVADO SE HACE PUBLICO: EL ABOGADO DEL NIÑO EN LA JUSTICIA DE FAMILIA. <i>Carla Villalta e María Josefina Martínez</i>	11
2. "EL DERECHO A CONOCER" EXPERIENCIAS DE PERSONAS QUE BUSCAN SUS ORÍGENES EN LA JUSTICIA ARGENTINA. <i>SOLEDAD GESTEIRA</i> ..	33
3. EL MOVIMIENTO DE MEDIACIÓN EN ARGENTINA: PROCESOS, TENSIONES Y AFIRMACIONES. <i>Juan Pablo Matta e Mariana Inês Godoy</i>	57
4. FRONTEIRAS ENTRE JUDICIALIDADE E NÃO JUDICIALIDADE: PERCEPÇÕES E CONTRASTES ENTRE A MEDIAÇÃO NO RIO DE JANEIRO E EM BUENOS AIRES. <i>Bárbara Lupetti Baptista , Kátia Mello, Klever Filpo e Thais Borzino</i>	78
5. SEGREGAÇÕES JUDICIAIS ATRAVÉS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO: REGULAÇÃO, EMANCIPAÇÃO E CRUEL COMPAIXÃO NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. <i>Luiz Antônio Bogo Chies, Filipe Blank Uarthe e Rodrigo Gonçalves da Silva</i>	100
6. CUIDADO Y PROTECCIÓN. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EN LA PROVINCIA DE SANTA FE, ARGENTINA. <i>Silvina Laura Fernández</i>	117
7. EM BUSCA DO SIGNIFICADO: O PERCURSO DE UMA PESQUISA SOBRE DEMOCRACIAS E ORDENS NA ORLA DO RIO DE JANEIRO). <i>Patrícia Silveira de Farias</i>	141
8. A INFORMALIDADE COMO FORMA DO "FAZER JUDICIAL": OS ACORDOS NO TRIBUNAL DO JÚRI". <i>Izabel Nuñez</i>	158

ARRANJOS SOCIAIS, MEDIAÇÕES E SENTIDOS DE JUSTIÇA

Carla Villalta
Juan Pablo Matta
Kátia Mello

Este dossiê concretiza o trabalho coletivo que vimos desenvolvendo ao longo dos últimos anos no âmbito da colaboração entre diferentes centros de pesquisa e interlocução internacionais sobre administração de conflitos, sensibilidades jurídicas, moralidades, afetos e sentidos de justiça¹. Os artigos aqui reunidos foram apresentados originalmente no *Grupo de Trabalho Sensibilidades jurídicas e sentidos de justiça na contemporaneidade: interlocução entre Antropologia e Direito*, no âmbito da XI Reunião de Antropologia do Mercosul, Montevideo, em 2015. Uma edição deste Grupo de trabalho foi apresentada por Mello, Mota e Sinhoretto (2013) que, conosco, alternam a coordenação do mesmo.

Nossa intenção neste dossiê é de reunir pesquisas etnográficas para analisar os repertórios e práticas discursivas que constituem as relações sociais de grupos que procuram acesso aos direitos, quer do ponto de vista institucional, ou por outros organismos não estritamente formais. Em particular, propomos a reflexão sobre as diversas formas em que atores mobilizam diferentes dispositivos morais e simbólicos para basear suas reivindicações e os esforços dos atores institucionais para diferenciar e delinear diversos dispositivos da administração da justiça, bem como sobre os significados e sentidos que são construídos em contextos de interação entre agentes estatais e os sujeitos com quem se relacionam.

Nesta edição, compartilhamos da experiência de comparar categorias analíticas entre pesquisas empíricas conduzidas no Brasil e na Argentina, tais como espaço público, democracia, direitos, igualdade jurídica, cidadania. A proposta aqui apresentada inspira-se, em trabalhos de Roberto Kant de Lima e Luis Roberto Cardoso de Oliveira, no Brasil; e Sofia Tiscórnica na Argentina. Dessa forma, pretendemos ampliar e explorar temas e categorias que têm sido caros ao campo que denominamos hoje Antropologia do Direito.

¹ Instituto Nacional de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC/UFF): <http://www.ineac.uff.br/>

Por *espaço público* compreendemos “o campo de relações situadas fora do contexto doméstico ou da intimidade onde as interações sociais efetivamente têm lugar” (Cardoso de Oliveira, 2002, p. 13). Trata-se de uma perspectiva teórica que compreende a articulação entre direitos e exercício da cidadania, demandas por reconhecimento e por consideração, construção da verdade jurídica, contempladas – ou não – no nível da definição das regras, das leis e normas que orientam os atores sociais, cuja efetivação requer uma dramatização que se desenrola igualmente no plano das interações e conflitos que tomam lugar nas ruas e nas instituições.

Pesquisas empíricas têm demonstrado que, como todo o saber jurídico, ideias e categorias são saberes locais, compartilhados socialmente e variáveis no espaço e no tempo, podendo tomar contornos completamente diferentes em cada uma das diferentes sociedades nas quais são usados como fundamentos do modelo do Estado de Direito, variando com as práticas jurídicas locais e definindo estas mesmas práticas. Falando de outro modo, *sensibilidades jurídicas* (Geertz, 1998).

Os organizadores deste dossiê integram grupos de pesquisas institucionais, que estabelecem intercâmbio entre si e com o INCT-InEAC/UFF. São eles:

O Equipo de Antropología Política y Jurídica da Facultad de Filosofía y Letras da Universidad de Buenos Aires, foi criado em 1993 no âmbito da Seção de Antropologia Social do Instituto de Ciencias Antropológicas. Seus integrantes desenvolvem reflexões conceituais e etnográficas no campo da antropologia política e jurídica. Os temas de investigação dizem respeito à análise da violência estatal e da trama burocrático-administrativa e judicial que a configura, assim como ao estudo das diversas formas nas quais as ações de movimentos coletivos sociais buscam limitá-la ou impugná-la ou, ao contrário, a demandam e legitimam. Além do intercâmbio acadêmico com pesquisadores brasileiros, o Equipo tem ativa participação em organizações sociais de direitos humanos através de projetos conjuntos e da intervenção em consultorias e perícias antropológicas. Nos últimos anos, ampliou a linha de pesquisa sobre os dispositivos jurídico-burocráticos destinados à gestão da infância pobre e suas famílias; aos circuitos institucionais, saberes e técnicas que os compõem. Diversos projetos têm analisado as formas como o Estado, por meio de suas distintas instituições, regula a condição jurídica de crianças, administra a justiça para este segmento da população, implementa políticas de proteção de seus direitos, define quem serão seus responsáveis e representantes e promove pautas sobre a criança e a organização familiar.

O Núcleo Cultura Urbana, Sociabilidades e Identidade Social (NUSIS) – ESS/UFRJ, está registrado no Diretório do Grupo de Pesquisas do CNPq. Este núcleo insere-se no campo de pesquisa das ciências sociais sobre a sociedade brasileira contemporânea e, em interlocução com a área do serviço social, prioriza a perspectiva socioantropológica. Desta forma, a análise da construção social de valores, de representações e da prática social está presente nas diversas pesquisas do grupo. A sociabilidade na metrópole do Rio de Janeiro, configurada em diferentes formas e contextos sociais, constitui o centro das questões teóricas e metodológicas envolvendo problemas e temas fundamentais para a compreensão da sociedade moderno-contemporânea. O indivíduo na sociedade e na rede de sociabilidade; o cotidiano na perspectiva dos grupos e dos sujeitos sociais; as instituições como a família, a igreja, a polícia, a guarda municipal; as idades da vida, as gerações, as relações de gênero e a sexualidade; a violência, as políticas públicas; administração institucional de conflitos; sentidos de justiça; demandas por direitos; o consumo e as novas tecnologias compõem nossas áreas de pesquisa. As produções das professoras e dos orientandos de graduação e de pós-graduação têm sido fundamentais para a participação da universidade nas discussões sobre políticas públicas em alguns de seus setores como família, velhice, juventude, área urbana, segurança pública e formas de controle social. O debate é realizado em diferentes fóruns com representantes do estado, com grupos da sociedade organizada e com categorias profissionais.

O Grupo de Estudios Socioculturales del Conflicto está registrado no Núcleo Regional de Estudios Socioculturales (NURES) da Facultad de Ciencias Sociales de Olavarría (UNICEN). Este grupo se insere no campo de estudos sociais e culturais do conflito urbano a partir de uma perspectiva antropológica, que promove um diálogo com outras disciplinas, como direito, psicologia e sociologia. O foco da investigação centra-se nas múltiplas manifestações do conflito e as suas administrações nos espaços urbanos. Através de diversas pesquisas, de orientação etnográfica, problematiza o conflito social a partir de distintos ângulos e vários cenários empíricos. Estas estratégias são planejadas sobre temas como conflitos e demandas de direitos e reconhecimento e espaço urbano; conflito, violência, identidade e grupos desportivos de sociabilidade; dispositivos de gestão de conflitos institucionais (Tribunais de contravenção, Mediação Comunitária y Defensorias Públicas); Regulação estatal da cidadania e conflitos.

Por fim, este dossiê está inserido nas pesquisas e reflexões no contexto do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-INEAC), aprovado em fevereiro de 2009 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, através dos "Institutos ciência e Tecnologia"- Edital 15/08 - proposta pelo CNPq

em parceria com a FAPERJ. O INEAC está ligado à pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação da Universidade Federal Fluminense e tem como unidade administrativa o Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisa, do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia da UFF. Ele é composto de equipes de programas de pesquisa e pós-graduação em diferentes estados do Brasil, a saber: Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Conta, também, com a participação de grupos e parceiros de pesquisa e consultores internacionais da Argentina, França, Canadá, Portugal, Estados Unidos, Alemanha e Angola.

No artigo *Quando lo privado se hace público: el abogado del niño en La justicia de familia*, Carla Villalta e Josefina Martínez analisam algumas das principais tensões que a introdução desta nova figura gerou nos tribunais de família da Argentina. Com efeito, antes de sua incorporação na legislação sobre a infância, meninos e meninas eram conceitualizados no âmbito judicial civil como seres dependentes e basicamente “incapazes”, representados por outros, seja por seus progenitores ou por funcionários específicos – tais como os assessores de “menores” – que eram designados especialmente para esse fim. Daí o caráter inovador da presença do advogado nesta área. Para analisar as tensões que deram origem ao aparecimento do advogado de crianças nos juízos de família, as autoras reconstroem distintos casos judiciais nos quais o letrado se apresentou patrocinando um menor de idade. Do mesmo modo, identificaram os conflitos suscitados entre diferentes agentes judiciais, assim como com os familiares das crianças. A partir da sua indagação, problematizam duas tensões que, de um modo ou de outro, atravessam os debates relativos à garantia dos direitos da infância: a tensão entre aquilo que se considera índole privada e, por isso, como autoridade dos pais e a legitimidade da intervenção pública no interior de uma família; por outro lado, a relativa autonomia *versus* proteção das crianças.

Soledad Gesteira analisa as formas que assume o ativismo sobre a busca das origens e identidade na Argentina contemporânea. Neste sentido, focaliza a sua indagação nas maneiras como algumas pessoas que foram adotadas quando crianças e querem ter acesso à informação sobre sua família biológica e as circunstâncias de seu nascimento e entrega para adoção, judicializam seu caso. Através da análise das narrativas dessas pessoas em relação a sua própria experiência e de suas vivências no âmbito judicial, Soledad Gesteira identifica os sentidos de justiça que essas pessoas elaboram na medida em que considera o caráter reparador que um processo judicial tem para algumas pessoas, mas também as limitações que a justiça penal – onde são julgadas as parteiras que entregavam crianças ao nascerem –

apresenta em relação as suas demandas, construídas em termos do “direito de saber” e do “direito à verdade”.

Na Argentina a mediação de conflitos ainda não se constitui em objeto consolidado de pesquisa acadêmica. Por outro lado, nestes vinte anos de desenvolvimento, este instituto de administração de conflitos se configurou em um amplo campo de atores, práticas e saberes. Em *El movimiento de Mediación en Argentina: procesos, tensiones y afirmaciones*, Mariana Godoy e Juan Pablo Matta problematizam esse processo de longo alcance e descrevem alguns dos ritos institucionais, acontecimentos e segmentos mais influentes da trama de atores sociais concretos. Do mesmo modo, descrevem e analisam as idéias e fundamentos que acompanham essas iniciativas. Nesse contexto, a partir da apresentação de indagações etnográficas sobre experiências da mediação em duas cidades médias argentinas (a mediação penal em Salta e a mediação comunitária em Olavarría) os autores examinam a diversidade de formas que esta pode assumir, dando conta da heterogeneidade de procedimentos, conceitos, critérios de tratamento do conflito e o particular e comum que rodeiam as duas modalidades de mediação.

No Brasil, por sua vez, embora a mediação de conflitos não tenha longa história como na Argentina, os estudos acadêmicos sobre o tema têm se consolidado nos últimos anos. Bábara Lupetti Baptista, Kátia Sento Sé Mello, Klever Paulo Leal Filpo e Thais Borzino Cordeiro Nunes, no artigo *Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires*, buscam descrever e refletir sobre os diferentes usos da mediação de conflitos no Rio de Janeiro e em Buenos Aires a partir da observação empírica de sessões de mediação e entrevistas com atores do campo. No Brasil, a Resolução 125 do CNJ e, recentemente, Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, pretendem estimular o emprego desse método no âmbito dos Tribunais. Etnografias realizadas entre 2010 e 2014 evidenciaram que a mediação realizada nos espaços judiciais, geralmente como uma etapa processual, apresenta algumas complexidades. É difícil para as partes litigantes perceberem a distinção entre o processo e a mediação, que se torna mais uma formalidade a cumprir, do que uma forma diferenciada, não-adversarial, de tratamento do conflito, que é a proposta da mediação. Em Buenos Aires, por sua vez, a lei determina que a mediação é etapa obrigatória e prévia ao ajuizamento da ação, além de ser realizada em espaços extrajudiciais. São opções distintas no campo da administração de conflitos. O trabalho diz respeito ao contraste observado entre esses dois modelos de resolução de conflitos, que ora se aproximam e ora se afastam.

Em *Segregações judiciais através do auxílio-reclusão: regulação, emancipação e cruel compaixão nas decisões dos Tribunais Regionais Federais*, Luiz Antônio Bogo Chies, Filipe

Blank Uarthe e Rodrigo Gonçalves da Silva abordam a tensão entre perspectivas civilizatórias da proteção social e práticas potencializadoras de segregação e exclusão, ambas mediadas pela atuação de instâncias judiciais. O corpus de análise se constitui de decisões prolatadas nos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF) brasileiros, no período janeiro de 2007 a dezembro de 2012, versando sobre o critério “baixa renda” como requisito para a concessão do instituto previdenciário do Auxílio-Reclusão. Trata-se de ponto de divergência jurisprudencial aparentemente superado (em face de decisão do Supremo Tribunal Federal [STF] em 2009), mas revelador de conteúdos argumentativos e retóricos, bem como de dinâmicas institucionais que evidenciam limites e possibilidades do Poder Judiciário em contribuir com uma cultura jurídica democrática e humano-dignificante. Como referenciais teóricos privilegiaram a Teoria da Argumentação Jurídica (Luiz Alberto Warat), as perspectivas da sociologia do Campo Jurídico (Pierre Bourdieu) e as noções de regulação e emancipação (Boaventura de Sousa Santos). Os resultados preliminares já permitem reconhecer, entre outras emergências, fragilizações na capacidade das instâncias judiciais efetivarem tutelas sustentadas no princípio da solidariedade social. Tais fragilizações criam perversas armadilhas, dentre as quais uma cruel compaixão, que transmuta direito em caridade.

Silvina Laura Fernández analisa as disputas e conflitos que emergiram na Província de Santa Fe, Argentina, a raiz da sanção de uma nova normativa de proteção da infância. A partir da análise das posturas de diversos atores, de seus argumentos e tópicos que usaram para construí-los, a autora apresenta o caráter dinâmico deste processo de adequação normativa. Com efeito, neste processo se expressam diferentes racionalidades, lógicas burocráticas e tensões que têm lugar entre os atores políticos e judiciais, bem como entre atores da sociedade civil. Isto possibilita, por sua vez, observar como são reeditados velhos temas relativos ao melhor interesse da infância e como se constrói a estatalidade em diversos contextos locais.

Em busca do significado: o percurso de uma pesquisa sobre democracias e ordens na orla do Rio de Janeiro Patrícia Silviera de Farias oferece, a partir de uma perspectiva sócio-antropológica, um percurso de pesquisa sobre as noções de “democracia” e de “ordem”, a partir das políticas públicas e ações de segurança que vêm sendo implementadas na orla da cidade do Rio de Janeiro na contemporaneidade. Etnografia, observação participante e entrevistas em profundidade foram utilizadas para compor o estudo, que se estrutura sobre as percepções tanto dos agentes públicos encarregados de levar a cabo a política chamada de “Choque de Ordem” – guarda-vidas, guardas municipais e policiais militares – como também dos frequentadores das praias, tanto banhistas quanto trabalhadores. O estudo acompanha dois

momentos históricos distintos da pesquisa de campo: a virada do século XX para o XXI, e os anos 2011 e 2012; nesta direção, a análise busca tornar visível a disputa de sentidos em relação ao que significaria “democracia” e “ordem”. Considera-se que haja conflitos inerentes às posições e interesses de campo de cada segmento, que assumem percepções divergentes sobre o que seria a “ordem” necessária neste espaço, assim como sobre o papel dos agentes do Estado e dos próprios grupos que ali habitam, freqüentam e trabalham.

Em *A informalidade como forma do “fazer judicial”: os acordos no Tribunal do Júri*, Isabel Nuñez nos conduz a uma reflexão sobre os acordos informais, entre defesa e acusação, que acontecem nos processos em trâmite no Tribunal do Júri. A análise desses mecanismos informais mostra como os processos são administrados e fala sobre a “sensibilidade jurídica” inquisitorial presente no “fazer judicial” brasileiro. Analisar os “acordos” informais e a maneira como eles se estabelecem mostra como as decisões formais no processo judicial são, muitas vezes, informadas por “valores morais” e “moralidades situacionais” em contexto e determinam a ação dos agentes no campo.

Desejamos que a leitura dos artigos apresentados possa estimular novas reflexões sobre os temas abordados tanto no meio acadêmico quanto para a elaboração de políticas públicas.

Carla Villalta²
María Josefina Martínez³

Resumo:

O objetivo deste trabalho é analisar as tensões, disputas e conflitos que surgiram no processo de implementação do advogado da criança na justiça de família Argentina, especificamente na Cidade Autônoma de Buenos Aires e na cidade de La Plata. Para tanto, analisamos casos paradigmáticos - reconstruídos desde o levantamento de registros do tribunal, palestras e entrevistas com vários intervenientes ao longo do nosso trabalho de campo; os vários usos e interpretações que dele emergem a entrada deste ator social na cena judicial. Não pretendemos fazer uma abordagem legalista dos diferentes debates produzidos a partir deste processo de identificação das crianças no campo judicial, que foram identificadas como sujeitos processuais com voz própria. Pretendemos abordar este novo ator social de uma perspectiva social-antropológica e examinar duas tensões recorrentes nas discussões relativas à garantia dos direitos de crianças e adolescentes: a tensão entre público e privado, e que se desdobra em termos de autonomia versus proteção.

Palavras-chave: Advogado; Antropologia Legal - pública e privada; Direitos das crianças; Justiça de Família

Resumen:

El objetivo de este artículo es analizar las tensiones, disputas y conflictos que emergieron en el proceso de implementación del abogado del niño en la justicia de familia de la Argentina, específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la ciudad de La Plata. Para ello, a través del análisis de casos paradigmáticos – reconstruidos a partir del relevamiento de expedientes judiciales y de las charlas y entrevistas mantenidas con distintos actores en el transcurso de nuestro trabajo de campo- se indagan los diversos usos e interpretaciones que emergen a partir de la entrada de esta figura en la escena judicial. Lejos de utilizar una lente jurídica para dar cuenta de los diferentes debates producidos a partir de este proceso de individualización de los niños en el ámbito judicial, en el cual han sido recortados como sujetos procesales con voz propia, abordamos esta novedosa figura desde una perspectiva socio-antropológica y examinamos dos tensiones recurrentes en los debates relativos a la garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes: la tensión entre lo público y lo privado, y la que se despliega en términos de autonomía versus protección.

Palabras Clave: Antropología Jurídica - Justicia de familia – Derechos de los Niños – Abogado – Público y privado

Summary:

We analyze the tensions, disputes and conflicts that have appeared throughout the implementation of the Child's Lawyer in Family Justice in Argentina and specifically in the cities of Buenos Aires and La Plata. This article looks into the different uses and interpretations that have emerged with the enforcement of this figure in the judicial scenario and for that purpose we analyze some paradigmatic cases reconstructed during our field work by means of judicial records and interviews and conversations with several actors. Far from resorting to a juridical lens to appreciate the debates around this process of the child individualization, singled out as

² Doctora en Antropología por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora adjunta del CONICET. Coordinadora del Equipo de Antropología Política y Jurídica del Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras (FFyL), UBA. Docente regular de la Carrera de Ciencias Antropológicas de la FFyL, UBA. Integrante de la Comisión Académica y docente del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Directora de distintos proyectos de investigación acreditados y financiados por organismos nacionales de ciencia y técnica (UBACyT y PIP). Contato: carla-villalta@hotmail.com

³ Licenciada en Ciencias Antropológicas por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora e investigadora del Departamento de Ciencias Antropológicas (curso Antropología Política y Jurídica) y de la Maestría en Antropología Social (Taller de Tesis), Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora invitada de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Contato: martinezjosefina1965@gmail.com

procedural subject with its own voice in the judicial field, we address this novel figure by means of a socio-anthropological perspective, examining two recurring tensions in the debates around (he and she) children and adolescents rights: those concerning, on one side, public and private and, on the other, autonomy versus protection

Key words: Juridical Anthropology – Family Justice – Children’s rights – Lawyer – Public and private

Introdução

En los tribunales, los agentes llamados a intervenir en los conflictos de familia han tratado históricamente con niños, niñas y adolescentes al resolver cuestiones sobre su custodia legal, filiación, adopción, regímenes de visitas de los padres no convivientes o cuotas alimentarias, las decisiones que se toman en relación con la vida familiar han incidido siempre directa o indirectamente en la vida cotidiana de los niños. Ahora bien, aun cuando las decisiones adoptadas por la justicia los afectaran, hasta no hace mucho ellos no eran considerados “parte” en esas causas judiciales ni poseían una “representación individual”. De hecho, tradicionalmente los niños, niñas y adolescentes no gozaron de un estatuto propio en la justicia de familia. Antes bien, representados por otros, eran vistos como una suerte de apéndice de su familia y conceptualizados como seres básicamente incapaces y dependientes que solamente podían ser objeto de las decisiones que diferentes adultos tomaban sobre ellos.

En la Argentina –así como en otros países de la región- el régimen de capacidad de las personas del Código Civil sancionado en el año 1869 y derogado en agosto de 2015, establecía que los menores de 14 años eran “incapaces absolutos”, y los de 14 a 21 años “incapaces relativos”. Ello significaba, entre otras cosas, que no podían ser parte en un litigio judicial y que su representación era ejercida por sus progenitores o por quien detentara la patria potestad, mientras que “para suplir la incapacidad del menor” aquel Código decimonónico preveía la actuación de un funcionario, el Asesor Público de Menores, dependiente del Ministerio Público Pupilar.⁴

Recién en los últimos años, a partir de la expansión de una retórica de ampliación de los derechos de los niños y de las acciones desplegadas por un conjunto de activistas,⁵ los niños, niñas y adolescentes han comenzado a ser vistos en el ámbito de la justicia de familia como

⁴ Según el antiguo código, la mayoría de edad civil se alcanzaba a los 21 años; sin embargo, en el año 2009 la Ley 26.579 la fijó a los 18 años. Para el derecho, los representantes legales de un menor de edad son sus padres o quien, en ausencia de estos, haya asumido su tutela. En los procesos judiciales penales y civiles en los que esté involucrado un niño, también se prevé la existencia y actuación de un representante que “supla la incapacidad del menor”: el Asesor de Menores o Defensor Público de Menores, quien representa promiscuamente (esto es, lo solicite o no lo solicite) al niño, y debe intervenir obligatoriamente “tomando vista de lo actuado”, en todo proceso en el que participe un niño/a.

⁵ Para un análisis crítico de este proceso en la Argentina, ver Villalta, 2013; Villalta y Llobet, 2015; Barna, 2012; Grinberg, 2013.

figuras independientes de sus padres, que poseen una voz propia y deben ser escuchados, y cuyas opiniones deben ser tenidas necesariamente en cuenta (Herrera, 2011).

Además, actualmente estos postulados se encuentran reconocidos en el plano normativo, ya que fueron convertidos en imperativos legales a partir de la sanción, en el año 2005, de una ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que –al igual que el ECA en Brasil– incorporó los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño. Mediante esta norma, se reconocieron y regularon distintos “derechos” para los niños, y su situación en el ámbito judicial cambió sustancialmente. En efecto, uno de los derechos más novedosos reconocidos a los niños fue el de tener un abogado propio, diferente del de sus padres, que los represente directamente en los juzgados de familia en cualquier tipo de conflicto que los afecte.⁶

Así, gradualmente, en los últimos diez años fueron apareciendo en el ámbito de los tribunales de familia diferentes usos de esta novedosa figura. En ocasiones a partir del pedido de alguno de los progenitores, en otras a partir del impulso dado a la figura por organizaciones de la sociedad civil o de activistas de los derechos de los niños que promovieron el patrocinio letrado para todo menor de edad que estuviera involucrado en un procedimiento judicial que lo afectara; e incluso, otras veces, a instancias de los asesores de menores que solicitaban se nombrara un abogado para el niño o de la solicitud de los jueces en casos que revestían mucha conflictividad entre los progenitores del niño, los “abogados del niño” comenzaron a actuar – pese al asombro, incomprensión y resistencias de algunos- en los juicios de familia.

En este trabajo, nuestro objetivo es analizar algunas de las modalidades que adoptó y las tensiones que generó la instrumentación de esta nueva figura en el ámbito de la justicia de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y de la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires. Para ello, a través del análisis de casos paradigmáticos –que

⁶ La Ley 26.061 instituye la figura del abogado del niño entre las garantías mínimas de procedimiento que tienen niñas/os y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte. En su art. 27, inc. c), establece que el niño tiene “el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”. Este artículo fue reglamentado por el Decreto N° 415/06, que estableció que “el derecho a la asistencia letrada incluye la facultad de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público” y, con la finalidad de asegurar la real vigencia e implementación de este derecho, “convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso de la niña, niño o adolescente a ser asistidos por un abogado que los patrocine, indicando por su parte, que a tales efectos podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades”.

hemos podido reconstruir a partir del relevamiento de expedientes judiciales y de las charlas y entrevistas mantenidas con distintos actores en el transcurso de nuestro trabajo de campo- nos interesa indagar los diversos usos e interpretaciones que emergen a partir de la entrada de esta figura en la escena judicial.⁷

La incorporación del abogado del niño en los juicios de familia fue disruptiva en muchos sentidos, y las discusiones respecto de sus alcances y de la conveniencia o no de su participación no tardaron en aparecer. Así, emergieron diferentes interrogantes respecto de cuándo y cómo debía ser incorporado; cuáles debían ser los alcances de su participación; si debía respetar la opinión del niño y tenerla en cuenta aun cuando fuera contraria a su “interés superior”; o quién debía contratarlo y pagar sus honorarios. Ahora bien, en este artículo antes que responder a estos interrogantes o decidir cuál es la interpretación jurídicamente correcta, nuestro objetivo es analizar los sentidos sobre los alcances y límites de la intervención judicial, y sobre la niñez y la representación de los padres, que aparecen confrontados en este tipo de debates. Ello porque entendemos que analizar algunas de las disputas y tensiones que provocó la incorporación de esta nueva figura, puede resultar una fructífera vía para comprender cómo los diferentes agentes interpretan y dan materialidad a este nuevo “derecho” de los niños (Merry, 2010; Fonseca y Cardarello, 2005).⁸ Además, esas disputas en torno a cómo debe ser la participación de un abogado del niño en el proceso judicial y las diferentes posturas en torno a la conveniencia o no de su participación, revelan los significados más comúnmente asociados a la infancia, a las relaciones familiares y filiales en nuestra sociedad y a los modos que se consideran legítimos y deseables de representación de los niños.

⁷ Nuestro interés por este tema surge a partir de la realización de una investigación para la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia entre octubre de 2014 y octubre de 2015, cuyo objetivo era elaborar un estado de situación de las formas en que en la Argentina, se han receptado en los juzgados de familia los derechos del niño a ser oído y a contar con un abogado. Esta investigación permitió construir un importante corpus de información cualitativa conformado a partir de entrevistas realizadas a distintos actores y del relevamiento de expedientes judiciales de casos paradigmáticos. Asimismo, se realizó un relevamiento de la normativa y la jurisprudencia específicas. La investigación fue desarrollada en 7 ciudades (Ciudad de Buenos Aires, La Plata, Rosario, Resistencia, Tucumán, Mendoza y Comodoro Rivadavia), y en ellas se realizaron 120 entrevistas a agentes del Poder Judicial, Ministerio Público, Organismo Administrativo de Protección de Derechos, y Organizaciones de la Sociedad Civil; asimismo, se relevaron y sistematizaron un total de 102 expedientes paradigmáticos (ver Villalta, Herrera, Burgués y Martínez, 2015).

⁸ Vale destacar que lejos de considerar que los “derechos” portan un contenido universal y ahistórico, partimos de la idea de que los derechos humanos sólo adquieren significados y existencia en la práctica diaria y a partir de su imbricación con las condiciones locales derivadas de determinados contextos sociales y políticos (Fonseca y Cardarello, 2005; Schuch, 2009). Por ello, para comprender la materialidad de esos “derechos de los niños” entendemos que además de analizar las diferentes posturas ideológicas o doctrinarias respecto de la escucha de los niños o del abogado del niño, es también preciso indagar y conocer las maneras en que los diferentes actores se posicionan frente a los conflictos y casos concretos en los que deben intervenir, toman decisiones, construyen argumentos y discuten o cuestionan las decisiones adoptadas por otros actores.

En este artículo focalizamos nuestro análisis en dos grandes tensiones que han acompañado, tanto en el presente como en distintos momentos históricos, los debates en torno a cómo debería ser la protección de los derechos de los niños, quiénes deberían ser los agentes encargados de brindarla y cuáles las formas de su concreción. Por un lado, tomamos en cuenta la tensión relativa a quién detenta la autoridad, responsabilidad y representación sobre los niños; y por otro, la que se expresa en términos de protección versus autonomía. Como desarrollaremos en este trabajo, ambas tensiones permiten observar cómo los diferentes agentes –jueces, asesores de menores, abogados, familiares de los niños– expresan diversos sentidos asociados a lo público y lo privado, les atribuyen diferentes alcances y límites, y utilizan y recrean esta dicotomía para fundar y legitimar sus posiciones.⁹ Para ello, en lugar de partir de la idea de que lo público y lo privado son esferas separadas, autónomas y de límites estrictos, proponemos pensarlas como interconectadas y mutuamente constituidas (Luzzi y Neiburg, 2009), y analizar cómo esta dicotomía se encuentra presente de múltiples maneras en los argumentos y posturas de los diferentes actores que, en el marco de la justicia de familia, intentan dirimir controversias y conflictos.

Una justicia singular: los tribunales destinados a administrar conflictos de familia

En el mundo judicial, la justicia de familia se recorta como un ámbito que tiene algunas singularidades. Tal como acostumbran decir los agentes que la componen, tanto por el principio de *inmediatez* que debería regir sus actuaciones, como por la naturaleza de los conflictos en los que interviene, en esta justicia destinada a “asuntos de familia” prevalece un alto contenido emotivo ya que, lejos de tratar solo con cuestiones patrimoniales o de derecho privado –como sucede en los juzgados civiles y comerciales–, deben lidiar con emociones, lazos afectivos, sentimientos diversos, y con niños y niñas. Sus agentes resaltan que ellos en su tarea cotidiana lejos de aplicar la letra fría de la ley, resuelven sobre afectos y emociones, y en muchos casos deben asumir una “tarea pedagógica”, comprensiva y protectora (Ciordia y Russo, 2014; Nicolini, 2011; Daich, 2004).

⁹ Las categorías referidas al campo de lo público, lo privado y lo íntimo han sido largamente trabajadas en el campo de las ciencias sociales (Bobbio, 1999; Bourdieu, 1998; Neiburg, 2003; Cardoso de Oliveira, 2002), pero también es preciso tener en cuenta que son categorías que están presentes en la evidencia empírica. En efecto, es posible sostener que a partir de los particulares sentidos que distintos actores del campo jurídico-burocrático de protección de la infancia asignen a esas categorías, se clasifican y delimitan competencias, atribuciones, capacidades.

En la CABA y La Plata los juzgados civiles con competencia exclusiva en asuntos de familia datan de fines de los años ‘80 y principios de los ‘90 del siglo XX. Si bien cada jurisdicción tiene sus particularidades, en la actualidad en ambos distritos los juzgados son unipersonales y cuentan con un equipo técnico propio, compuesto por trabajadores/as sociales, psicólogos/as y psiquiatras, que se encarga de realizar los informes sociales, ambientales o psicológicos que el juez requiera. En La Plata, los juzgados tienen también consejeros de familia, que por lo general son psicólogos o abogados que llevan adelante una suerte de mediación entre las partes en lo que se denomina la “etapa previa” y que es obligatoria para las causas de divorcio, cuota alimentaria, régimen de visitas y tenencia.¹⁰

En este fuero, además, es usual la interacción cotidiana con el Asesor o Defensor Público de Menores, perteneciente al Ministerio Público, quien debe tomar intervención en todo expediente en que aparezca involucrado un menor de edad. En esos casos, el asesor asume la “representación promiscua” del niño, niña o adolescente y su función es velar por su bienestar y por la legalidad del proceso.

Más allá de estas particularidades formales, los juzgados de familia cuentan con otras singularidades que derivan del tipo de conflictos en los que intervienen. En estos juzgados se hacen públicos, evalúan, ponderan y juzgan actos y acciones que, para todos quienes están involucrados en los conflictos, pertenecen ciertamente al ámbito de “lo privado” y “lo íntimo”. Ello porque en este fuero los magistrados deben dictaminar cuestiones tales como con cuál de los dos progenitores vivirá el niño o niña, y para eso deberán evaluar cómo desempeñan las actividades cotidianas de cuidado, o bien deberán resolver quién tiene razón en un divorcio contencioso. En otras ocasiones, deben resolver si el progenitor que no convive con el niño tiene el derecho a visitarlo más frecuentemente, si es beneficioso para el niño mantener un régimen de visitas con sus abuelos, o si un niño se encuentra en condiciones de ser adoptado o por el contrario se debe trabajar la revinculación con su familia biológica, entre otras cuestiones. Así, en los escritos, informes, declaraciones de testigos y transcripciones de audiencias que conforman los expedientes se acumula una sucesión de referencias a la cotidianeidad de la organización familiar y de la crianza de los hijos, al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre los progenitores de un niño, a las características que asume la relación entre distintos parientes, y a los motivos que

¹⁰ Argentina tiene un sistema político federal, en el que cada provincia tiene un Poder Judicial propio, así como códigos de procedimiento locales. En La Plata (provincia de Buenos Aires), ciudad en la que hay 6 juzgados de familia, el proceso judicial, por ejemplo, está dividido en dos momentos: la etapa previa (obligatoria para algunos tipos de causas) y la etapa de conocimiento o contenciosa. Ello no sucede en la CABA, donde la mediación es extrajudicial. En la CABA hay 24 juzgados de familia.

cada una de las “partes” esgrime para fundamentar quién es el más adecuado para representar al niño.

En esta escena judicial, hasta hace poco los niños tenían una presencia bastante tenue y difusa. De hecho, durante mucho tiempo no tuvieron la posibilidad de participar en un litigio judicial con voz propia, y menos aun su participación era tenida en cuenta en casos en los que, a pesar de la situación conflictiva en la que estaban inmersos sus padres, la patria potestad de éstos no se encontraba cuestionada. Así, en las causas relativas al cuidado de los niños, regímenes de comunicación y obligaciones alimentarias (tenencia, visitas y alimentos, según sus antiguas denominaciones), aun cuando los niños fueran los protagonistas centrales y los destinatarios inmediatos de las decisiones que se tomaban, resultaba claro que los adultos -padres, magistrados, otros funcionarios- eran quienes debían decidir sobre y por ellos.

A través del activismo de una serie de actores que promovieron cambios en las formas de relación de la justicia con los niños, esta situación comenzó a modificarse a fines del siglo XX. El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que estipula que el niño tiene derecho “a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”, por ejemplo, dio lugar a una práctica que se fue incorporando al trabajo cotidiano de los tribunales y que en la jerga tribunalicia es nombrada como la “audiencia del 12”, expresión que encontramos muchas veces en nuestro trabajo de campo y que se refiere a la audiencia que los jueces de familia tienen obligación de celebrar para escuchar a los niños. Ahora bien, para muchos jueces, esta situación implicó un desafío ya que no sólo tuvieron que entrenarse para hablar con niños (y para ello echaron mano a diferentes tipos de recursos, principalmente tomados en préstamo de la psicología) sino también debieron extremar algunos recaudos para no interferir con la “autoridad parental”. Un juez lo exponía en estos términos:

“Cuando vienen acá (los niños), a veces, yo por costumbre les pregunto: ‘¿Te explicó papá, te explicó mamá para qué venías? Sí, bueno, a ver ¿qué te contó?’. ‘Bueno, sí, efectivamente es para eso, para hablar de este tema, porque ellos no se ponen de acuerdo’. Yo trato de decirles... *siempre muy respetuoso con la autoridad de los padres* (...) entonces, bueno: ‘papá y mamá no se ponen de acuerdo, yo los estoy ayudando’. Cuando son muy chiquitos, les hago esta relación: ‘mirá, yo soy una especie de papá para adultos, ¿viste cuando vos te peleas con tu hermana, con tu hermano? ¿Qué pasa? Y viene papá, viene mamá a decir: ‘bueno vos para acá, vos para allá’. Bueno, de alguna manera, qué pasa cuando los que discuten, los que no se ponen de acuerdo, son los adultos, bueno viene el juez...’” (Entrevista realizada el 24/2/2015 - Juez de Familia de la Ciudad de La Plata – resaltado nuestro)

La emergencia de nuevos derechos de los niños generó entre los agentes de la justicia de familia una serie de inquietudes y preocupaciones, tal como se percibe en el relato de este juez y pudimos apreciar también en nuestro trabajo de campo. El posible menoscabo del principio de autoridad familiar fue una de ellas: emergió como una nueva tensión a partir de la

obligación de escuchar a los niños en los estrados judiciales, y se potenció con la posibilidad de que el niño pueda contar con un abogado propio. En efecto, si bien podemos pensar que las disputas veladas o abiertas por la autoridad sobre los niños constituyen una característica intrínseca de muchos de los conflictos que se ventilan en esta justicia, la progresiva individualización de aquellos que tradicionalmente fueron conceptualizados como incapaces y dependientes contribuyó al despliegue de renovadas disputas, en tanto puso en cuestión y ciertamente relativizó la “natural” relación de representación legal que los padres ejercen en relación con sus hijos. Tensiones de este tipo aparecen expresadas en el caso que a continuación relatamos y que reconstruimos centralmente a través del expediente judicial al que pudimos acceder durante nuestro trabajo de campo.

Entre padres, funcionarios judiciales, tutores y abogados

A fines del año 2004, en la ciudad de La Plata una mujer inicia una demanda por “tenencia” y “régimen de visitas”¹¹ contra su ex pareja y padre de su hija; ellos habían convivido desde 1997 y la niña nació en 1998. Según el relato de la madre, cuando su hija tenía 2 años de edad comenzaron los inconvenientes y los episodios de violencia psicológica. En el tribunal de familia reciben el caso y, en el marco de una primera etapa del proceso orientada a la conciliación, dan intervención al Consejero de Familia quien fija una audiencia a la que solo concurre la mujer. Unos meses después, la mujer se presenta con su abogada y pide una nueva audiencia, en la cual llega a un acuerdo: el padre se va a retirar del domicilio para instalarse en la vivienda de al lado; la madre queda a cargo de la niña porque se le otorga la tenencia, y se fija un régimen de visitas y pago de alimentos. La Asesora de Menores pide un estudio al Cuerpo Técnico del juzgado sobre el grupo familiar, pero el estudio nunca se realiza y por un tiempo no hay más actividad en el expediente.

Tres años más tarde, a fines del año 2009, la mujer pide que se reactive el expediente y manifiesta que va a “denunciar una grave situación”: dice que su ex pareja tiene antecedentes de abuso hacia una hija que tuvo con una pareja anterior, y denuncia que su hija presenta angustia y que no se queda más a dormir con su papá. El expediente es enviado al Cuerpo Técnico del tribunal y las profesionales entrevistan a los progenitores y

¹¹ Hemos optado por mantener la antigua denominación de estas figuras legales ya que son las que rigieron hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil en agosto de 2015. Sin embargo, cabe señalar que actualmente ambos conceptos han sido reemplazados por las figuras de “cuidado personal” y de “comunicación”, en tanto revelaban una concepción verticalista de las relaciones familiares en la que subyacía un concepto de los hijos como “propiedad” de los padres, en el que uno de los padres “tenía” como si fuera un objeto al hijo y el otro padre sólo lo visitaba, como si fuese un actor secundario en la tarea de cuidado de los hijos.

a la niña. Desde el inicio del expediente, es la primera vez que la niña, que ya tiene 11 años, es escuchada por los agentes judiciales.

A principios de 2010, el Cuerpo Técnico eleva un informe al juez, en el que la psicóloga y la psiquiatra además de señalar que los padres tienen una personalidad narcisista, consignan que la niña es muy inteligente, aunque sobreadaptada, y también que no detectan signos de abuso. Pocos meses después, la madre hace la denuncia policial por sospecha de abuso, informa el hecho en el expediente del juzgado de familia y solicita una medida cautelar para impedir el contacto del padre con su hija. El juez suspende inmediatamente el régimen de visitas y prohíbe el acercamiento. En septiembre de ese año, el fiscal del fuero penal le toma declaración a la niña quien no denuncia nada, desvirtuando la presunción de la madre, y la fiscalía archiva las actuaciones.

Hacia fin de año, se presenta el padre ante el juzgado de familia y pide que se deje sin efecto la medida cautelar que le impide el contacto con su hija. La Asesora solicita entonces que antes de hacerlo se escuche a la niña, y el juez resuelve que ésta concurra a la asesoría, pero ni la niña ni su madre concurren.¹² Entonces, el padre vuelve a pedir que se deje sin efecto la medida cautelar y el juez hace lugar al pedido (además, el padre hace una denuncia penal por “impedimento de contacto”¹³).

En febrero de 2011, debido a que la madre aún no ha llevado a la niña para poder ser oída, la asesora pide designación de un tutor *ad litem*¹⁴ o abogado del niño (lo deja a criterio del juez). El juez fija una audiencia para escuchar a la niña, pero ni ella ni su madre se presentan. Durante todo ese año, ninguna de las dos comparece a las audiencias convocadas por el juzgado. Mientras tanto, el padre pide la tenencia de su hija, y la asesora insiste en el pedido de escuchar a la niña y designarle abogado.

A fines de octubre, el juez decide solicitar a la Suprema Corte provincial que se designe un abogado del listado de peritos para que se desempeñe como tutor *ad litem* de la niña, y una abogada se presenta en el expediente y asume el cargo para el que la han designado. El juez nuevamente cita a una audiencia, pero la niña y su madre no comparecen. Sin

¹² Mientras tanto la madre cambia de abogada e informa en el expediente que se mudó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que allí inició un nuevo juicio por alimentos.

¹³ Se trata de un tipo penal, regulado por la ley nacional 24.270, que persigue penalmente al progenitor que impida el contacto del niño con el progenitor no conviviente. De esta manera, es habitual que la justicia penal sea usada para “resolver” conflictos familiares. Como relataban muchos de nuestros entrevistados, en tanto a partir de esta ley el juez penal debe resolver un régimen de visitas en un plazo máximo de 10 días, recurrir a esta justicia resulta una estrategia para intentar obtener más rápidamente una resolución.

¹⁴ La figura del tutor *ad litem* es utilizada cuando el juez considera que el litigante de una causa (adulto o menor) está incapacitado de participar adecuadamente en el juicio. El papel del tutor es representar los intereses del litigante e informar al tribunal sobre lo que hace. En nuestro trabajo de campo, pudimos constatar que fundamentalmente en la CABA los jueces de familia preferían nombrar tutores *ad litem*, máxime cuando el niño era menor de 14 años, mientras que ponían diversos reparos a la designación de un abogado para el niño.

embargo, al cabo de unos días la tutora *ad litem* –quien ha podido tomar contacto telefónico con la niña- solicita una audiencia urgente y el juez la fija para fines de diciembre. Así, en esta etapa del caso y casi diez meses después del primer pedido de la asesora de escuchar a la niña, ésta concurre al tribunal con la tutora *ad litem* y la asesora. Nada de lo escuchado queda registrado en el expediente, sólo la constancia de que finalmente compareció.¹⁵

No obstante, por lo que aparece registrado en el expediente *a posteriori* de este suceso es posible observar que esa designación ha generado asombro e inquietud. Así es que la madre de la niña se presenta en el expediente a fines de diciembre y solicita al juez que se delimite claramente el “rol procesal” de la tutora *ad litem*, ya que “había intercambiado con la niña los números de sus celulares y expresó verbalmente que ella sería la abogada de la niña”. Y proseguía: “esta postura de la tutora nos resulta sorprendente, ya que todos los escritos presentados con la firma de la letrada que me patrocina articularon peticiones en las cuales se tiene en mira exclusiva y excluyentemente el interés de la niña, en el funcional ejercicio de la representación legal que ostento como madre a cargo de la tenencia”. Además, se queja puntualmente de que la abogada se había extralimitado en su función (ya que su hija le había pedido que trajera a la casa en la que convivía con su madre una mascota que había quedado en la casa del padre y ella se había ofrecido a hacerlo), y además pide al juez que se aclare quién va a pagar los honorarios de aquella profesional.

Finalmente, en marzo de 2012 la asesora sugiere que se mantenga la tutora *ad litem*, pero el juez da por concluida la intervención de la misma por encontrarse agotado su cometido, e impone el pago de los honorarios a la madre.

En este caso vemos desplegadas en el tiempo, y en la acumulación de papeles que dan cuerpo a las actuaciones judiciales, las huellas burocráticas de un largo conflicto suscitado entre los progenitores de una niña, que se inicia judicialmente cuando ella tenía 6 años de edad y se extiende hasta sus 14 años. En esas idas y vueltas plasmadas en el expediente se pueden leer, entrelíneas, los contornos y la cadencia de un prolongado conflicto que no por ello resulta atípico en esta justicia.¹⁶ Ahora bien, lo que también se observa es que en un determinado

¹⁵ Según lo que pudimos observar en nuestro trabajo de campo, es una práctica usual que no queden registros en las actas de audiencias de lo conversado con el niño/a o bien que esas actas queden “en reserva” y no a disposición de las partes. Las razones esgrimidas por los magistrados para ello refieren a la no exposición de los niños ante sus progenitores, la preservación de su intimidad y la necesidad de no violar la confianza que depositaron los niños en el juez. Además, varios magistrados entrevistados relataron que les aclaran a los niños que lo que digan en la entrevista no será divulgado.

¹⁶ El alto nivel de “litigiosidad” que existe en algunos casos en los que la pareja conyugal se disuelve y concurren al juzgado para resolver cuestiones relativas al cuidado de los hijos, ha sido señalado con

momento de ese devenir los agentes judiciales, más precisamente la asesora de menores, al acumular negativas y no lograr que la mujer se presente junto con su hija en las audiencias a las que han sido convocadas, solicita la designación de un tutor *ad litem* o un abogado.

Esta petición es realmente novedosa en tanto lo que está solicitando esta funcionaria, que es su “representante promiscua”, es que la niña sea además patrocinada individualmente por un actor profesionalizado que sea independiente de los letrados que patrocinan a sus progenitores. De esta manera, habiendo transcurrido un año sin que la niña hubiera concurrido a los tribunales y al evaluar que esa madre no estaba colaborando con la acción de la justicia, esta funcionaria solicita la designación para que la niña se exprese de manera independiente en el marco del conflicto que la tenía por protagonista.

La respuesta de la madre no se hace esperar: manifiesta su descontento, se opone a la designación y remarca que hasta esos momentos había sido ella como madre quien habló por la niña en el expediente y que todas las peticiones que había realizado tenían “en mira exclusiva y excluyentemente el interés de la niña”. Asimismo, la madre se queja de la actuación de la profesional designada como tutora *ad litem* y la acusa de “extralimitarse” en sus funciones. En definitiva, la madre se opone a que la niña tenga su propia abogada.¹⁷

Ahora bien, desde otra perspectiva, podemos interpretar que esta incomodidad y sorpresa expresadas por la madre ilustran claramente una tensión recurrente que se percibe en el contexto de la justicia de familia entre la esfera de lo privado, en la cual la patria potestad rige las relaciones entre padres e hijos, y la esfera de lo público, en la cual la patria potestad se ve expuesta en el trámite del expediente a distintos tipos de cuestionamientos o bien de intervenciones que avanza sobre ella. En efecto, en este caso es posible observar cómo aparece desplegada, y para ello se hace uso de la figura del abogado del niño, aquella disputa por la autoridad (legal y moral) sobre los niños que señaláramos antes. Por ello, en este caso, pareciera que la designación de otro profesional que asuma la representación individual de la niña ocurre cuando se verifica que esa madre no tiene intenciones de “colaborar” con la justicia ni está garantizando el derecho de su hija a ser escuchada en todo procedimiento judicial que la afecte.

preocupación por diversos agentes judiciales. Ello produce una enorme cantidad de causas que se extienden en el tiempo y que derivan en la existencia de diversidad de “expedientes conexos”, tal como se denomina a las causas que están vinculadas por tener a los mismos protagonistas. Por ejemplo, en nuestro trabajo de campo desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, uno de los expedientes que relevamos llevaba ya 10 años de trámite, y contaba con nueve expedientes conexos –en la justicia de familia– y además se vinculaba con otras dos causas abiertas en la justicia penal.

¹⁷ Este caso revela la confusión de roles que se dio en los inicios del uso de la figura, ya que los límites entre el Asesor o Defensor de Menores, el tutor *ad litem* y el abogado del niño para muchos no estaban claramente definidos.

En el caso que analizamos a continuación, esa velada disputa por la autoridad sobre el niño parece entablarse no entre los padres y la asesora de menores o abogada del niño, sino antes bien, entre el juez y la abogada.

El abogado del niño y la trama de relaciones de confianza y desconfianza

En el caso precedente, el expediente judicial fue la pieza clave para obtener la información; el caso que vamos a analizar a continuación, en cambio, nos llegó a través de los relatos de muchos de quienes, de una forma u otra, participaron en él. En efecto, a medida que realizábamos entrevistas a distintos tipos de actores, en una de las ciudades en donde desarrollamos nuestro trabajo de campo, varios de ellos hicieron referencia a un mismo caso al que consideraban un hito importante en el comienzo del uso de la figura del abogado del niño, y que les servía para ilustrar algunos aspectos conflictivos que habían emergido en su implementación.

Durante el año 2013, el Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de la ciudad de La Plata organizó un curso de capacitación para abogados que estuvieran interesados en actuar como abogados del niño. Con los egresados de dicho curso, a principios de 2014 se empezó a conformar un Registro del Abogado del Niño.¹⁸

Por esa misma época, una psicóloga que atendía a una niña preadolescente se preocupó por la situación que esta nena manifestaba ya que, en el contexto de un pleito entre sus padres por su tenencia, no se sentía escuchada por la justicia. La niña vivía con su padre, tenía mala relación con su madre y no quería estar con ella.

Fue así que la psicóloga llamó a una abogada conocida suya, especializada en derechos de los niños, quien justamente acababa de graduarse en el curso dictado en el Colegio de Abogados, formaba parte del Registro, y además era ya una activa participante del proceso de implementación de la figura,¹⁹ y le pidió que actuara como abogada de la niña en el juicio entablado entre sus padres. La abogada le aconsejó que se dirigiera al Colegio Público de Abogados y que pidiera que designaran a uno del Registro, pero la psicóloga se negó,

¹⁸ En la provincia de Buenos Aires, a fines de 2013 se sancionó la ley 14.568 que creó la figura del abogado del niño y un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio Público de Abogados de la provincia.

¹⁹ Esta profesional participa de un espacio de abogados activistas de los derechos del niño que se ha ido consolidando en La Plata en los últimos años. De hecho, en nuestro trabajo de campo no sólo la entrevistamos a ella, sino también a otra abogada que ha sido la iniciadora de aquel espacio y que cuenta con una extensa trayectoria en el tema que se remonta hasta los años finales de la última dictadura argentina (1976-1983), y actualmente desarrolla una intensa labor de capacitación sobre derechos del niño y abogado del niño, es integrante de un importante organismo de derechos humanos (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos) y se desempeña como asesora legislativa y también como consultora de organismos gubernamentales de niñez.

alegando que la designación no podía ser a través del Registro, porque la niña le tenía confianza a ella, a su psicóloga, y ella a su vez necesitaba que la abogada fuera de su confianza, y no cualquier abogado.

La abogada, entonces, habló el tema con quien presidía el Instituto de Derecho del Niño del Colegio de Abogados, y esta persona le sugirió que entrevistara a la niña y la asesorara, en el espacio que le habilitaba la psicóloga. La primera entrevista entre esta abogada y la niña fue en el consultorio de la profesional, y charlaron durante dos horas y media. La nena quiso que ella fuera su abogada.

Luego sobrevino una nueva crisis en la relación con su madre, y en ese momento crítico la niña no sólo requirió el acompañamiento de su psicóloga, sino también de la abogada que ella había elegido. Esta última profesional nos lo relataba en estos términos: “Fue una crisis, un fin de semana que ya la veníamos viendo y un fin de semana, la nena me empieza a llamar y me llama a cualquier hora, por eso te digo que hay que tener un perfil especial porque el chico es muy demandante cuando sabe y conoce el recurso, se apropia, lo utiliza y le saca jugo. Ella sabía que a través mío ella podía lograr cosas, porque el papá si bien por ahí la escuchaba, no tenía solución.”

Al lunes siguiente, la niña junto con su abogada concurren a la asesoría pública de menores con un pedido de medida cautelar para dejar sin efecto el régimen de visitas que el juez había fijado a favor de la madre. La asesora interviniente en la causa se pronuncia a favor de la medida solicitada, y le explica a la niña que su función y la de la abogada son diferentes, pero pueden apoyar el mismo interés. Hasta allí, todo parecía encaminado para que la niña tuviera a la abogada que había elegido.

Con el visto bueno de la asesora, la abogada presentó un escrito en el juzgado pidiendo ser designada como abogada de la niña. Quien se opuso en primer término a su designación fue la letrada que patrocinaba a la madre, ya que sospechaba que la psicóloga tenía un cierto alineamiento con la postura del padre.

Por su parte, el juez antes de resolver la designación de la abogada, quiso averiguar de qué manera la niña había conocido a la abogada, y aprovechó la ida de la letrada al juzgado para interrogarla: “¿Cómo llegó usted, doctora, con la nena?” nos contaba la abogada que, para su sorpresa, le preguntó el magistrado.

Así, lo llamativo de este caso fue que al momento de resolver, el juez aceptó designar un abogado para la niña, pero se negó a nombrar a la letrada que se había presentado, y pidió que

se designara a uno del Registro del Colegio Público de Abogados. La abogada de la niña apeló la resolución, pero estando el expediente en la Cámara Civil la madre de la niña falleció, por lo cual la causa “devino abstracta” y quedó sin resolución.

Este caso nos parece significativo por varias razones. En primer término, porque refleja que en ocasiones la presencia de un abogado del niño en un expediente no es el comienzo del asesoramiento, sino el resultado de una trama de relaciones previas. Aquí, por un lado, hay una relación previa entre profesionales (abogada y psicóloga) que trabajan el tema de la niñez desde sus particulares perspectivas profesionales, y que comparten distintos espacios. Y, por el otro, la niña comienza a construir una relación personal propia con una abogada a quien conoce gracias a la mediación y orientación de su psicóloga, persona en quien ella confiaba.

En segundo lugar, resulta significativo porque la niña llega al expediente con su abogada ya elegida, y esto choca con la concepción del juez que se coloca en el lugar de “evaluador” de las características del abogado que puede ingresar o no en el expediente. Por ello, el desconcierto de la abogada elegida por la niña quien nos relataba en un tono de queja que la pregunta que le realizó el magistrado acerca de cómo conoció a la niña sencillamente no corresponde, pues así como al abogado de un adulto no se le pregunta cómo y en qué circunstancias conoció a su cliente, tampoco debería ser una pregunta que se le formule a un abogado que se presenta en el expediente en representación del niño. Además de ello, esto permite observar que para este funcionario no pesa la realidad material de que la niña “ya” estableció un “contrato” con su abogada, contrato que se basa en una relación de confianza. Antes que valorar esta situación, ubica por encima el “interés superior” de la niña y se coloca en el lugar de garante: puede que necesite un abogado, pero es él quien va a decidir cuál abogado, y de qué procedencia.²⁰

Por ello, en este caso no sólo se observan indicios de una tensión entre lo público y lo privado, sino también de otra que, en buena medida, se encuentra relacionada con ella y que versa sobre la autonomía versus la protección de los niños.

Ciertamente, tal como ha sido analizado por distintos autores, la definición de niñez dominante en nuestras sociedades occidentales y contemporáneas más allá de sus matices y singularidades, ha retratado a los niños como seres frágiles, incompletos e inmaduros, como

²⁰ Otra tensión que puede ser identificada en este caso, es la que ocurre entre el “adentro” y el “afuera” de la justicia, esferas que son valoradas diferencialmente por los jueces en términos de “confianza” o “desconfianza”. En otras palabras, a partir de nuestro trabajo de campo pudimos comprobar que una de las regularidades que se da en distintas ciudades en relación al uso de la figura del abogado del niño es que privilegia la designación de letrado del niño en aquellos casos en que la misma es propuesta “desde dentro” del sistema judicial, por el juez o el representante promiscuo, pero en cambio prevalece la desconfianza hacia los abogados del niño que se presentan en la causa en forma espontánea, “desde afuera” del Poder Judicial.

individuos en potencial o bien como personas en transición (Varela, 1986; Jenks, 1996; James y James, 2001; Colangelo, 2005; Cohn, 2005). Seres que esencialmente son definidos desde la carencia y como receptores pasivos de protección y cuidado. Por ello, tal como sostiene Adriana Vianna (2010), en relación con la infancia cobra preeminencia un lenguaje tutelar, en tanto los “menores” –por edad o por cualquier otro motivo- son por excelencia quienes no pueden protegerse por sí mismos. Por ello, en el caso de la legislación en torno a la infancia ese lenguaje está organizado fundamentalmente en torno a la noción de “responsabilidad”, una figura jurídica de fuerte connotación moral.

Ahora bien, en este caso se puede observar que la niña, lejos de tener una actitud pasiva, procura con la ayuda de una profesional de su confianza, su psicóloga, encontrar la manera de que su voz sea escuchada en el ámbito de la justicia. Sin embargo, en la justicia la niña vuelve a encontrarse con una respuesta tramada en términos de un lenguaje de la protección, en tanto el juez desconfiando de su elección y de que ésta fuera autónoma –lo que hace recaer su sospecha en la abogada, de allí la pregunta respecto de cómo la había conocido- no hace lugar a su pedido. Esta tensión entre autonomía y protección, también puede observarse en el caso que a continuación describimos, a partir del expediente judicial en el que quedó documentado, y que se desarrolló en uno de los juzgados de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Quién protege qué derechos de los niños

En abril de 2012, una mujer divorciada del padre de su hijo desde hacía 7 años, se presenta en un juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acompaña su primer escrito con diversos informes escolares, pediátricos, psicológicos y psiquiátricos sobre su hijo de 9 años. Al niño le habían indicado tratamiento farmacológico por “trastorno de déficit atencional e hiperactividad (TDH/TDA)” y “trastorno oposicionista desafiante”. Esto es, todos los informes profesionales que la madre presentaba concluían que era necesario suministrar al niño medicación psiquiátrica para tratar adecuadamente esos trastornos. Sin embargo, el padre del niño se oponía a la realización de tal tratamiento. Por ello, la mujer luego de intentar convencer por distintas vías a su ex pareja, y sumando nuevos informes de la escuela en los que la conminaban a comenzar el tratamiento dado que el niño representaba “una dispersión constante en el contexto aulico”, decidió presentar en el juzgado una solicitud de medida cautelar para que el magistrado la autorizara a suministrar la medicación a su hijo, aun a pesar de la oposición del padre del niño.

Recién unos 4 meses después, se presenta por primera vez el padre en el expediente y en su escrito solicita que se rechace “la pretensión” de la madre y que se fije una audiencia, y pide también que el juez recabe una mayor cantidad de prueba para constatar si el niño poseía o no aquellos trastornos que alegaba tanto su ex mujer como todos los informes profesionales que ella presentaba como prueba de su demanda. Con esta presentación se abre una etapa en la que los escritos de una parte y de la otra, se cruzan, se contestan, se impugnan.

En el mes de mayo del año siguiente, luego de esta sucesión de escritos y postergaciones diversas, se celebra finalmente una audiencia en el juzgado de la que participan la madre del niño, el padre, los abogados de ambos progenitores, la trabajadora social del juzgado y la Asesora Pública de Menores, además del juez. Allí se resuelve que será el padre quien llevará al niño a otro psiquiatra infantil para confirmar o desestimar el diagnóstico.

Luego de ello, en el expediente se puede observar otra sucesión de escritos presentados principalmente por la letrada de la madre, en los cuales alega que el padre incumple con el acuerdo que habían alcanzado, ya que el niño no está concurrendo al psiquiatra propuesto por él, y además denuncia violencia psicológica contra ella.

En septiembre, el juzgado convoca a una nueva audiencia en la que insta a las partes a que lleguen a una conciliación, pero no lo logra. El padre continúa oponiéndose a que al niño se le suministre la medicación y la madre insiste en el pedido de la medida cautelar dado que la medicación indicada por los profesionales mejorará la vida escolar y social de su hijo.

Con el caso atascado en esta situación, el padre presenta un nuevo escrito en el que solicita al juez designe un abogado para su hijo “que lo asesore, informe y represente asumiendo la defensa exclusiva de sus intereses y necesidades”. Así, citando la jurisprudencia y la doctrina más actualizadas sobre el tema, plantea que hasta el momento su hijo no fue oído en el marco del proceso y que la designación de un abogado del niño aseguraría la adecuada defensa de sus intereses así como una investigación acabada de los hechos.

El juzgado le “corre vista a la parte actora”, y la madre se opone a esta petición y pide que se la rechace. Señala que el padre mantiene “una conducta psicopatológica y manipuladora del menor en detrimento de la relación materno-filial”, cita una corriente jurisprudencial diferente a la que apoya el pedido del padre, y amparándose en un fallo de

la Corte Suprema de Justicia de la Nación plantea que “las disposiciones sobre la capacidad de los menores no han sido derogadas por la ley 26.061”.²¹

Una vez que la madre presenta este escrito y que la Asesora dictamina que “no corresponde hacer lugar al pedido del padre, toda vez que el niño está representado por el Ministerio Público”, es decir por ella misma, el juez dicta una resolución en la que rechaza la solicitud del padre. En su resolución, el magistrado plantea que la participación del niño en un proceso judicial varía no sólo según su edad, grado de madurez y posibilidad de formarse un juicio propio, sino también según la naturaleza de la cuestión en debate; y prosigue: “por ello la intervención del niño en el proceso adquiere formas diversas, puede ser que participe mediante el Ministerio Público, sus padres o su propia representación con patrocinio letrado y en cada caso deberá evaluarse la forma adecuada”. En tal sentido, el juez plantea que en este caso al tratarse de un conflicto entre los padres del niño, no es necesario que el niño se exprese o decida. Por ello, considera que la pretensión del padre sólo le generaría al niño una nueva tensión, y que el conflicto se resuelve no con abogados sino con profesionales de la salud. De esta manera, para no dilatar más el proceso, el juez finalmente autoriza el suministro de la medicación, amparándose en otro “derecho del niño” también reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y en las leyes nacionales de infancia, el “derecho a la salud” frente al que declina o queda en segundo plano el derecho a ser oído o a que su opinión sea tenida en cuenta.

En este complejo caso, la tensión mencionada más arriba presenta nuevas aristas, en tanto el valor “salud” (Colangelo, 2012)²² y la palabra científica autorizada para hablar de ese valor cobran tanta fuerza que opacan o dejan en un segundo plano el interés concreto de ese niño y su posibilidad de expresarse. Más allá de que en este caso también se puede observar una extensa y prolongada disputa entre los padres del niño, quienes no pueden ponerse de acuerdo respecto de algo que, en otro contexto, veríamos como una decisión de índole estrictamente privada (resolver dar una medicación a un hijo), es llamativo que el juez desista de escuchar al niño y no le parezca relevante que el niño opine o preste su consentimiento para el tratamiento que debía realizar. Por ello, el juez reafirma a la madre en su tarea de responsable y

²¹ Este fallo de la Corte (CSJN, M.,G.C./P.,C.A., 26/06/2012)—que reafirma una postura conservadora en materia de capacidad jurídica— ha sido una de las herramientas jurídicas fundamentales para desestimar los pedidos de designación de abogado del niño, en tanto lo que allí plantea la Corte es que los menores de 14 años son “incapaces absolutos” tal como plantea el Código decimonónico.

²² Tal como analiza Adelaida Colangelo, la medicina infantil ha tendido desde su constitución como tal, a definir su quehacer en términos del logro de la salud del niño. Esta tendencia se inscribe en una perspectiva que trasciende a la ciencia médica y que hace a “la salud” un valor social y un valor casi absoluto en tanto es definida de un modo cada vez más amplio, hasta abarcar prácticamente todos los aspectos de la vida. Un valor que posibilita y que es alimentado por la medicalización de la sociedad.

representante del niño. Así, en este caso el valor de la protección de la infancia y el componente tutelar que permea a la justicia destinada a actuar en “asuntos de familia” se imponen y desestiman cualquier otra iniciativa que procure representar individualmente al niño. Ello porque en casos como éste, tal como planteó el magistrado en su resolución, no está en juego la autonomía del niño sino su protección. Una tarea de protección para la cual no solo está el magistrado de familia, sino también el Ministerio Público Pupilar.

El abogado del niño: una figura buena para pensar

A lo largo de nuestra investigación hemos podido identificar, por un lado, el proceso de surgimiento y consolidación en el nivel de las normas de la figura del abogado del niño. Pero al mismo tiempo, el trabajo de campo que desarrollamos nos permitió captar algunas cuestiones empíricas y concretas de la complejidad que conlleva la implementación de dicha figura en el funcionamiento cotidiano de los tribunales. Ello nos llevó a determinar, en primer lugar, que la figura es bastante conocida en términos abstractos, pero todavía poco usada en términos prácticos. La tarea de contextualizarla y analizarla nos ha permitido tanto avanzar en el conocimiento de la misma como abrir el análisis a algunas cuestiones que se desprenden de ella.

La emergencia y el despliegue de la figura del abogado del niño pueden abordarse, desde una perspectiva socio-antropológica, a partir de la identificación de una dimensión de materialidad muy particular vinculada al niño considerado como “sujeto de derechos”. Si ponemos en diálogo al discurso del derecho con el de las ciencias sociales, vemos que el proceso normativo de recortar al niño como un “sujeto procesal” al que hicimos referencia anteriormente se complementa con el proceso burocrático de ir desplegando herramientas para hacer efectivo ese carácter, otorgándole al niño la posibilidad concreta de hacerse oír ante los jueces, en un contexto en el que, hasta hace muy pocos años, ello no era considerado imprescindible. Y si bien en el plano abstracto nos encontramos con un marcado consenso en torno a la cuestión, el aproximarnos a la dinámica empírica de la participación del abogado del niño nos abre todo otro campo de reflexión en torno a los significados que surgen de la misma.

Ello debido a que un niño es, en teoría, un sujeto de derecho, pero al momento de hacer oír efectivamente su voz en el contexto de un conflicto entre sus padres, por ejemplo, ese carácter diferenciado se ve necesariamente atravesado por una lógica de la filiación y la patria potestad que articula las relaciones familiares y de parentesco en nuestra sociedad, y que fija límites y

otorga peculiares características a la dinámica de la intervención del Estado en cuestiones que, en principio, atañen al ámbito de “lo privado”.

La figura del abogado del niño se coloca por ello, desde nuestra perspectiva, en uno de los puntos de tensión entre una lógica de funcionamiento de las relaciones familiares, anclada en la dimensión de lo privado, y una lógica burocrática de intervención sobre dichas relaciones que pone en juego el peso de la dimensión de lo público y el avance de las oficinas estatales sobre ámbitos domésticos. Y ello ocurre a partir de la corporización de un profesional que llega a los tribunales para exponer ante el juez la perspectiva particular de un niño. Una situación que, en alguna medida, tensiona una larga tradición que ha colocado al juez de familia como el responsable de velar por el bienestar de ese niño, escuchándolo pero a la vez interviniendo más allá de lo expresado por el niño, y a veces hasta en contra de sus deseos, aunque siempre guiados por el lema de “lo que resulte más conveniente para el menor” –como podía leerse en las sentencias de mediados de siglo XX (Villalta, 2012)- o por la más reciente fórmula del “interés superior del niño”.

De tal manera, la figura del abogado del niño que ha sido impulsada, promovida y en muchos casos implementada concretamente por quienes han sido y son activistas de los derechos de los niños, constituye una suerte de mirador privilegiado para examinar cómo los proclamados derechos de los niños adquieren significados y existencia en la práctica diaria a partir de su imbricación con las condiciones locales derivadas de determinados contextos sociales y políticos. Y en esas condiciones que amplían o restringen los derechos acordados a los niños/as, es posible encontrar particulares sentidos y valores dados a las esferas de lo público y lo privado en nuestra sociedad que incidirán en las formas en que se administra justicia para las familias.

Bibliografía

BARNA, Agustín. “Convención Internacional de los Derechos del Niño. Hacia un abordaje desacralizador”. *KAIROS. Revista de Temas Sociales*. Año 16. N° 29, 2012.
<http://www.revistakairos.org>

BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BOURDIEU, Pierre. “Espíritu de familia”. In: Neufeld, Grimberg, Tiscornia, Wallace

(comps.) *Antropología social y política. Hegemonía y poder: el mundo en movimiento*, Buenos Aires: EUDEBA, 1998.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. *Direito Legal e insulto moral. Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

CICERCHIA, Ricardo. “Familia: la historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña. Buenos Aires, 1776-1850”. In: Wainerman, Catalina (comp.) *Vivir en familia*. Buenos Aires: Losada, 1996, pp. 49-72.

CIORDIA, Carolina y RUSSO, Marlene. “La gestión de los afectos. Administración judicial de conflictos familiares en los tribunales de familia bonaerenses”. *Intersecciones en antropología*, vol.15, n.2, 2014, pp. 461-472.

COHN, Clarice. *Antropologia da criança*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

COLANGELO, Adelaida. “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje”, 2005, en: www.me.gov.ar/curriform/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf

COLÁNGELO, Adelaida. “La crianza en disputa: medicalización del cuidado infantil en la Argentina, entre 1890 y 1930”. Tesis Doctoral en Antropología, Universidad Nacional de La Plata, 2012.

COSSE, Isabella. *Estigmas de nacimiento. Peronismo y orden familiar. 1946-1955*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

DAICH, Deborah. “Los procedimientos judiciales en los casos de violencia familiar”. In: TISCORNIA, Sofía (comp.). *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia, 2004, pp. 327-379.

FONSECA, Claudia y CARDARELLO, Andrea. “Derechos de los más y menos humanos”. In: TISCORNIA, Sofía y PITA, María Victoria (eds.) *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia, 2005, pp. 9-41.

GHIRARDI, Mónica. *Matrimonios y familias en Córdoba. Prácticas y representaciones*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

GUY, Donna. “Los padres y la pérdida de la patria potestad en Argentina: 1880-1930”,

Buenos Aires: Archivo General de la Nación, 1996.

GRINBERG, Julieta. “La recepción de “los derechos del niño” en Argentina: trayectorias de activistas y conformación de una nueva causa en torno a la infancia”. *Revista de Antropología y Sociología Virajes*, volumen 15 (1), 2013, pp. 299-325.

HERRERA, Marisa. “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061.” In: FLAH, Lily (Dir.). *Los desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI. Homenaje a la Dra Nelly Minyersky*. Buenos Aires: Errepar, 2011, p. 693 y ss.

JENKS, Chris. *Childhood*. London and New York: Routledge, 1996.

JAMES, Allison y JAMES, Adrian. “Childhood: Toward a Theory of Continuity and Change”. *The Annals of the American Academy, AAPS*, 575, 2001.

MERRY, Sally Engle. *Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local*. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2010.

LUZZI, Mariana y NEIBURG, Federico. “Prácticas económicas, derecho y afectividad en la obra de Viviana Zelizer”. In: ZELIZER, Viviana. *La negociación de la intimidad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 11-19.

NEIBURG, Federico. “Intimidad y esfera pública. Política y cultura en el espacio nacional argentino”, *Desarrollo Económico*, 170 (43), 2003, 287-303.

NICOLINI, Graciela. *Judicialización de la vida familiar*. Buenos Aires: Espacio, 2011.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de justiça. Antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: UGRGS Editora, 2009.

VARELA, Julia. “Aproximación genealógica a la moderna percepción social de los niños”, *Revista de Educación*, número 281, 1986, pp. 155-175.

VIANNA, Adriana. “Derechos, moralidades y desigualdades. Consideraciones a partir de procesos de guarda de niños”. In: VILLALTA, Carla (comp.) *Infancia, justicia y derechos humanos*, Bernal: Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes, 2010, pp. 21-72.

VILLALTA, Carla. *Entregas y secuestros. El rol del Estado en la apropiación de niños*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto/CELS, 2012.

VILLALTA, Carla. “Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina”. *Civitas*, Vol. 13 (2), pp. 245-268.

VILLALTA, Carla; HERRERA, Marisa; BURGUÉS, Marisol y MARTÍNEZ, Josefina. *El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia*. Informe final de investigación. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Buenos Aires, 2015 (inédito).

VILLALTA, Carla y LLOBET, Valeria. “Resignificando la protección. Nuevas normativas y circuitos en el campo de las políticas y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia en Argentina”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, N° 1, 20

Resumo:

Na Argentina o activismo da Abuelas de Plaza de Mayo, na busca de seus netos apropriados durante a última ditadura militar, teve um efeito inesperado: centenas de pessoas [que não poderiam ser seus netos] começou a se perguntar sobre a sua identidade. Alguns deles se organizaram em associações enquanto outras começaram a ser chamados de "afetado independente", mas a luta para encontrar suas origens e criar condições adequadas para esta legislação era em conjunto. Para esses ativistas o acesso à justiça se revelou como muito difícil e, na verdade, apenas algumas pessoas foram capazes de levar seus casos ao tribunal.

Neste artigo vou descrever e analisar o caso de dois processos. Sabrina -ativista "afetado independente" - e o caso de três mulheres que, em 2012, conseguiram convencer a parteira que as vendeu ao nascer. Analisar como essas mulheres experimentam a procura pelo direito de saber as suas origens na arena judicial, permitirá compreender, em primeiro lugar, como as exigências de quem procura as suas origens no campo judicial estão definidas e, por outro lado, o alcance e limitações do sistema de justiça para essas reivindicações ao "direito de saber".

Palavras-chave: Pesquisa. Origens. Demanda. Justiça. Direito.

Resumen:

En Argentina el activismo de Abuelas de Plaza de Mayo, en la búsqueda de sus nietos apropiados durante la última dictadura militar, ha tenido un efecto inesperado, cientos de personas [que no podían ser sus nietos] comenzaron a preguntarse sobre su identidad. Algunas de ellas se organizaron en asociaciones y otras se autodenominan "afectados independientes", pero conjuntamente luchan para encontrar sus orígenes y crear legislaciones adecuadas para ello. Para estos activistas acceder a la justicia se revela muy difícil, en efecto solo algunas personas lograron llevar sus casos a la justicia.

En este artículo describo y analizo dos casos judicializados, el de Sabrina -una activista "afectada independiente"- y el caso de tres mujeres que, en 2012, lograron condenar a la partera que las vendió al nacer. Analizar cómo experimentan estas mujeres su demanda por el derecho a conocer sus orígenes en la arena judicial, permitirá comprender, por un lado, cómo se configuran las demandas de quienes buscan conocer sus orígenes en el terreno judicial, y por otro, los alcances y las limitaciones del sistema de justicia para este tipo de demandas por el "derecho a conocer".

Palabras claves: Búsqueda de orígenes. Demanda. Justicia. Derecho.

Abstract:

In Argentina, the activism of Abuelas de Plaza de Mayo, searching for their grandchildren, kidnaped during the last military dictatorship, it has had an unexpected effect: hundreds of people [who could not be their grandchildren] began to wonder about their identity. Some of them became organized in associations while others call themselves "independent affected people" but they all gather together to find their own origins and improve current legislation. For these activists access to justice is revealed very difficult, indeed only a few people were able to take their cases to court.

In this article I describe and analyze two prosecuted cases, Sabrina –an "independent" activist - and the case of three women who, in 2012, managed to convict the midwife who sold them at birth. In order to analyze how these women experience their claims for the right to know its origins in the judicial arena, will allow to

²³ Profesora y Magister en Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, y doctoranda en la misma casa de estudios. Investiga sobre temas vinculados a búsqueda de orígenes, identidad, adopción, parentesco y familia, y ha publicado artículos y capítulos de libro sobre estas cuestiones. Su investigación doctoral fue financiada por una beca del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Integra el Equipo de Antropología Política y Jurídica del Instituto de Ciencias Antropológicas de la Universidad de Buenos Aires dirigido por Sofía Tiscornia, y el Proyecto UBACyT *Las dimensiones tutelares del Estado. Etnografías de las instituciones públicas y las organizaciones sociales en la gestión local de la infancia y las familias*, dirigido por Carla Villalta. Contacto: soledadgesteira@gmail.com

understand, first, how the demands of those seeking their origins in the judicial field are set, and secondly, the scope and justice system limitations for such claims to the "right to know".
Keywords : Search. origins. Demand. Justice. Law.

Introducción

En Argentina a partir del año 2002 comienzan a surgir organizaciones de personas adultas adoptadas (o que fueron inscriptas falsamente en el Registro Civil como hijos biológicos) que quieren conocer sus orígenes biológicos y reclaman al Estado argentino por el ejercicio “pleno” de su derecho a la identidad, ya que sostienen que si bien existe tal derecho en la Convención de los Derechos del Niño, y en los pactos de San José de Costa Rica que nuestro país ratifica, no existen “las herramientas para poder buscar y encontrar”.

La emergencia de estas nuevas formas de activismo, sobre la búsqueda de los orígenes, se vincula con el trabajo realizado por Abuelas de Plaza de Mayo en la búsqueda de sus nietos que fueron apropiados²⁴ durante la última dictadura militar (Gesteira, 2014). El activismo de Abuelas de Plaza de Mayo en la búsqueda incansable de sus nietos apropiados hizo que personas de todas las edades fueran interpeladas, muchas de ellas, aún teniendo la certeza de que no podían haber sido niños apropiados en la dictadura, se acercaron a Abuelas para “saber qué hacer, dónde buscar, cómo resolver esa duda”. Así fue, que reunidos en la Defensoría del Pueblo de la Nación en marzo del año 2002 en la Argentina surgió la primera asociación de personas que buscan sus orígenes, Quienes Somos, en poco de menos de un año, producto de una escisión al interior de este grupo primigenio, surgió la Asociación Raíz Natal. Ambas son las asociaciones argentinas pioneras que reúnen a personas que fueron adoptadas o inscriptas como hijos biológicos por sus padres de crianza, que quieren conocer sus orígenes biológicos. Más tarde, se formaron otras asociaciones (por ejemplo: Búsquedas Verdades Infinitas, Fundación Nueva Identidad, entre otras) y una variedad de grupos virtuales, blogs y páginas de búsqueda²⁵.

Desde 2010 llevo adelante una investigación etnográfica²⁶ sobre la conformación del colectivo de activistas sobre la búsqueda de los orígenes y la identidad en Argentina, parte del

²⁴ Se calcula que durante la última dictadura militar en Argentina fueron apropiados criminalmente, y de forma sistemática, alrededor de 500 niños y niñas, hijos de militantes que fueron detenidos ilegalmente, desaparecidos y asesinados. Abuelas de Plaza de Mayo logró restituir hasta junio de 2016 a 120 nietos y nietas.

²⁵ Las nuevas tecnologías, en especial internet, son herramientas centrales para estos activistas pues es un medio para difundir sus búsquedas de origen.

²⁶ Como resultado de esa investigación escribí mi tesis de maestría (Gesteira, 2013) que aborda cuestiones relacionadas con los sentidos que estas personas otorgan a nociones tales como familia, parentesco y origen. Y

trabajo de campo supuso acercarme a estos activistas y conocer cómo eran sus búsquedas de origen y la forma en que las llevaban adelante.

La formación de los *campos*, sostiene Pierre Bourdieu (1999), solo es posible a partir de los sujetos que lo conforman, en tanto agentes activos y actuantes que poseen las características para producir efectos sobre él. En este sentido, la búsqueda de los orígenes y la identidad en la Argentina puede ser comprendida en tanto *campo* (Bourdieu, 1999)²⁷ en el que confluyen una diversidad de actores tales como, asociaciones vinculadas a la búsqueda de los orígenes y la identidad²⁸; oficinas del Estado (centralmente oficinas de orientación en estas búsquedas como son los registros civiles, áreas de Búsqueda de Origen, secretarías de Derechos Humanos, entre otras); activistas que no participan de ninguna asociación –que se autodenominan “afectados independientes”–; madres que buscan a sus hijos entregados en adopción o robados al nacer; instituciones diversas que están relacionadas con la temática (juzgados, tribunales, hospitales, etc.) y las redes sociales virtuales²⁹ como un escenario central para las búsquedas de origen.

Como señalé, en la conformación de este campo tuvo –y tiene- una singular impronta la labor de Abuelas de Plaza de Mayo, en efecto a partir de las estrategias jurídico-políticas de búsqueda y de las campañas de difusión para la búsqueda de sus nietos apropiados, lograron sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de conocer los orígenes y así interpelar a cientos de personas que “dudaban sobre su identidad”, pero que no podían ser niños desaparecidos durante la dictadura. Sabrina³⁰ fue una de esas tantas personas que fueron interpeladas por Abuelas de Plaza de Mayo, al igual que Luz, Ana y Pamela, quienes lograron judicializar sus casos.

en la actualidad me encuentro escribiendo mi tesis doctoral titulada “*Entre el activismo y el parentesco: lo público, lo íntimo y lo político. Las organizaciones sociales de personas que buscan sus orígenes*”. El análisis de activismo judicial contenido en este artículo se inscribe dentro de los resultados de mi investigación doctoral.

²⁷ Si bien refiero al concepto de *campo* –comprendido como un espacio social de acción en influencia en el que confluyen relaciones sociales determinadas– de Pierre Bourdieu en este artículo, por cuestiones de extensión y objetivos propuestos, no desarrollaré las características de su conformación y constitución. En mi investigación doctoral utilicé esta noción porque me permite analizar cómo estos activistas construyen la búsqueda de los orígenes y la identidad como una problemática social específica y demandan que sea atendida por Estado.

²⁸ Abuelas de Plaza de Mayo y las asociaciones de personas que buscan sus orígenes como Quiénes Somos, surgida en 2002; Raíz Natal surgida en 2003; Nueva Identidad y Búsquedas Verdades Infinitas surgidas en 2010.

²⁹ Existen una gran cantidad de grupos virtuales y de facebook relacionados a la temática de la búsqueda de los orígenes, algunos de ellos son: Hijos Biológicos Buscamos Identidad (Argentina), Madres e Hijos que Buscan la Verdad, y también blogs y cuentas de facebook creados con fines individuales, es decir, creados por personas que buscan su origen como medio de difundir su búsqueda, algunos de ellos: Completando mi historia, Origen Biológico, Necesito encontrar mi verdadera identidad, Camino al reencuentro, Aquí estoy, familia biológica, entre muchísimos otros.

³⁰ Todos los nombres y apellidos fueron modificados.

Sobre la base del trabajo de campo etnográfico realizado desde 2010 y entrevistas en profundidad a estas mujeres y a sus abogados, en este artículo analizo las experiencias de estas mujeres llevando sus demandas por conocer sus orígenes al terreno judicial³¹. Un espacio y una forma de *activismo* (Tiscornia, 2008; Merry, 2010) que cuando comencé a investigar sobre estos temas parecía “imposible”, tal como lo expresaban los integrantes de la Asociación Raíz Natal³². Por un lado, porque los delitos a los que refieren las inscripciones falsas de la filiación de estas personas prescriben³³ (exceptuando los casos de los niños apropiados durante la dictadura militar, que se consideran delitos de *lesa humanidad*), y por otro lado, porque al no ser adopciones legales, no cuentan con registros que tengan información sobre sus progenitores³⁴.

Sin embargo, en 2012, mientras continuaba realizando trabajo de campo junto a la Asociación Raíz Natal, me enteré del caso de Luz, Pamela y Ana, tres mujeres que habían iniciado una causa judicial en 2009 a la partera que las había vendido al nacer y en diciembre de 2012 habían logrado procesarla y condenarla. Un juicio inédito en su tipo que marcó un antes y un después en el ámbito de la justicia penal, ya que –exceptuando los casos de apropiaciones en dictadura militar– los delitos se suelen considerar como prescriptos, de este modo, el juicio de estas mujeres logró vencer la prescripción de los delitos por los que habían denunciado a la partera.

Más tarde, en 2013, a partir mi trabajo de campo en las reuniones de debate de debate sobre un proyecto de ley³⁵, conocí a Sabrina, otra de las pocas personas que había logrado

³¹ Es un trabajo de carácter exploratorio en la medida en que la Justicia es una arena poco transitada por estos activistas, en efecto, estas mujeres son las primeras que pudieron acceder a juicios de estas características.

³² Organización donde comencé mi trabajo de campo en 2010.

³³ Los delitos tipificados por el Código Penal para el robo de niños son: sustracción, retención y ocultamiento de un niño menor de 10 años (artículo 146, con penas de 5 a 15 años), suposición y sustitución de estado civil (artículos 138 y 139, con penas de 1 a 6 años), y falsedad ideológica de instrumentos públicos (artículo 293, con penas de 1 a 6 años), en su conjunto son delitos que prescriben luego de 12 años.

³⁴ En la inscripción falsa no existen huellas burocráticas donde queda registrada la información relativa a la madre biológica de la persona, de modo que estas búsquedas de origen resultan muy complejas. Por su parte, en la adopción hay un expediente que contiene dicha información y el nuevo Código Civil establece que se puede acceder sin límite de edad.

³⁵ Durante el año 2013 el Consejo Económico y Social –órgano colegiado, no estatal, de carácter consultivo y autárquico del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires–, convocó a diferentes asociaciones civiles y grupos virtuales que reúnen a personas que quieren conocer sus orígenes, y también a afectados independientes. Todos ellos fueron convocados a formar una Mesa de Trabajo para debatir y redactar un proyecto de ley que ampare a quienes buscan sus parientes biológicos, ya sea hijos que buscan a padres, madres que buscan a hijos, o hermanos que buscan hermanos. El proyecto de ley denominado “Derecho a conocer la Identidad de Origen y Biológica” fue presentando el 13 de mayo de 2014, fue presentado en la Cámara de Diputados. Se puede consultar aquí: <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=163134>

judicializar su caso. Ella a partir de una presentación judicial pudo confirmar lo que sospechó “desde siempre” y lo que sistemáticamente le negaron, que no era hija biológica de las personas que la habían criado.

Este artículo reconstruye y analiza las experiencias de búsqueda y activismo en la Justicia de estas mujeres, ambos casos me permiten analizar cómo se configura la demanda de quienes buscan conocer sus orígenes en el terreno judicial, y conocer los alcances y las limitaciones del sistema de justicia para este tipo de demandas por el “derecho a conocer”.

Si bien estos dos casos judicializados podrían interpretarse –a primera vista- como peticiones de mayor persecución penal y punitiva, el análisis etnográfico sobre la experiencia de estas mujeres y la reconstrucción que ellas hacen del proceso judicial, revela otra hipótesis de trabajo que posibilita ver otros sentidos asociados al reclamo de justicia que no tienen ver con la punición exclusivamente, sino con la búsqueda de la “verdad”, la reparación y la “sanación”. Puesto que la búsqueda de los orígenes supone, entre otras cuestiones, tal como expresan estas personas “completar un vacío” y “conocer la verdad”, y es por ello que para estas mujeres la demanda por su “derecho a conocer” precede y excede al castigo penal para quienes fueron responsables o culpables de la sustitución de su identidad.

A continuación describo in extenso el caso de Sabrina y las estrategias que tuvo que crear para poder “conocer” sobre su origen e incorporar en su partida de nacimiento la “nueva” información sobre su filiación. Y seguidamente reconstruyo el caso de Ana, Luz y Pamela.

La búsqueda de Sabrina

Sabrina nació en 1968, tiene 47 años pero parece más joven, es delgada y viste siempre ropa informal. Es una mujer de estatura media, cabellos castaños y ojos marrones oscuros, tiene la piel mate. La caracteriza su tono suave, su simpatía y una gran facilidad para expresarse y enunciar de qué se trata buscar los orígenes. Estudió Economía en La Plata y trabajó “de todo” como ella dice, está divorciada pero se casó joven y se fue a vivir al campo en donde trabajaba con su marido, tuvo dos hijos varones. Es martillera, tuvo una inmobiliaria, luego estudio Arte y actualmente se dedica al mosaiquismo. Se reconoce como una persona activa, hace unos años se enfermó de cáncer y luego de recuperarse siguió “luchando”, como me dirá, por encontrar su origen. Sabrina, no participa de ninguna asociación y grupo virtual, sin embargo, es una activista con una alta participación pública en la difusión del proyecto de ley “Derecho a conocer la identidad de origen y biológica” del que fue parte importante en su redacción. En las reuniones de debate del proyecto la conocí. A continuación reconstruyo su

caso tomando las distintas entrevistas informales que mantuve con ella desde que la conocí en 2013; de mis registros de las reuniones de debate del proyecto de ley; de una variedad de entrevistas que dio en radio y televisión; y de una extensa entrevista que le realicé en su casa el 11 de abril de 2014³⁶.

Sabrina se crió en la provincia de Buenos Aires, en un pueblo llamado Brandsen, en el seno de una familia de clase media alta, con sus “supuestos” padres, como ella los llama, se llaman Nuria y Omar Toledo, con los años supo que Omar se dedicaba a la entrega de niños en una clínica que quedaba enfrente de la casa donde Sabrina pasó su infancia. Omar y Nuria perdieron un hijo varón en 1966, en 1967 tuvieron a una niña y en 1968 y 1969 anotaron como hijos propios a Sabrina y Julián.

Durante las extensas entrevistas, diversos encuentros y conversaciones que mantuve con Sabrina señala dos momentos que fueron cruciales en su vida para elaborar “la sospecha” sobre la relación con quienes creía eran sus padres biológicos. El primer episodio refiere a su fecha de nacimiento, así me lo recordaba: “mis supuestos padres decían que yo había nacido el 20 de marzo de 1968 en la casa, y que mi supuesto padre había hecho el parto en domicilio... con ese dato llegué hasta los 10 años”. Sabrina me cuenta que cuando fue a realizar el trámite de renovación del documento nacional de identidad, junto con su hermano menor, se dio cuenta que la fecha que figuraba en sus documentos no se correspondía con la fecha de su cumpleaños. De este modo lo recordaba en nuestra entrevista: “viste que hay cosas que tenés grabadas que no te las olvidas, son recuerdos cruciales, que se mantienen así como latentes, porque ahí hay algo, ahí hay algo.... Volvemos un día a la oficina a buscar los documentos. Ni bien entramos la señora le dice ‘Nuria, con el nene todo bien, ya está el documento lo tenemos acá, pero de la nena no aparece nada, ¿vos estás segura que esta es hija tuya? Le dice la mujer... Vos fijáte hasta qué punto (*levanta las cejas y niega con la cabeza*), y ella la mira y le contesta: ‘sí, sí’, ‘pero no puede ser, los papeles no aparecen, no está la documentación de la nena’. Y ella le dice ‘bueno, bueno, después le digo a Omar que pase. Y ‘vamos, vamos, vamos’, nos agarró medio a los apurones y nos fuimos”.

Sabrina me cuenta que –según le dijeron- quien se encargó de anotar su nacimiento fue su abuelo paterno –porque sus padres estaban trabajando y muy ocupados- y que seguramente se había confundido en la fecha, que el “tema de las fechas era por eso, que no se preocupara”. Pero cuando finalmente tuvo su documento en sus manos y vio la fecha ella me decía “fue una desilusión enorme, estaba mal la fecha, me sentía re mal con eso, de chica me sentí re mal,

³⁶ En la reconstrucción de ambos casos utilizo las comillas dobles para introducir expresiones directas de mis informantes.

estaba mal la fecha. Cuando iba al colegio a anotarme, o en algún lugar y llevabas el documento, la fecha decía 3 de abril. Y desde ahí que yo me preguntaba por qué, por qué...”.

Sabrina identifica que la modificación de fechas en su documentación, sumado a las reiteradas situaciones de maltrato físico y psicológico de ambos “padres” y el trato diferencial para con su hermana -hija biológica de Nuria y Omar-, como elementos que le permitieron dudar sobre sus orígenes biológicos. Sobre esto me decía en nuestra entrevista: “cuando le preguntaba a mi papá me decía: ‘vos miras muchas telenovelas, Sabrina! Deja de mirar tanta televisión, porque te llenas de cosas la cabeza’, cosas así me decía. No... ¿por qué decís que mamá te trata mal? si mamá te quiere mucho...’ y la vieja me corría con la cuchilla y el otro me decía ‘ay, pero si mamá te quiere mucho’, una situación muy compleja, viste... lo que significa que tu madre te odie o que te maltrate (*se emociona*)”.

A pesar de sospecharlo, y saber que “había algo raro”, recién a sus 37 años logró confirmar su sospecha y luego “saber la verdad”. Así lo contaba en una entrevista radial: “Yo me entero hace diez años porque uno de mis hijos nació con una malformación y tuvo que pasar por una cirugía, bueno, una serie de cuestiones que tenían que ver con salud, estuvo muy delicado, y al no poder explicar mis padres de crianza de donde venía esa afección es que bueno... y raíz de las sospechas que yo tenía desde chica de que “había algo raro, había algo raro” así fue como salió a la luz que ellos no eran mis padres biológicos. En ese momento tenía 36 años. Había preguntando de chica, no puntualmente, porque una criatura a veces no puede elaborar ese pensamiento, pero sí de por qué estaba anotada con una fecha diferente de la que me festejan el cumpleaños, por qué no había fotos mías de cuando era bebé, por qué un montón de cosas, que a medida que iba creciendo iba descubriendo. Y siempre me lo ocultaron, hasta que bueno las cosas desencadenaron de la manera que fueron”.

Cuando Sabrina hace mención a cómo se desencadenaron las cosas está refiriéndose a la judicialización. Una vía a la que, según ella, tuvo que recurrir para poder “saber la verdad”, esto es poder confirmar que efectivamente Nuria y Omar no eran sus padres biológicos ya que ellos se negaban sistemáticamente a darle cualquier información. Así me lo explicaba: “ellos se negaron a brindar cualquier dato respecto de mi identidad de origen, de dónde vengo, qué día nací, en qué lugar, no tengo ninguno de esos datos, todos los datos que figuran en mi partida de nacimiento fueron falsificados, fueron cambiados”. Fueron reiteradas las ocasiones en que Sabrina les pidió a sus padres, de distintas formas y con diversas estrategias - personalmente, telefónicamente, por mail- que le dijeran “la verdad”. Durante nuestra entrevista describe una situación con su “madre” en donde ella le pide que le diga la verdad: “después que Mateo [su hijo menor] se recuperó de la operación un día vino ella para acá y yo

le digo -yo estaba muy mal- ‘mamá yo necesito saber qué está pasando acá, porque acá pasó algo raro, yo no puedo entender que es lo que está pasando, pero yo necesito que me lo digas! No puedo estar... Yo necesito el ADN porque yo necesito saber si vos sos mi mamá, si mi papá es mi papá, si mi hermana es mi hermana, si mi hermano es mi hermano’. Yo le explicaba porque necesitaba el ADN. Y ella me decía ‘ya te dije, mirá, dejáte de jorobar con ese tema, ya te dije, no hables más de eso, dejáte de hinchar con eso, ya te lo dije, porque sabes qué te va a pasar, sabes que te va a pasar? sabes que te va pasar a vos!? van a decir que estás loca, todos van a decir que estás loca, y te van a encerrar en un psiquiátrico, y sabes que te va a pasar, lo pensaste?! Lo pensaste?! No vas a ver nunca más a tus hijos, te van a sacar a los chicos y no los vas a ver nunca más’. Sentada acá (*señala la mesa donde estamos sentadas tomando mate*). Yo le tenía miedo y ella sabía que yo le tenía miedo, yo tenía 37 años, o sea... para mí eran como monstruos y les tenía miedo porque yo sentía que ellos podían hacer lo que quisieran, sobre todo Nuria, y que no iba a poder defenderme, me costó vencer ese esquema de que los que mandaban eran ellos, no yo... Bueno, después de esto les vuelvo insistir por teléfono ‘que yo necesitaba’, pero suplicando, eh?, rogándoles que me dijeron la verdad, y ellos nada”.

Para Sabrina hay un momento en su vida que marca un antes y un después, fue cuando le diagnostican que estaba enferma de cáncer de colon. “Tener un diagnóstico así me obligó a tomar decisiones”, me decía en una charla y proseguía explicándome “fueron un montón de cosas que me movilizaron bastante y me ayudaron a acomodar, a sanar como digo yo, a ser más concreta... Y ahí pensé en buscar alguien que ayude, que intervenga y medie, yo estaba muy enojada con ellos en ese momento... No puedo ir yo, tengo que buscar ayuda, pero me hacía mal a mí, que ya estaba en una situación de salud delicada con el tumor y con la ostomía³⁷, que tuve que aprender a vivir de otra forma. Y dije, bueno, un abogado, como mediador, era más el abogado de abogar no litigar, de abogar una respuesta, un acercamiento, una solución”.

Fue así que se contactó con varios abogados que le decían que “era un tema muy delicado, muy complejo, y que no sabían qué hacer”, tal como le pasó a una abogada que contactó y le dijo “tengo que consultar con algún profesor porque no sé cómo podemos encararlo”. Finalmente, por intermedio de una amiga, dio con Gabriel, su abogado, Sabrina recuerda “él me dijo que sí, pero tampoco sabía qué se podía hacer, pero él sí estaba convencido de que tenía el derecho a la identidad vulnerado, no sabía encuadrarlo pero me dijo, ‘dejáme que lo

³⁷ Es una operación quirúrgica mediante la cual se hace una abertura a la pared del abdomen para dar salida al tracto intestinal, de este modo, las heces se recogen en una bolsa especialmente diseñada para ello.

estudio y vemos qué podemos hacer””. Mientras tanto Sabrina, inquieta y activa, había pedido su partida de nacimiento, armó una carpeta repleta de artículos, recolectó información, bibliografía, viendo cómo hacían en otros países y se contactó con otras personas que buscaban.

El primer paso que realizó su abogado fue solicitar una mediación, en términos jurídicos lo que hizo su abogado fue una *acción civil*. La mediación tenía como objetivo “poder hablar sobre el tema de la filiación”. Sabrina me cuenta que “no dijeron nada, pero logramos que accedieran a hacerse el ADN”. Ella me explica que la mediación es prejudicial y que uno de los objetivos del abogado era lograr que sus padres de crianza accedan al ADN sin hacer un juicio para evitar que “no se hiciera todo tan largo”.

El resultado del estudio de ADN confirmó las sospechas de Sabrina, ellos no eran sus padres biológicos, así me lo decía: “lo primero que pensé era que no estaba loca, te restituye la confianza en vos misma. A mí me dio fuerzas para seguir y dar el segundo paso, hacer una presentación ante la justicia explicando mi reclamo y mi historia, que estaba anotada como una hija biológica, que tenía ADN, estos no son los padres, bueno, y los que son donde están, o sea, acá nos está faltando algo, la identidad”. Como su abogado no obtenía respuestas sobre esta presentación judicial, “le decían, sí, el reclamo es justo, pero no hay cómo resolverlo”, a partir de una nueva estrategia decidió armar otra presentación judicial. Así me lo contaba Sabrina: “después de un año de tener la demanda parada mi abogado me dice: ‘vamos a empezar por lo básico, que es la falsedad de la partida de nacimiento, el ADN dice una cosa y la partida dice otra’”. Fue así que en abril del 2012 una jueza de la Ciudad de La Plata falló a favor de Sabrina, argumentando que también en otros casos el ADN había sido “prueba suficiente” y en sus fundamentos hizo referencia al derecho a la identidad. Durante la entrevista Sabrina recuerda algunos pasajes del fallo: “la jueza puso que una persona por lo menos tiene que tener acceso a conocer aunque no lo llegue a conocer. Que la seguridad jurídica no pueda estar basada en la ficción”. Lo importante, menciona Sabrina, fue que la jueza le “dio a lugar” a que ella “impugne” su partida de nacimiento. Vale recordar que una partida de nacimiento se impugna, es decir, puede ser revisada cuando se demuestra que esos padres [que figuran allí como padres biológicos] no son tales y la prueba de ello suele ser la existencia de los padres biológicos. Pero en el caso de Sabrina esto no es así, “mis padres no son estos porque el ADN dice que no son, ah ¿y quiénes son?, ‘Ah, yo que sé, no sé’, o sea, yo estoy sin padres ahora”, así me lo explicaba sonriendo con ironía.

El resultado del juicio fue una anotación en el margen de su partida de nacimiento, una serie números y letras que remiten al fallo judicial en donde dice que Nuria y Omar no son sus

padres biológicos. Cuando le pregunté qué significaba eso para ella me dijo: “mi partida de nacimiento ahora dice -por lo menos- parte de la verdad, dice que esos no son. Es más auténtica de lo que era. Hay una certeza que ya está, que por lo menos es un paso”. Confirmar que Nuria y Omar no eran sus progenitores fue “dar un paso”, sin embargo, fue un paso hacia el “abismo”, me dice, puesto que el Estado no posee las herramientas para estas búsquedas, es decir, regulaciones y/o procedimientos para realizarlas. En este sentido, Sabrina me decía que “todo el sistema del estado, aunque vayas por el lado judicial, no tiene las herramientas. Con el ADN se confirma que esa identidad que yo tenía es falsa, falta lo más importante... restituirla”.

Primero fue la mediación, luego armar una presentación judicial, al darse cuenta que era “muy compleja”, su abogado repensó la estrategia y armó una presentación judicial “básica”, en donde se referían a la irregularidad de la partida de nacimiento, el fallo positivo de esta presentación habilitó a Sabrina a seguir accionando en la Justicia, a “ir por más”, tal como ella misma me dirá. El siguiente paso fue una nueva presentación judicial realizada en 2013, que tal como me explicaba, contiene: “toda la cuestión más compleja de las responsabilidades, la responsabilidad civil, la responsabilidad penal. Ahí va todo el resto de la problemática, desde la sustitución de identidad, la supresión de estado civil, la ocultación y el daño”. Sobre esta presentación judicial aún no tienen novedades, pero lo sugestivo en esta segunda presentación judicial es que Sabrina demanda la participación activa del Estado, así lo expresaba “en esta demanda además de mis padres también incluimos al Estado porque yo necesito que el Estado me ayude. Si ellos se niegan a aportar los datos, porque no quieren o porque no los desconozcan, no sé, yo no puedo quedar así con esta situación, por más que sea una cuestión entre particulares. El Estado tiene que garantizar los medios, no puede quedar afuera porque no es una cosa que yo la pueda resolver sola”.

La búsqueda de Luz, Ana y Pamela: el caso de la partera “vende niños”

Luz es una joven locutora de radio con una personalidad activa y entusiasta³⁸ que nació en 1978. Su “madre” soltera –Liliana- falleció de cáncer cuando ella tenía apenas un año y medio, fue criada por su “abuela” materna, Luz me dirá “desde que empecé a hablar que le decía mamá a mi abuela, a Liliana nunca la registré, le decía Liliana”. Luz es de las personas que sostienen que nunca sospechó que no era hija biológica: “nunca me vibró, nunca sentí algo puntual como algunos cuentan, bah, ¡casi todos! Me fue apareciendo como de golpe a los

³⁸ Fue quien impulsó la causa y la portavoz del caso, dio entrevistas en varios medios de comunicación (prensa escrita, radio y televisión) y se mantuvo siempre activa.

veintisiete años cuando un médico me preguntó ‘¿De qué cáncer murió tu mamá?’ y me cuenta que nunca lo habría preguntado”. El relato sostenido por su familia de crianza, es decir de sus abuelos que la criaron y del resto de la familia, era que Liliana era madre soltera y que Luz era su hija biológica, nadie sabía quién era el padre, y Liliana nunca más lo había visto, sobre este relato Luz reflexiona “cuando vos sos chiquito, te dicen que Hansel y Gretel³⁹ existen, y vos te lo crees porque sos chiquito, yo creí en esa historia”.

El 20 de abril de 2005, tras una serie de estudios médicos, donde Luz debe indagar a sus familiares de crianza sobre la enfermedad de su “madre”, confirma que no es hija biológica de quien creía su madre sino que fue inscripta falsamente y que habían pagado por ella. La revelación fue de parte de una tía, mientras miraban un álbum de fotos de su madre, Luz la miró y le preguntó ‘¿vos la viste embarazada a mi mamá?’, en ese momento su tía le confiesa que no, que era “adoptada” y que sabía que había existido dinero de por medio para que Luz llegara a la familia que la crió. Su madre de crianza tenía 36 años cuando enfermó gravemente de cáncer y su mayor deseo era ser madre de una niña, la tía de Luz así lo contaba en una entrevista televisiva “ella un varón no quería, ella quería una nena, y por eso mi tío se decidió a hacer lo que hizo, comprarla, porque... bueno, ella quería una nena, imagináte, sabía que la hija se estaba muriendo, no le quedaba otra más que darle el gusto”. Sobre la cuestión del dinero en nuestra entrevista Luz reflexionaba: “hubo gente que aportó dinero, familiares a quienes les pidieron y dijeron que no querían porque no estaban de acuerdo y tengo el dato de que era el valor de un auto cero kilometro para ir a comprar un bebé, como quien va a hacer las compras”.

Con la certeza de que no era hija biológica Luz supuso que podía ser hija de desaparecidos, entonces fue a Abuelas de Plaza de Mayo: “yo nací en 1978, mi abuelo de crianza trabajaba en el Instituto Geográfico Militar y bueno, después de una charla con la gente de Abuelas [de Plaza de Mayo] inmediatamente me mandan a hacerme el ADN al Hospital Durand” me dirá. En febrero de 2006 los análisis inmunogenéticos que se hizo en el Banco Nacional de Datos Genéticos, suponiendo que podía ser hija de desaparecidos, dieron negativo. Luego recuerda que “no sabía para qué lado iniciar la búsqueda”, fue así que acudió a algunas Asociaciones - de personas adoptadas o inscriptas falsamente-, para obtener orientación y finalmente encaminó su búsqueda junto a la gente de la oficina de Búsqueda de Origen de la Dirección General del Registro de Personas Desaparecidas del Ministerio de Justicia y Seguridad de la

³⁹ Personajes del conocido cuento infantil de hadas alemán recogido por los hermanos Grimm.

Provincia de Buenos Aires⁴⁰, espacio donde según me refirió se sintió muy contenida. Asesorada por Alfredo, el director, y el equipo jurídico de esta oficina provincial Luz inició una presentación judicial que culminó con el juicio y posterior condena de la partera que la vendió al nacer.

Después de ese 2006 con la desolación que provoca –según su experiencia- “el negativo de Abuelas” Luz observó en su partida de nacimiento el nombre de la partera que la firmaba y una dirección en González Catán (zona oeste del conurbano bonaerense) en donde habría nacido⁴¹. Recién en el año 2008 fue a esa dirección y comenzó a realizar averiguaciones, en ocasiones hablando con vecinos simulando que estaba realizando un documental. También durante 2008 una noche buscó en internet el nombre de la partera y el resultado de esa búsqueda le arroja el nombre de una mujer que buscaba su origen y que su partida de nacimiento también había sido firmada por la misma partera. Se pusieron en contacto, con algo de temor se encontraron en el café de un shopping de la ciudad, así me lo contaba “las 2 llevamos la partidas de nacimiento, parecieran calcadas, cambiaba el nombre de ella contra el mío, pero intervenía la misma gente. Y al poco tiempo aparecen Pamela y Ana que también fueron vendidas por la misma partera y con ellas dos comenzamos la causa judicial”.

Pamela nació en noviembre de 1969, en otro de los consultorios que tenía la partera en Ramos Mejía. Será en 1995, después de que sus padres de crianza murieran, que Pamela supo la verdad sobre su origen y lo primero que hizo fue mirar su partida de nacimiento y ver el nombre de la partera. Pamela supo que la partera era conocida en la zona por hacer abortos entonces una amiga llamo para pedir un turno simulando que se haría un aborto. Así llegó a la cita en el consultorio de González Catán. Ella fue la única que pudo hablar con la partera, y lo hizo con la esperanza de que le dijera quien era su madre biológica. Cuando entró al consultorio le dijo ‘yo no vengo a hacerme un aborto, pero le traigo estas fotos porque usted firmo mi acta de nacimiento, estos son mi papá y mi mamá que me criaron, que ya fallecieron, pero yo quería saber si usted se puede acordar de algún dato de mis padres biológicos’, la partera le contestó: ‘mirá, yo tuve una carrera intachable no me vengas a hacer quilombo ahora’. Pamela me cuenta que ella lloraba porque sentía impotencia de estar frente a la persona que –suponía- que sabía algo de su origen y que no le daba ninguna respuesta; “lo

⁴⁰ La Dirección de Personas Desaparecidas funciona desde 1999 y su objetivo es registrar e investigar casos de personas desaparecidas o halladas (vivas o fallecidas). Asimismo, el Área de Búsqueda de Origen, que depende de esta Dirección, fue creada a fines de 2004 y se ocupa de asesorar a personas que quieren buscar sus orígenes. Consultado en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/desaparecidos/index.htm>

⁴¹ Entre 1966 y 1979 esta partera trabajó como jefa de obstétricas en el Hospital de González Catán y en distintos consultorios de la zona oeste de la provincia de Buenos Aires.

peor de todo” agrega “es que en un momento ella me agarraba la mano como consolándome, fue tremendo”. Pasaron los años y Pamela no se dio por vencida, se encontró con la hija de partera -que también es partera- y le dijo que necesitaba saber quién era su madre biológica, esta mujer le contestó: ‘¿Cuánto querés?’. Pamela me dirá “fue terrible, ahí terminé de darme cuenta qué tipo de personas eran y más tarde me di cuenta que no era mi caso, sino que esto era un gran negocio que funcionó casi veinte años⁴²”.

Para Ana las cosas no fueron más sencillas, su historia también está marcada por el dolor, el silencio y la necesidad de saber. Ella nació en octubre de 1969, al igual que Pamela, y recuerda que cuando era muy chica una vez le preguntó a su mamá cómo había nacido, obtuvo una respuesta impactante ‘vos naciste en un tacho de basura, yo salí a la calle, había una nena muy linda en el tacho de basura y eras vos, que nadie te quería. Así naciste vos’. Si bien este episodio fue olvidado, será el nacimiento de sus hijas el momento clave de preguntas, dudas e incertidumbre sobre su origen, allí empezó a sospechar que no era hija biológica de las personas que la habían criado. A pesar de aquella cruel respuesta de la infancia, ella continuó creyendo que era hija biológica de sus padres, hasta que sus sospechas la llevaron a romper el silencio –y la supuesta armonía familiar- confirmando que ella y su hermano habían sido comprados al nacer. Ana, al igual que Luz y que muchas otras personas, decidió ir a Abuelas de Plaza de Mayo para que la orienten en su búsqueda, pero al no entrar en el rango de búsqueda (1976-1983) se quedó “sin saber qué hacer y a dónde ir”, hasta que a través de internet se contacto con sus “compañeras de causa”. En 2009, después de varias horas chateando por internet y de interminables charlas telefónicas, con dificultades y miedos estas tres mujeres realizan la primera presentación judicial que culminó con la condena de la partera en 2012.

Acceso a la Justicia, ADN y derecho a conocer

Para analizar la forma en que las demandas por conocer los orígenes son llevadas al terreno judicial y cómo ellas son transformadas en *hechos jurídicos* es imprescindible recordar que el campo jurídico, como advierte Clifford Geertz, no es –como solemos pensar- un conjunto de normas, reglas, principios o valores, sino que forma parte de una determinada manera de imaginar lo real, una concepción del modo en que son las cosas (Geertz, 1994).

⁴² En una entrevista informal en una de las audiencias judiciales, Pamela me contó que la partera tenía un relato unificado cuando las familias “compradoras” preguntaban por el origen de los niños/as, y era que las madres biológicas tendrían entre 15 y 16 años, que eran de familias de buena posición económica y que no querían a ese bebé y por eso lo entregaban.

Desde esta perspectiva, este autor sostiene que los hechos legales se hacen y no nacen, y por ello señala la importancia de atender a la relación que se establece entre hecho y ley, es decir entre *lo que ocurrió* y *lo que ocurrió a los ojos del derecho* (Geertz 1997, p.253 en Eilbaum 2005, p.135). Además de Geertz, otros autores han indicado que el campo jurídico no es un campo aislado de lo social, “el derecho forma parte de la realidad local, siendo informado por valores sociales y culturales propios de ella (Malinowski, 1991; Moore, 1978; Geertz, 1997; Kant de Lima, 1983)” (Eilbaum, 2005, p.135). El derecho, en tanto saber especializado introduce los acontecimientos mediante una serie de técnicas jurídicas que permiten ajustar la realidad a las formas correctas que exige el derecho (Geertz 1997, p.259 en Eilbaum 2005, p.137), será a partir de las “sucesivas interpretaciones y ediciones de la realidad que se va produciendo el derecho, en un proceso gradual en que el que hecho y ley se van constituyendo mutuamente” (Eilbaum, 2005, p.137).

Ahora bien, como se puede apreciar en la descripción del caso de Sabrina, acceder a la justicia para ella fue la vía para confirmar sus sospechas acerca de la relación que la unía con las personas que la criaron. La prueba de ADN fue muy importante para el avance de su causa, por un lado, porque, como ella señala, ese resultado le permite convencerse de que “no está loca”. Y por otro lado, el resultado del examen de ADN transforma la sospecha en una certeza y como tal se constituye en “prueba” y como ha sucedido en otros casos de estas características es lo que permite a la justicia avanzar. Así sucedió también en el caso de Luz, Ana y Pamela, pues “el negativo del ADN” fue la prueba que confirmó que no eran hijas de los padres que figuraban en sus partidas de nacimiento, y por ende ello probaba que los nacimientos que había certificado la partera eran falsos. Por otra parte, en el caso de Sabrina el resultado del ADN permitió a la jueza resolver que en la partida de nacimiento se agregara una nota marginal que –remitiendo al fallo judicial- indica que quienes figuran allí como sus padres biológicos no lo son. Además, el resultado del estudio de ADN le permitió dar el segundo paso, es decir, hacer una presentación judicial más amplia.

Como indiqué más arriba, para el caso de Luz, Ana y Pamela, sus estudios de ADN con sus “supuestos” progenitores fueron una herramienta clave para la estrategia jurídica. Michel Foucault señala que “si los discursos médicos pueden determinar, directa o indirectamente, un fallo de la Justicia, es porque funcionan atendiendo a su status científico, como discursos de verdad, dicen enunciar la verdad y de esa manera ejercen el poder en una sociedad que valora esa noción de verdad” (Foucault 1999 en Daich 2009, p.3). En el caso de Luz, Ana y Pamela el estudio de ADN se configuró como el elemento que confirma la ausencia de lazo biológico entre estas mujeres y quienes las criaron. La *verdad biológica* en estos casos decreta la

ausencia de vínculo, en consecuencia la certeza de que no existe vínculo biológico con sus familiares de crianza se transformó en una *verdad jurídica* (Eilbaum, 2005; Daich, 2009) que posibilitó procesar y condenar a la partera puesto que se confirmaban las declaraciones de estas mujeres, es decir, que no eran hijas biológicas de las personas que las habían criado y que tenían pruebas contundentes [que incluían testigos] de que la partera se dedicaba a la venta de niños y también a realizar abortos de forma clandestina. El ADN permitía entonces que se comenzaran a contabilizar los delitos a partir de dicho resultado, de modo que los delitos ya no estaban prescriptos. Así me lo explicaba Luz:

“Mi abogado⁴³ plantea que lo de la ocultación [artículo 146 del Código Penal] no prescribe. Y plantea que nuestros dichos en la declaración de la causa se comprueban a partir del ADN negativo con las familias de crianza. A partir del ADN negativo es que se empiezan a contar esos años de prescripción. (...). Yo cotejé con mi abuela, Pamela exhumando los restos y Ana con una tía. Entonces cuando la justicia tiene este resultado, tiene que tomar esta prescripción a partir de ese resultado. Eso fue una discusión también, porque Cámara podía haber dicho, no, no, es a partir de que nace, no de que tiene este resultado, pero como no hay una jurisprudencia de A, B, C es depende como lo pida el abogado el definitiva”. (Entrevista a Luz, 28 de enero de 2012).

El estudio de ADN aparece en la causa de estas mujeres como una herramienta central para lograr el procesamiento y condena de la partera, “el negativo”, como me comentaba Luz, fue la clave para revertir la imposibilidad que suponía la prescriptibilidad, permitiendo remover las coordenadas del tiempo para que el delito comience a contabilizarse desde el resultado de ese estudio y no desde el momento del nacimiento de estas mujeres. El resultado negativo de ADN es una herramienta que vuelve legítimos sus testimonios, las extensas declaraciones judiciales de estas mujeres, narrando sus dudas, sus búsquedas, sus por demás agotadoras investigaciones, quedan confirmadas mediante el estudio de ADN y eso habilitó a que la partera sea procesada y luego condenada.

Sobre el uso del test de ADN Claudia Fonseca sostiene que “la tecnología, como la del ADN, no tiene el mismo impacto en todos los lugares. Sus usos no son predeterminados. Sus efectos no son automáticamente liberadores (...). La tecnología asume formas variables, de acuerdo con la red social (y humana) en la cual opera...” (Fonseca, 2004, p.2). Además de no tener la

⁴³ En una entrevista que pude realizarle él me comentaba de su experiencia en casusas de lesa humanidad, puntualmente de su actuación en la causa de una niña –hoy mujer- que fue apropiada durante la última dictadura militar y fue restituida. De este modo, el abogado “trae” su experiencia en este tipo de causas y arma la estrategia jurídica teniendo presente herramientas que se usaron en esa otra causa, tal como él me lo contaba: “yo había trabajado en algunas causas de lesa [humanidad] y tenía la idea más o menos de cómo encararlo... Era trasladarlo acá, como hacer un trasplante a ver si prendía o no prendía, y bueno, por suerte salió bien” (Entrevista al abogado querellante de la causa, 13 de Septiembre de 2013. San Martín. Provincia de Buenos Aires).

misma valoración en todas partes⁴⁴, el uso del test de ADN también puede resignificarse en un mismo lugar –me refiero a Argentina- pero en diferentes contextos y situaciones. En este sentido sugiero que, lo novedoso aquí no radica en el uso de esta tecnología para confirmar la ausencia de vínculo biológico, sino que ello pone en evidencia la posibilidad de que estas personas puedan llegar a la justicia e iniciar demandas sobre sus orígenes, siendo el estudio de ADN un elemento más en pos de satisfacer la demanda por el derecho a conocer. Y por otro lado, como ha planteado Fonseca (2004), los efectos el estudio de ADN no son “automáticamente liberadores”, en este tipo de casos el resultado está operando para deshacer relaciones y no para crearlas.

Alcances y limitaciones de la justicia en causas de búsqueda de orígenes

Los resultados de la judicialización de ambos casos -la condena a la partera y que Sabrina haya podido confirmar que no es hija biológica e inscribir esa información en su partida de nacimiento- son valorados positivamente por las querellantes y sus abogados, sin embargo, resulta inevitable hacerse algunas preguntas. ¿Qué se logra conocer con estas iniciativas judiciales? ¿Estas personas pudieron ejercer su derecho a conocer sus orígenes, su “derecho a la identidad”? ¿Qué pudieron saber de su origen biológico? Aunque ellas quisieran responder lo contrario, lo cierto es que esta serie de preguntas tiene por respuesta la incertidumbre y la imposibilidad, ya que ninguna de estas mujeres han logrado saber nada sobre sus orígenes. En sus respectivas demandas, la de Sabrina en el fuero civil, y la de Luz, Ana y Pamela en el fuero penal han confirmado que “no son” hijas biológicas de las personas que las criaron y les dijeron -durante buena parte de sus vidas- que eran sus padres biológicos; y en el caso de Luz y sus compañeras lograron la condena de la partera que las vendió al nacer pero continúan sin tener información sobre sus padres biológicos y sobre las circunstancias de sus nacimientos.

Sobre los alcances de la Justicia para estos casos, le pregunte a Sabrina en una de las entrevistas que le realicé, refiriéndome al caso de la partera, puesto que ella lo conocía y además conoce a Luz [por compartir reuniones sobre el Proyecto de Ley], esto me decía:

Soledad: ¿Cómo es este nuevo paso judicial que vas a dar, donde hay otras responsabilidades, penal, etc. la posibilidad de que las personas que te criaron puedan ir presos?

⁴⁴ En Argentina existe una valoración positiva de los estudios de ADN en la medida que ellos lograron identificar los hijos de personas desaparecidas apropiados con sus familias biológicas y por otro lado restituir los cuerpos de los desaparecidos a sus familiares. No sucede lo mismo en Brasil, Fonseca destaca que los estudios de ADN “lejos de inspirar mayor tranquilidad, parece que la simple existencia del test alimenta la voluntad de saber (...) al alterar las propias premisas de las relaciones familiares, esta forma de biotecnología está aumentando la duda que pretende resolver” (2004:19).

Sabrina: Tampoco te soluciona... Habrá todo un orden jurídico y si esa persona infringió la ley y tiene que ir presa, está bien, son varios aspectos, pero ese es uno de los aspectos ¿y el resto? Lo que tiene que ver con el origen, con el derecho a conocer... Que más allá de todo es lo que te importa, viste.... Además yo creo que ya están presos, son presos de sus propias circunstancias. Ellos tendrán que vivir con su conciencia, que tal vez para ellos fue lo mejor del mundo e hicieron bien, bueno perfecto.

Soledad: ¿Eso lo han dicho?

Sabrina: ¡Sí! De hecho, en la presentación judicial que hice, uno de los argumentos que ellos presentan es que bueno, como que si no hubiera sido por ellos yo podía haber terminado en un orfanato, como diciendo andá a saber la suerte que hubiera corrido⁴⁵. Por ahí me hubieran adoptado y me hubieran querido de verdad (*sonríe con ironía*), depende cómo lo mires.

Soledad: ¿Y qué te parece el fallo de la partera, de Luz, Ana y Pamela?

Sabrina: Penalmente la condenaron pero no pudieron averiguar la identidad de las chicas, estamos en la misma, estamos como empezamos, o sea tenés un preso, no digo que no. Yo cotejé, sé que no soy hija de ellos, mi partida está rectificada, por decirlo de alguna manera, pero en realidad no hay avance en la búsqueda

Soledad: ¿Y frente a este panorama qué opciones quedan, qué se puede hacer para que ustedes puedan conocer?

Sabrina: Es difícil... por empezar pienso que es el Estado desde lo legal nos tiene que poner un nombre, a mí que el Estado me diga qué soy. Tengo un ADN que dice que no soy hija, la partida dice que esos son mis padres, que el Estado me diga, ¿qué soy? ¿Adoptada? ¡No! Nosotros legalmente qué somos, para el Código Civil no existe un hijo anotado como si fuera un hijo cuando no es un hijo, y que no es adoptado, no tenemos un nombre en el Código Civil... Eso es lo que hay que hacer, eso es lo que necesitamos, por eso es importante la Ley [se refiere al proyecto de ley presentado]. Al no encontrar una herramienta que me permita reivindicarme, es como una enfermedad que no tiene diagnóstico, entonces no tiene tratamiento. Nadie sabe qué hacer con nosotros, esa es la sensación que tuve desde el principio. En mi fallo la jueza declara en función de las pruebas que yo no soy hija de estos padres, es todo lo que puede hacer, pero ¿quién soy? Yo fui a la justicia, pero la justicia hizo lo que pudo, con las herramientas que tiene. (Entrevista a Sabrina. 11 de abril de 2014)

Al igual que Sabrina, Luz, Ana y Pamela, señalaban lo mismo, “esto [condena la partera] no termina acá, falta lo otro”, lo otro es -ni más ni menos- poder saber algo acerca de la historia de sus nacimientos. Teniendo presente estas expresiones, quisiera colocar aquí un hecho significativo que advertí en una de las audiencias de debate que tuvieron lugar durante el año 2015 para fijar la pena de la partera⁴⁶. A la salida de una de esas audiencias registré la siguiente situación:

Cuando termina la audiencia, salimos a la vereda del Juzgado. En un momento veo que Alfredo [Director del Área de Búsqueda de Orígenes desde donde se gestó la denuncia a la partera] se le acerca al abogado defensor de la partera, se presenta con su nombre y como funcionario. El

⁴⁵ Estas valoraciones y argumentaciones de parte de padres de crianza, profesionales, funcionarios del ámbito de la salud, la justicia y la “minoridad” se relacionan con el planteo de Carla Villalta que identificó cómo —en las primeras décadas del siglo XX— las representaciones y sentidos de clase asociados a la beneficencia influyeron en la definición de categorías como “abandono moral” y “pérdida de la patria potestad”, conformando así una “matriz interpretativa” atravesada por una fuerte impronta clasista y salvacionista (Villalta, 2012).

⁴⁶ La sentencia fue apelada, paso a Cámara de Casación y luego de tres años la Corte Suprema de Justicia ordenó a un tribunal oral de la provincia de Buenos Aires que se fije una nueva condena sobre el delito referido al artículo de falsedad ideológica de documento público que no había quedado firme. Durante esas audiencias también realicé trabajo de campo.

abogado le dice que “lo conoce”, porque Alfredo también fue querellante en la causa contra la partera. Lo veo a Alfredo hablando y gesticulando con el defensor. Luego nos dirá lo que le dijo, ‘le hice una propuesta, le dije que además de los 6 casos que ya están [se refiere a una nueva causa contra la partera] tenemos 20 casos más esperando, que si ella dice donde están los padres biológicos de todos ustedes –le hablaba a las querellantes que estaban allí- que paramos con las denuncias. El dijo que ella no se acordaba de muchas cosas, ahí yo le dije que Etchecolatz⁴⁷ tampoco se acordaba y se hizo el desmayado... (*Sonríe con ironía*). El abogado me dijo que ‘lo iba a transmitir’. Luego Luz me dirá: ‘esto hace mucho que ellos se lo quieren decir pero nunca estuvo la oportunidad, hace mucho que lo tienen pensado’.... Pero bueno, continua Luz ‘yo no puedo creer que no haya abierto la boca inclusive con otros profesionales, que no los haya mandando en cana: “bueno, me enjuician a mí que vengan todos” eso es re loco pero hay como un pacto, ¿no? Porque en definitiva lo que nosotros queremos saber es nuestro origen!! Que no se pierda de vista eso, yo lo que dije recién en la nota con canal 7, que si la mina hubiera hablado yo no sé si hubiéramos llegado a esto... (Nota de campo, 11 de septiembre de 2015. Audiencia de debate para fijar pena de la partera caso Luz, Ana y Pamela. San Martín)

La estrategia de Alfredo revela que –aun afuera de la audiencia- se sigue “luchando” para conocer el origen, porque ese, en definitiva, es el objetivo de movilización y activismo de estas personas. De esta manera, estas instancias judiciales [audiencia] además de fijar la pena para la partera, son “oportunidades”, como dice Luz, en donde continuar diseñando e implementando estrategias para lograr “saber”. En esta dirección resultan elocuentes las declaraciones de Luz y Alfredo a un medio gráfico durante esa jornada:

"La verdadera justicia para estas personas será encontrarse con las circunstancias y personas que intervinieron para que al nacer fueran separadas de sus madres, señaló Alfredo". (Télam, 16 de Septiembre de 2015)

"No busqué a esta mujer para que vaya presa por el delito que cometió. La encontré cuando quise saber quién era yo. Mi decisión fue conocer mi origen. Este viernes volveré a tener delante mío sus manos, las primeras que me tocaron el día en que nací y las que me entregaron a cambio de plata a otra mujer que no era mi mamá, dijo Luz". (Télam, 16 de Septiembre de 2015)

Esto nos demuestra que lo más importante para estos activistas, y para quienes –de una manera comprometida- los acompañan, asesoran y orientan, es poder conocer su origen. Para estas mujeres “hacer justicia” implicaría también poder acceder a la “verdad” de sus orígenes. Por ello -como señalaban Luz y Sabrina- el juicio es “un primer paso” en un camino para el cual no existen fórmulas ni recetas puesto que en Argentina no existen procedimientos jurídico-administrativos estandarizados para buscar los orígenes. En efecto, el diseño de estrategias y protocolos sobre cómo buscar los orígenes es una tarea que en gran medida llevan adelante las Asociaciones y activistas como Sabrina, Luz, Ana y Pamela que sientan precedentes y construyen sendas para que los caminos de buscar la identidad sean más fáciles

⁴⁷ Ex policía argentino, genocida condenado por participar en diversos operativos durante la última dictadura militar. Fue condenado a prisión perpetua, en uno de los juicios orales por los crímenes cometidos por él en el centro clandestino La Cacha se desmayó escuchando los testimonios de las víctimas.

para otras personas que decidan judicializar sus casos⁴⁸. Es por ello que el juicio a la partera sienta un precedente porque opera trastocando prácticas, costumbres y rutinas jurídicas que hace poco tiempo atrás parecían imposibles de ser transformadas; se condenó a una partera que vendía niños por fuera del período de la dictadura y ello marca un antes y un después en la jurisprudencia, pues se concibió la prescripción del delito de la falsa inscripción de un niño desde un nuevo ángulo.

Buscar el origen: un proceso donde se construye “la verdad”

Una de las preguntas que me hice durante mi investigación, en donde pude comprender lo difícil que resulta para estas personas poder conocer algo sobre sus historias de nacimiento, es ¿por qué a pesar de tantos escollos continúan buscando? En el caso de Sabrina y Luz y sus compañeras ¿por qué hacen un juicio en donde finalmente no logran saber su origen? ¿Qué restituye la condena a la partera? En definitiva ¿Para qué lo hacen?

El análisis de estos juicios y la investigación que llevo adelante con personas que buscan sus orígenes me permiten sugerir que para estas personas *la verdad* se va construyendo, desde distintos espacios y con diferentes resultados, algunos más y otros menos significativos. La justicia, entonces, no es un medio para perseguir penalmente a la partera que las vendió al nacer en el caso de Luz, Ana o Pamela, o a los padres de crianza de Sabrina, antes bien, ellas acuden a justicia para “para poder conocer sus orígenes”. En este sentido, la justicia se configura como un escenario en donde se restituye “una parte” de la verdad, tal como decía Sabrina: “mi partida [de nacimiento] dice ahora por lo menos parte de la verdad, dice que esos no son. Es más auténtica de lo que era. Hay una certeza que ya está, que por lo menos es un paso”. Y al mismo tiempo, como me contaba Luz, poder dar testimonio en el Justicia fue reparador y sanador, le produjo un alivio.

“Yo puedo tener 500 charlas de café con vos y con quien sea para contarle la historia, pero el alivio que yo sentí a mi corazón y mi alma cuando me senté el 5 de abril de 2010, 2 horas y 15 declarando en la justicia todo lo que yo había investigado, yo ese día llegué a mi casa y era... viste cuando decís, no sé qué siente un pájaro pero yo me sentía tan liviana ese día cuando caminaba por la vida (*sonríe*). Y dije, puta, se lo pude contar a alguien pero que está dentro de un marco legal de la justicia de mi país que a lo mejor me pueden ayudar, que a lo mejor pueden ayudarme a que se haga justicia” (Entrevista a Luz. 28 de enero de 2012)

Para Luz, exponer su intimidad lejos de ser una sensación incómoda, en donde la exposición de los detalles de su vida privada genere sentimientos negativos, es un alivio y al mismo

⁴⁸ En la actualidad un grupo de cinco personas que fueron entregadas por la misma partera han iniciado una nueva demanda contra ella, con la particularidad de que se sumó Rosa, una mujer de 61 años que tuvo un hijo a los 15 años en uno de los consultorios clandestinos de la partera y se lo robaron.

tiempo se constituye como revela los efectos –negativos- que tiene en la vida de una persona la ocultación de la identidad a lo largo del tiempo.

Según los relatos de estas mujeres las alivia conocer –aunque sea- una parte de *la verdad*, por ejemplo, la certeza de que no hay vínculo biológico con la familia de crianza, tal como me contaba Sabrina “saber que no era hija de ellos me alivio mucho, y también me permitió recuperar la confianza en mí misma”. De este modo, la “búsqueda de la verdad”, motivada por la necesidad de conocer quiénes son los progenitores, involucra a una serie de verdades asociadas a ella. La primera verdad, saber que no son hijos biológicos de quienes los criaron, confirmando lo que siempre intuyeron y sintieron. La segunda es que la justicia encuentre culpable de sus robos a quien los vendió y entregó al nacer (la partera), donde estas mujeres pudieron confirmar sus sospechas, lo mismo que esperan los nuevos querellantes. Asimismo, poder acceder a la justicia, la posibilidad de dar testimonio, dejar constancia y denunciar, como relataba Luz, se configura como otra forma de construir *la verdad* sobre sí mismas, ya que estas mujeres dando testimonio están contando su verdad, la de la compra y venta, la de la complicidad, -a veces la del maltrato-, la del silencio y el ocultamiento que padecieron durante una parte importante de sus vidas.

En la búsqueda de *la verdad*, entonces, se van estableciendo verdades parciales. En el camino de la búsqueda las verdades parciales se convierten en verdades jurídicas, así la justicia civil rectifica la partida de nacimiento de Sabrina mediante una nota marginal y la justicia penal condena a la partera que vendió al nacer a Luz, Ana y Pamela. De este modo, pareciera que estas personas en el camino de encontrar la verdad respecto a su identidad biológica, encuentran y construyen otras verdades significativas, que si bien, no restituyen “la identidad”, ni dan información sobre el origen, las posicionan en tanto agentes activos de sus actos y decisiones, de su propio destino:

“Querer saber quién soy” fue en todos estos años el único motor que me sostuvo en pie. Quiero saber de dónde vengo. Quiero conocer mi verdad, tengo derecho. X [la partera] se creyó Dios al decidir mi destino. Ella dijo en el juicio que merecía nuestro agradecimiento porque nos libró de tener que compartir una cama entre ocho y un perro. Es un monstruo...”. (Ana, en declaraciones a Télam⁴⁹, luego de la audiencia de debate. Nota de campo, 11 de septiembre de 2015. San Martín)

“Antes hacían los otros [se refiere a quienes la criaron], decidieron muchos años por mí y sobre mí, ahora soy yo la que toma la decisión de qué voy a hacer con esto, de hecho, buscar es una decisión que tomo yo”. (Entrevista a Sabrina. 11 abril de 2014)

“Nada de lo que digo lo digo en búsqueda de represalia sobre alguien ni desde un rencor todo lo contrario, busco que se pueda crecer en nuestra mentalidad, para que más personas tengamos la

⁴⁹ Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201509/120253-despues-de-tres-anos-vuelven-a-fijar-condena-para-la-partera-que-robo-bebes-durante-los-60-y-70.html>

posibilidad... no sé si llegaremos a conocer a nuestro origen pero de tener herramientas, que no las tenemos hoy, no las tenemos. No sé si esto me va a solucionar la vida [el juicio], pero por lo menos me va a hacer sentir que intenté hacer algo y que puedo ayudar a más gente”. (Entrevista a Luz. 25 de febrero de 2012)

En suma, pensar en *la verdad* como una construcción nos permite también concebir a *la búsqueda* como un proceso, un camino en donde diversas acciones colaboran para construir – y acercarse- a *la verdad*. Existe un dicho popular que sostiene “el que busca encuentra”⁵⁰, y pareciera tener algo de cierto porque aunque no se encuentren a los progenitores que es el motor de la búsqueda, como dice Ana, se encuentran otras verdades en ese proceso. Estas personas que sienten un vacío⁵¹ (Carsten, 2000; Gesteira, 2013) luchan por conocer sus orígenes en distintos espacios (como el judicial) y en el proceso de sus búsquedas encuentran una serie de verdades parciales que van llenando el vacío de no saber, al tiempo que logran situarlos como referentes y expertos sobre las formas y estrategias para buscar los orígenes.

Consideraciones finales

Resulta revelador cómo a partir de determinados eventos –como la apropiación criminal de niños durante la última dictadura- tienen lugar nuevos procesos, acontecimientos inesperados, tal como el activismo de estas personas. La apropiación criminal de niños y el consecuente activismo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo construyeron un horizonte de lo pensable sobre temas como la identidad y el robo de niños, un discurso que se fortaleció y una demanda de derechos que pudo reconvertirse para casos de otra naturaleza, como lo son los de las falsas inscripciones de la filiación por fuera del período de la dictadura.

La práctica de la anotación de un hijo ajeno como propio, no es un delito reciente, este tipo de inscripciones gozaron de una alta tolerancia social durante mucho tiempo (Villalta, 2012), de modo que estas demandas resultan novedosas porque intentan deslegitimar ese tipo de valoraciones y para ello buscan formas diferentes de conceptualizarlas.

Este tipo de juicios también evidencian la emergencia de un singular lenguaje de derechos que les permite a estas mujeres visibilizar sus historias, poder contar lo que les pasó y aquello que

⁵⁰ O “el que busca, halla”. Los dichos o refranes son paremias –enunciados breves con mensaje instructivo o que incita la reflexión intelectual-. Se sostiene que este dicho quizás tiene su origen en el proverbio bíblico Pedid y recibiréis; buscad y hallaréis de San Mateo 7, 7. Disponible en: <http://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=59360&Lng=0>

⁵¹ Janet Carsten en su etnografía con personas adoptadas en Escocia cuando preguntaba a los adoptados qué los motivaba a buscar a los padres biológicos, en forma habitual recibía respuestas similares a las que obtuve en mi investigación: “to know where I came from”, “to be complete” o “to find out who I am” [“para saber de dónde vengo”, “para estar completo” “para saber quién soy”] (Carsten 2000a:689).

les continúa pasando, fueron robadas y buscan su origen, “su verdad”, esta visibilización “alivia, repara y sana”, tal como mencionaba Luz. Dicho en otras palabras, estas mujeres logran traducir su experiencia en un lenguaje de derechos exponiendo sus dolencias y sufrimientos, politizando la esfera de su intimidad (Gesteira, 2013).

En 2010 cuando comencé mi investigación “era imposible la vía judicial”, me decían las personas de la Asociación donde inicié mi trabajo de campo. Con el paso del tiempo se evidencia una transformación en los sentidos de justicia de estas personas; de la sensación/percepción de tener cancelado el acceso a la justicia a, posteriormente, acceder en busca de reconocimiento de derechos. El juicio a la partera, como dije, les permite acceder a algunas verdades, restituye la agencia de estas mujeres, y genera un punto de inflexión que merece ser colocado aquí. Si bien en el juicio avanza la clave penal que define los hechos y la sentencia, esta clave puede ser resignificada, tal como lo evidencia el pedido realizado por Luz, Ana y Pamela en las audiencias de debate para fijar la pena de la partera:

“Una de las querellantes [Luz] adelantó, además, que ella y las otras víctimas que son parte del proceso, reclamarán en instancias internacionales: ‘Iremos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que acepte este reclamo’, dijo”. (Batallar por Justicia. Página/12. 19 de Septiembre de 2015⁵²).

Lo que estas mujeres hacen es recolocar el papel de la responsabilidad del Estado, en tanto es responsable por omisión, por no haber realizado la vigilancia pertinente para la correcta inscripción de esas niñas hoy adultas que luchan -apuntando a escenarios internacionales- para reclamar la vigilancia, observancia y el diseño de políticas públicas que permitan que esos delitos dejen de suceder y que ellas accedan a información sobre sus orígenes de nacimiento.

Si bien en ambos litigios el Poder Judicial tiene respuestas limitadas para cumplir con las demandas y con los derechos reclamados, cabe destacar que, pese a no obtener información sobre los progenitores y las circunstancias de sus nacimientos, el *activismo jurídico* (Tiscornia, 2008; Merry, 2010) que llevan adelante estas mujeres les permitió saber que no son hijas de quienes las criaron y condenar a quien las vendió al nacer, *verdades parciales* que “alivian, sanan y reparan”.

En este tipo de casos que, a primera vista, podrían comprenderse como búsquedas de persecución penal y punición, el trabajo etnográfico revela que ese no es el objetivo de estas mujeres. Si bien, en los juicios penales se condena y castiga a los responsables por los delitos

⁵² Disponible en: ww.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-282001-2015-09-19.html

cometidos (como fue el caso de la partera), como demostré en este artículo, para ellas “hacer justicia” tiene otros sentidos y no se reduce a una búsqueda de mayor punición, tal como lo sintetizó Sabrina en una conversación informal “yo no fui a la justicia por el delito, yo fui por el derecho, por mi derecho a la identidad”.

Si bien el sistema judicial argentino aun tiene limitaciones para responder satisfactoriamente a estas demandas, que existan este tipo de causas y prosperen (es decir, que lleguen a juicio con sentencias y condenas) pone de manifiesto el avance -lento pero firme- del activismo de estas personas que intentan transformar “la curiosidad”, “el capricho” y “la obsesión” de “querer saber de dónde vienen”, en el legítimo derecho a conocer sus orígenes.

Bibliografía

BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *El sentido práctico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

CARSTEN, Jannet. “Knowing where you've come from': Ruptures and continuities of time and kinship in narratives of adoption reunions”. *Royal Anthropological Institute*. 6. 2000, pp 687-703,

DAICH, Débora. “El uso del test de ADN en la Justicia de Familia ¿Certeza Biológica o Verdad Jurídica?” En: PITA, María Victoria y MARTINEZ, María Josefina (comps.) *Antropología Sistemática I. Papeles de trabajo*. Buenos Aires, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Colección “Libros de cátedra”, 2009.

EILBAUM, Lucía. “La transformación de los hechos en procesos judiciales: el caso de los ‘procedimientos fraguados’”. En: TISCORNIA, Sofía y PITA, María (Eds.). *Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología Jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia, 2005, pp133-149.

FONSECA, Claudia. “Paternidad brasileña en la era del ADN: La certeza que parió la duda”. Traducción María Laura Fabrizio y Andrea Lombrana. Edición original en Quaderns-e, Instituto Catalá d'Antropologia, Barcelona, España, N° 4, 2004.

GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona, Paidós, 1994.

GESTEIRA, Soledad. *Buscando el origen. Sentidos sobre la filiación y el parentesco en la organización Raíz Natal “Por el Derecho a la Identidad Biológica”*. Tesis de Maestría en Antropología Social. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2013.

GESTEIRA, Soledad. “Más allá de la apropiación criminal de niños: el surgimiento de organizaciones de personas “adoptadas” que buscan su “identidad biológica” en Argentina”. *Revista Runa*. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. V 35, N°1, Pp. 61-76, 2014.

MERRY, Sally. *Derechos Humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local*. Siglo del Hombre editores. Universidad de Los Andes. Colombia, 2010.

TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso de Walter Bulacio*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

VILLALTA, Carla. *Entregas y secuestros. El rol del estado en la apropiación de niños*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

Juan Pablo Matta⁵³
Mariana Inés Godoy⁵⁴

Resumo:

Este artigo pretende contribuir, de uma perspectiva antropológica, ao estudo de mediação de conflitos como sensibilidade legal local e particular e uma forma específica de administração de conflitos. As características mais marcantes do processo de formação deste campo na Argentina, que envolve um conjunto heterogêneo e, ao mesmo tempo, poroso de agentes judiciais, atores políticos, fundações e agências internacionais, são descritas, em primeiro lugar, a partir de fontes documentais, entrevistas e textos especializados. Em seguida, a partir de duas questões etnográficas sobre as experiências de mediação em contextos locais, apresentamos a diversidade de formas que a mediação de conflitos pode assumir. Do mesmo modo, pudemos perceber a heterogeneidade de procedimentos, conceitos e critérios de tratamento do conflito e as dimensões específicas e comuns em torno do conceito de mediação comunitária e de mediação penal. O trabalho de campo permitiu observar que a mediação se afirma a partir dos esforços dos atores institucionais em seu trabalho cotidiano em se opor e se diferenciarem de outras concepções e universos institucionais. Além disso, foi possível observar a grande sobreposição e porosidade entre informalidade e burocratização, mediação e administração de conflitos, que transbordam o campo judiciário ou a ele permanecem presas.

Palavras-Chave: mediação de conflitos; campo; sensibilidade legal; administração de conflitos.

Resumen:

El presente artículo busca contribuir, desde una perspectiva antropológica, al estudio de la Mediación como sensibilidad legal particular y forma específica de administración de conflictos. Se describe en primer término, a partir de fuentes documentales, entrevistas y textos especializados, los rasgos más sobresalientes del proceso de conformación de este campo en Argentina, que involucra un conjunto heterogéneo y a la vez poroso de actores judiciales, políticos, fundaciones y organismos internacionales. En un segundo momento, a partir de presentar un recorte de dos indagaciones etnográficas sobre experiencias de mediación concretas en escenarios locales, se muestra la diversidad de formas que ésta puede asumir, dando cuenta de la heterogeneidad de procedimientos, conceptos y criterios de tratamiento del conflicto, y lo particular y común que rodea al concepto de mediación comunitaria y penal. En tanto campo, la mediación se afirma a partir de los esfuerzos de actores institucionales concretos en su trabajo cotidiano de oponerse y diferenciarse de otras concepciones y universos institucionales, y sin embargo lo que observamos es la gran imbricación y porosidad entre informalidad y burocratización, mediación y administración, lo que desborda lo judicial y lo que queda atrapado allí.

Palabras clave: mediación de conflictos; campo; sensibilidad legal; administración de conflictos

Abstract:

This article seeks to contribute, from an anthropological perspective, the study of conflict mediation as a particular legal sensibility and as a specific form of conflict management. From documentary sources, interviews and specialized texts on this subject, the salient features of the mediation forming process in Argentina is described. It involves an heterogeneous, yet porous group of judicial actors, politicians, foundations,

⁵³Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Antropología Social. Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Profesor adjunto UNICEN. Director del Departamento de Antropología Social y del Grupo de Estudios Socioculturales del Conflicto NURES. Contato: juanpablomatta@gmail.com

⁵⁴Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Antropología Social. Facultad de Filosofía y Letras. Docente de la Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Salta e Investigadora en el ámbito del ICSOH-CONICET-UNSa. Directora del Proyecto de Investigación en el ámbito del CIUNSa: “Nuevas” y “viejas” sensibilidades jurídicas en procesos institucionales de administración de conflictos en Salta. Sentidos de Justicia, instituciones y relaciones sociales”. Contato: mariananes@gmail.com

international agencies. Secondly, taking into consideration two ethnographic issues on experiences in mediation in local scenerios, we show the diversity that this may assume. Accordingly, we show heterogeneity procedures, concepts and criteria of conflict treatment. We also consider particular as well as common concepts that support communal and criminal mediation. In field work we have observed that conflict mediation is consolidated through the efforts of institutional actors in their daily work to oppose and to differentiate themselves from other concepts and institutional universes. Nevertheless, what we see is a large overlap and porosity between informality and bureaucratization in mediation management that goes beyond the judicial field and of what remains trapped in it.

Key words: mediation of conflicts; field; legal sensibility; conflict management.

Introducción

En Argentina, la Mediación como forma singular de administración de conflictos aún no se ha constituido como objeto de interés consolidado para la antropología, siendo reducidas las producciones al respecto. Los objetivos de este artículo se enmarcan en esta situación de carencia y buscan establecer algunos puntos de partida muy generales que colaboren en delinear un posible recorrido de indagación.

Por otra parte, el artículo pretende prolongar los esfuerzos comparativos iniciados con bastante antelación en Brasil sobre la mediación y la conciliación como formas de administración de conflictos (AMORIM; LIMA; BURGOS, 2003); sobre *sensibilidades legales* diversas, siguiendo el concepto fructífero de Clifford Geertz (1994); sobre los usos contextuales de categorías como *derecho* frente a procesos de reformas en el mundo del derecho contemporáneo (MELLO; MOTA; SINHORETTO, 2013).

La mediación se enmarca en los denominados *Métodos Alternativos* de resolución de conflictos (entre los que se encuentran la negociación, facilitación, conciliación; arbitraje, etc.) donde un tercero neutral –el mediador- colabora en la comunicación de las partes en conflicto en el horizonte de una solución que represente un tiempo mucho menor que el que llevan los procesos judiciales.

El concepto de *sensibilidad legal* acuñado por Geertz, nos permite pensar en maneras específicas de conectar hechos, principios y procedimientos, que a su vez indican maneras vernáculas de *imaginar lo real*: los acontecimientos, las relaciones, los sujetos. Como dice el autor, el derecho es una representación de los hechos, pero que debe ser asimismo representada, es decir, ritualizada; necesita de un cierto lenguaje. Al mismo tiempo la noción bourdiana de *campo* nos ayuda a pensar los esfuerzos de la práctica por delimitar lo específico de un espacio social y a la vez de situar esa especificidad a partir de luchas de afirmación, tensiones y relaciones de fuerza; en el caso del *campo jurídico*, por el *derecho a decir el*

derecho diría Bourdieu (2000). Es interesante cómo Sinhoretto (2009) relativiza a su vez el concepto de *campo jurídico* bourdiano, para hablar en cambio de un *campo estatal de la administración de conflictos* y de distintas escalas de justicia. La diversidad de rituales de justicia en países como Brasil, entre los que se encuentran la mediación (rituales que están referenciados unos a los otros y tienden a ordenarse jerárquicamente), la inclusión de actores no especialistas en el sentido del campo del derecho clásico –tales como la figura del mediador–, la recurrencia de la informalidad en esos rituales, no permitía seguir pensando en esos términos. La empresa etnográfica nos hace en nuestro caso discutir con la pretensión de delimitar un espacio exclusivo del derecho para hacer en cambio hincapié en articulaciones y porosidades.

En sus más de veinte años la mediación ha configurado en Argentina un verdadero *campo* de actores, prácticas y saberes que permiten reconocerlo bajo esta designación. Uno de los objetivos del trabajo apunta a reconstruir ese proceso de largo alcance, describiendo algunos de los hitos institucionales, acontecimientos y segmentos más influyentes de la trama de actores sociales concretos involucrados, al igual que las ideas y fundamentos que acompañan esas iniciativas. Para ello, hemos trabajado sobre fuentes documentales, entrevistas y artículos especializados en la materia. Ya se insinúa en esa primera descripción el modo en que la mediación busca diferenciarse y delimitarse de otras *maneras de concebir el hacer justicia*, y las tensiones que atravesarán todo el espectro de implementación de esta modalidad, entre las que constituyen una clara referencia la *voluntariedad/obligatoriedad*, *gratuidad/onerosidad*, *competencia disciplinar única/multidisciplinar*. Pero también esa reconstrucción anuncia la diversidad de experiencias institucionales y locales que van a dinamizar el campo. En el segundo apartado, mediante la recuperación de parte de dos investigaciones etnográficas diferenciadas (una sobre la mediación penal en Salta y otra sobre la mediación vecinal en la ciudad de Olavarría) se buscará identificar algunas de las formas heterogéneas que asume la mediación en contextos específicos. Describiendo rutinas diarias organizadas en procedimientos, conceptos y perspectivas de intervención, en cada caso se enfocará en las formas en que *lo penal* y *lo comunitario* asimila el instituto más amplio de mediación, observándose de nuevo las tensiones entre las pretensiones de desformalizar, desjudicializar y las expectativas de formalización que impone la propia institución o bien la pretensión de hacer eficaz el dispositivo⁵⁵. Al mismo tiempo, esas tensiones nos hacen poner énfasis en las

⁵⁵ Reconocemos que estas tensiones han sido analizadas bajo distintos focos en los trabajos brasileños. Como la reflexión sobre si existen reales fronteras entre lo extrajudicial y lo judicial en la práctica de la mediación de conflictos y sobre el significado de lo “alternativo” en estos procesos (MELLO; BAPTISTA, 2011). Sobre la necesidad de legitimación del conciliador a partir de exagerar ciertos elementos simbólicos de formalización sobre su figura (TORRES DE MELLO, 2013). Sobre las contradicciones entre las nociones jurídicas de la

porosidades, imbricaciones y ambivalencias que se producen en los límites entre el mundo de la mediación por una parte y otros a él ligados como son el *político, el de las ong's* y el *jurídico*, o bien el de la mediación con otros espacios judiciales e institucionales. En las experiencias que se recuperan etnográficamente, se visualiza un esfuerzo de separación ritual de mundos que sin embargo “[...] se hilvanan unos con otros en la trama de lo cotidiano.” (DUFY; WEBER, 2009, p. 31), imbricaciones y porosidades entre universos o esferas que buscan separarse, descubriendo en esos contextos las complejidades con las que cotidianamente lidian sus agentes.

La mediación como contexto en Argentina

Describir lo que podría delimitarse como el campo de la mediación en Argentina supone privilegiar ciertos niveles de trabajo en desmedro de otros de igual importancia. Como *movimiento*⁵⁶ que ya ha recorrido en el país algo más de veinte años, la mediación desborda constantemente los límites que buscan enmarcarla al mismo tiempo que articula una gama muy amplia de instituciones y actores sociales. Por otra parte, como trataremos de poner de relieve en este trabajo, una serie de profundas ambivalencias tensionan continuamente este campo lo que complejiza aún más su caracterización. Atendiendo a estas consideraciones trataremos a continuación de recorrer algunos de los rasgos más sobresalientes de la corta y compleja historia de la mediación en la Argentina con el objeto de contextualizar los casos etnográficos que se discuten más adelante. Para ello tomaremos dos ejes centrales de recuperación: enfocaremos en primer lugar en lo que podría referirse como una biografía institucional de la mediación compuesta de los sucesivos hitos institucionales que de alguna manera fueron marcando el proceso; en segundo lugar trataremos de describir, a partir de la recuperación de un conjunto de actores sociales específicos que han tenido un rol protagónico, parte de la trama de relaciones sociales concretas que dieron forma y dinamizaron el proceso que se describe. Entre estos dos ejes se buscará incorporar diferentes aspectos que permitirán singularizar los hechos.

El episodio institucional probablemente más relevante se inicia el 8 de noviembre de 1994 cuando el Poder Ejecutivo de la Nación Argentina eleva al Congreso el proyecto de ley denominado “*Sobre Mediación y Conciliación Previa a Todo Juicio*”. En el mensaje que el

justicia del diálogo y la lógica del contradictorio en la que se socializan los operadores del derecho. Las tensiones entre la cultura punitiva y el espíritu despenalizador de la conciliación de los Juzgados Especiales Criminales (AMORIM; LIMA; BURGOS, 2003, p. 11 y 38). Entre la ética jurídica de la justicia restaurativa y la “ética de la agresión” que caracteriza ciertos núcleos de sociabilidad local (SIMIÃO, et. al. 2009).

⁵⁶ Movimiento es el término mayoritariamente utilizado en los ámbitos analizados para referirse al proceso que estamos describiendo.

Ejecutivo elaboró en aquellas circunstancias para acompañar la presentación ante el Senado de la Nación se indicaba:

La situación de notoria crisis en que se encuentra la justicia, justifica la introducción de soluciones que procuran responder a esta emergencia. A través de aquellas medidas se intenta reducir el alto nivel de litigiosidad que nuestros tribunales padecen actualmente, al mismo tiempo, se intenta provocar una mayor celeridad en la solución de las cuestiones que deban ser resueltas judicialmente, ya que parte de la gran masa de juicios que abarrotan los juzgados, será desviada por medio de estos métodos alternativos. (PNUD ARGENTINA, 2012, p. 12).

Las ideas de *crisis* y *emergencia* como rasgos sobresalientes de los sistemas judiciales se articulaban en aquel contexto con la concepción de la mediación como promesa⁵⁷ de superación de aquella situación. Se enfocaba particularmente en la posibilidad de reducir el nivel de litigiosidad y ganar celeridad en los procesos de administración de justicia. Diez meses después de aquella presentación, el 4 de octubre de 1995 el Parlamento argentino sancionó la Ley 24.573 “*Mediación y Conciliación*”⁵⁸ poniendo en vigencia en el ámbito de la justicia nacional el denominado *sistema de mediación previa obligatoria*. De esta forma se establecía que previo al inicio de un juicio ante tribunales ordinarios con competencia en materia civil y comercial las partes debían cumplir una instancia de mediación. Por su parte el carácter obligatorio de la Ley estipulaba el deber de asistir al menos una vez a la instancia de mediación, siendo voluntaria la continuidad en el proceso.

Diferentes experiencias y propuestas habían sido desarrolladas previamente en el ámbito nacional para que este paso legislativo fuera posible. Según se indica en el informe “*Mediación en la Argentina. Una herramienta para el acceso a la Justicia*” elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el año 2012:

En 1989 un grupo de jueces argentinos participó junto a 120 magistrados de toda América, en un curso de la Escuela Judicial de Reno, Nevada, Estados Unidos. Allí tomaron contacto por primera vez con los sistemas de resolución alternativa de disputas. A la luz de los conocimientos adquiridos impulsaron una propuesta a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el desarrollo de algunos de esos mecanismos, la que, en esa instancia no fue aceptada por el máximo Tribunal. La misma propuesta fue hecha al Ministerio de Justicia, que formó una comisión para elaborar un proyecto de ley y difundir esas prácticas. (LLAMOSAS, 2012, p.17)

Un año más tarde, el decreto presidencial N°1480 de 1992 declaraba:

Artículo 1° -Declárase de interés nacional, la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de resolución de conflictos. Art. 2° - Encomiéndase al Ministerio de Justicia, la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario, para la puesta en marcha de dicha

⁵⁷ Esto es analizado, en otro contexto, en el libro de Bush y Folger (2006) titulado “La Promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.”

⁵⁸ Boletín Oficial del 27110/95

institución. Art. 3° -Créase el Cuerpo De Mediadores, que funcionará en el ámbito del Ministerio De Justicia, el que reglamentará su composición, funcionamiento y designará sus integrantes. (DP N° 1480/92)

Al mismo tiempo que delegaba “[...] en el Ministerio De Justicia, la formulación del Programa Nacional De Mediación y su implementación, pudiendo, a sus efectos, celebrar convenios con entidades nacionales, provinciales o municipales, ya sean públicas o privadas.” (DP N° 1480/92). Este decreto presidencial constituyó un acontecimiento clave para el posterior desarrollo de la mediación en el territorio nacional.

En sintonía con un clima más general a nivel estatal de reformas neoliberales⁵⁹, vinculadas fuertemente a la idea de *modernización del Estado* e impulsada por organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), la mediación va ganando en Argentina terreno como modelo a implementar en diferentes ámbitos⁶⁰. La reforma judicial aparecía como un punto clave de los paquetes de reformas del Estado que estos organismos impulsaban en Latinoamérica como parte del proyecto ideológico desarrollado bajo la noción del *buen gobierno* o *good governance*. En 1998 el Banco Mundial publica un reporte titulado *Más allá del Consenso de Washington: la hora de la reforma institucional* (BURKI; PERRY, 1998) donde se postulaba la necesidad de una segunda generación de reformas que profundizara el sentido de las anteriores y donde los temas judiciales adquieren una importancia decisiva⁶¹.

El contexto legal descripto dejó un campo fecundo para la posterior proliferación de numerosas leyes, acordadas y reglamentaciones en diferentes niveles estatales. Este florecimiento normativo motorizó además un gran número de iniciativas públicas y privadas de muy diversos tipos vinculadas a los denominados *métodos alternativos de resolución de conflictos* dentro de los cuales la mediación ocuparía un lugar central. El análisis de los mismos revela un proceso complejo que se extiende desde principios de la década de los noventa del siglo pasado hasta la actualidad⁶² y que en conjunto describe cierta continuidad

⁵⁹ Conviene recordar aquí que en 1994 se lleva a cabo una reforma constitucional que afectó muy diversos aspectos del orden político-institucional del País.

⁶⁰ Alvarez y Highton indican que para América Latina, “*La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) ocupa un lugar relevante en la reforma y modernización del sector justicia.*” (ALVAREZ; HIGHTON, 2000, p. 409)

⁶¹ Para profundizar en el contenido de estas reformas en el ámbito judicial ver Puello-Socarrás (2013).

⁶² Muestra de ello son las diferentes regulaciones que progresivamente fueron apareciendo en jurisdicciones provinciales a lo largo del territorio nacional entre las cuales sobresalen: Chaco, N° 4498 Ley de mediación, 1998; Jujuy, creación del Departamento de Mediación bajo la dependencia del Superior Tribunal de Justicia, 1997; Santiago del Estero, N° 6452, Ley de Mediación, 1998; Chubut, N° 4540, Ley de Mediación Comunitaria, 1999; Córdoba, N° 8858, Ley de mediación, 2000; San Juan, N° 7.454, Mediación., 2003; Corrientes, N° 5487, ley de mediación, 2002; San Juan, N° 7454, Mediación, 2003; Salta, N° 7324, Ley de Mediación, 2004 Tucumán, N° 7.844, Mediación Obligatoria Previa a la Iniciación de Juicios, 2006; Río Negro, N° 4270, 2007; Entre Ríos, N° 9.776 Mediación Previa Obligatoria En El Fuero Civil Y Comercial, 2008 (desde 2002 existió mediación voluntaria en el Fuero Civil, Comercial, Civil de Familia y Laboral); Buenos Aires, N°13.951, Mediación Previa Obligatoria, 2009; Misiones, Ley provincial XII N° 192009, De Resolución Alternativa de

lograda en el proceso de institucionalización de la mediación como mecanismo judicial de regulación de conflictos en la Argentina al tiempo que revela el impacto territorial alcanzado por el mismo.

El impulso de estos procesos estuvo vinculado a un tejido muy heterogéneo de actores situados en diferentes niveles institucionales. A los ya mencionados organismos globales (BM, BID, FMI) se anexaban nuevos actores particularmente orientados a procesos de reformas judiciales. En 1999, por ejemplo, la OEA creó el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJAS). A nivel nacional, a partir del año 1991 la Fundación Libra⁶³ va a revestir particular importancia ocupando una posición hegemónica en el campo de la mediación durante todo el proceso descripto.⁶⁴ En 1998 se crea en la Argentina la Fundación para el Cambio Democrático y un año más tarde (1999) Mediadores en Red formaliza su existencia como Fundación. A partir de la crisis social, económica y política que se vive en Argentina en 2001 aparece también la denominada Mesa de Diálogo Argentino, que constituyó la Mesa Permanente para la Reforma de la Justicia (con representación de la Iglesia Católica y la Universidad Nacional de La Plata).

Esta dinámica de proliferación de instituciones se mantiene por varios años y configura un campo extremadamente complejo de actores sociales que seguirán motorizando múltiples iniciativas en relación a la mediación en la Argentina. Entre muchas otras, hacen su aparición revistas especializadas, como *Revista La Trama* (2002), los planes de estudios de las carreras de derecho comienzan a incorporar contenidos vinculados a los denominados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos⁶⁵; en el año 2005 la Universidad Nacional de Tres

Conflictos, 2009; Santa Fe, N° 11.622, Ley de mediación, 2010; San Luis, N° IV-0700-09, Ley Provincial de Mediación, 2010; Formosa, Acordada N° 2612, creación del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, 2010; La Pampa, N° 2699, Ley Mediación Integral, 2013; Neuquén, N° 2930, Mediación Familiar, 2014.

⁶³ Entre otras razones este protagonismo estará asociado a la capacidad de esta ONG de accionar en diferentes niveles de esta incipiente arena política. La Fundación Libra fue creada el 30 de septiembre de 1991 en la Ciudad de Buenos Aires con el fin de promover la modernización de la Justicia Argentina y la aplicación privada y pública de técnicas de resolución de conflictos.

⁶⁴ Según se indica en la sección denominada historia de la página web institucional de la Fundación Libra, sus integrantes “[...] constituyen un grupo interdisciplinario de jueces, abogados, escribanos, psicólogos, investigadores, profesores universitarios, mediadores y expertos en negociación, que desde sus inicios ha centrado su actividad en la introducción y difusión de los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas en la Argentina y países de la región”. Al momento de escribir este artículo el Consejo Honorario de la fundación tiene como presidenta a la Dra. Gladys S. Álvarez (Ex Jueza de la Cámara Nacional Civil) y como vicepresidenta a la Dra. Elena Highton (Vicepresidenta de la Corte Suprema de la Nación).

⁶⁵ Diferentes referentes del campo que fueron consultados en el contexto de nuestras investigaciones indicaron que este proceso de incorporación de la mediación como contenido académico en carreras de grado vinculadas al derecho ha sido muy resistido en los ámbitos universitarios. “Desde el comienzo del desarrollo del movimiento de mediación, el sector más sensible fue el de los abogados. En un principio existió una gran resistencia a este proceso, que todavía subsiste en ciertos sectores de profesionales. Se piensa que incidirá negativamente en la profesión, o que eventualmente corren serio riesgo sus honorarios. Debí ponerse énfasis en remover estos prejuicios mediante charlas informativas que se llevaron a cabo en los diferentes Colegios de Abogados.”

de Febrero lanza una Licenciatura en Resolución de Conflictos y Mediación; en el 2006, la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, la Maestría en Sistemas de Resolución de Conflictos y en el año 2014 se crea en el ámbito de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires la Diplomatura Superior de Educación para la Paz y el Abordaje de la Conflictividad Social.

Paralelamente se van sucediendo un conjunto muy amplio de experiencias que trascienden las *formas judiciales* de la mediación y que darán forma a un modo diferenciado de concebir este tipo de dispositivos. La referencia paradigmática de esta otra modalidad es el de *mediación comunitaria*⁶⁶ que aparece como un formato típico de las iniciativas a escala local - principalmente municipales- aunque no exclusivamente. Highton y Álvarez señalaban en el año 2000 que “A casi diez años de las primeras actuaciones, hoy el tema trasciende la comunidad jurídica y abarca los más diversos sectores de la población del país.” (HIGHTON; ALVAREZ, 2000, p. 381-382) Este tipo de experiencia no recibirá el mismo trato normativo que la mediación prejudicial aunque sí dispondrá de un importante acompañamiento institucional. En 2012, por ejemplo, se crea en el ámbito de la Dirección Nacional de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la Red Federal de Centros de Mediación Comunitaria.

Si bien los límites entre una y otra modalidad resultan considerablemente porosos en sus concreciones, analíticamente se pueden distinguir en Argentina dos concepciones ideológicas diferenciadas; una orientada principalmente al auxilio de la labor tribunalicia *en crisis* y otra enfocada a la facilitación de procesos de *cambio social y mejoramiento de la calidad de vida* de la ciudadanía más allá de los procesos judiciales. En la primera, el Estado mantiene el monopolio de la gestión institucional del conflicto, en la otra, se intenta *devolver parte de esta gestión a la ciudadanía*. Entre una y otra concepción de la mediación se producen tensiones que, entre otras, configuran el campo de la mediación en la Argentina. El debate existente en estos ámbitos entre las nociones de *voluntariedad y obligatoriedad*⁶⁷, *competencia disciplinar única o multidisciplinar*, *gratuidad* u *onerosidad* de la mediación traduce esta tensión de

(HIGHTON; ALVAREZ, 2000, p. 385) De todas formas, resulta evidente la presencia de estos temas en las carreras de derecho en la Argentina, particularmente a partir de los últimos años.

⁶⁶ En el libro “Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano” Nató, Rodríguez Querejazu y Carbajal (2006) definen este enfoque de la mediación comunitaria como “Un recurso humano y un instrumento cívico mediante el cual los integrantes de una sociedad pueden tramitar sus diferencias y/o gestionar los conflictos que se les presentan en el ámbito privado y/o público, así como también participar en la construcción de la sociedad que integran.” (NATÓ; RODRÍGUEZ QUEREJAZU; CARBAJAL, 2006 p. 27)

⁶⁷ “El punto acerca del carácter obligatorio del ingreso a la mediación, como condición previa al acceso a la vía judicial, fue el tema que dio lugar al mayor debate que suscitó esta legislación de mediación.” (HIGHTON; ALVAREZ, 2000, p. 396)

manera paradigmática. Las formas en que se traducen en contextos específicos estas tensiones serán tratadas en los apartados que siguen.

Una experiencia de mediación comunitaria en la ciudad de Olavarría

En sintonía con lo que sucedió a nivel nacional, en la ciudad de Olavarría⁶⁸ la mediación se desarrolló en dos planos distinguibles, aunque articulados, que podríamos identificar con las nociones de *mediación comunitaria* y *mediación judicial*. El primer antecedente que se registra en la ciudad vinculado a este tipo de dispositivos es un curso de capacitación dictado en la Cámara Empresaria de Olavarría (CEO) en el año 1995. A partir de esta experiencia un grupo de profesionales de la localidad comienza a interesarse por estas estrategias de abordaje del conflicto y a seguir un itinerario improvisado de formación centrado en la asistencia a charlas y capacitaciones especializadas que se dictaban en distintos puntos de la provincia de Buenos Aires.

En el año 2002, se crea en el ámbito de la CEO el Centro Interdisciplinario de Mediación de Olavarría (CIMO)⁶⁹. La coordinación de esta primera experiencia local de mediación estuvo a cargo de diferentes profesionales que habían participado de la capacitación ya mencionada. El Centro, además de constituirse en un ámbito de actualización, discusión y reflexión en torno a la mediación, ofrecía la mediación como un servicio orientado a la gestión de conflictos vinculados a los asociados a esa entidad. Esta experiencia se mantuvo por siete años cerrando sus puertas en el año 2009.

El 15 de enero de ese mismo año se promulga en la provincia de Buenos Aires la ley 13951 de *Mediación Previa Obligatoria*. Un año más tarde se firma el Decreto reglamentario 2530/2010 en donde se establece la mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la provincia. En este contexto, una abogada mediadora que había participado de la experiencia del CIMO es convocada por el entonces intendente municipal para dirigir un área nueva en el organigrama municipal que incorporaba por primera vez a la mediación comunitaria como política pública. Esta nueva dependencia municipal ensamblaba dos áreas que funcionarían de manera articulada y bajo una misma dirección: *mediación vecinal* y *defensa del consumidor*. Esta última existía en la

⁶⁸ Olavarría es la ciudad cabecera del partido homónimo situado en la provincia de Buenos Aires. Ubicada a unos 350 km. de la Capital Federal y a unos 330 km. de su Capital Provincial; cuenta con una población total de 111.320 habitantes (Censo 2011). La organización político-administrativa del partido se compone de una ciudad cabecera y 12 localidades. A esto se le suma población rural dispersa que depende jurisdiccionalmente de la cabecera del partido.

⁶⁹ La condición interdisciplinaria de esta experiencia estaba dada por la participación en este centro de profesionales pertenecientes a tres profesiones distintas (psicología, abogacía y trabajo social).

municipalidad desde el año 2008 bajo la denominación de OMIC (Oficina Municipal de Información al Consumidor) y se enfocaba a la atención, información y defensa de los derechos de los consumidores. Las dos actividades compartían la búsqueda de resoluciones administrativas y prejudiciales de los conflictos, tanto entre proveedores y consumidores (audiencia conciliatoria) como entre vecinos (mediación comunitaria). La nueva dependencia inauguraba sus actividades el 1 de marzo de 2011 bajo la denominación *Centro Municipal de Relaciones Vecinales y Defensa del Consumidor* (CMRVDC).

Este apartado se enfoca en la experiencia de la mediación vecinal que se desarrolla en este Centro⁷⁰. Para los agentes municipales que llevaban adelante las tareas en esta dependencia las principales características de este dispositivo son: la participación de las partes en la búsqueda de una resolución, la gratuidad, agilidad y rapidez del proceso y la posibilidad de prescindir de un abogado (acompañamiento letrado) como representante legal de partes.

En promedio, durante el período que duró nuestro trabajo de campo (2011-2014), a este Centro ingresaron alrededor de diez casos por semana. Estas demandas llegaban al CMRVDC por tres vías principales: por derivación de la fiscalía; por encargo de alguna comisaría y; en forma personal por algún vecino. Esta última era la modalidad más frecuente y a la cual el centro direccionaba con mayor énfasis sus estrategias de difusión.

Los casos que ingresan por iniciativa de los propios vecinos atraviesan un proceso de selección medianamente formalizada. A través de un diálogo inicial en relación a las características principales de las circunstancias que los motivan a asistir a este centro, los agentes municipales determinan la viabilidad o no de su tratamiento en dicho ámbito y en caso de ser aceptada, *abren una carpeta* que reúne algunos datos muy generales sobre la situación a modo de sistematización y registro de los casos. El nivel de *aceptabilidad* de las demandas de tratamiento es, en esta instancia, muy alto, siendo excepcional la situación en la cual se decide no aceptarla. El criterio más amplio que delimita los casos aceptables de los que no lo son, es de tipo legal en la medida que, en términos generales, sólo son rechazados aquellos conflictos que suponen una falta legal grave y evidente o que ya han sido objeto de proceso penal previo. En el Centro se distinguen además como casos inadmisibles situaciones que supongan *violencia de género* y las que pueden suponer *delito de lesa humanidad*. Otra cuestión que opera como clasificatoria en esta instancia es si las situaciones que se presentan involucran o no a *menores* de edad. En estos casos se admite su tratamiento pero dando

⁷⁰ En otro trabajo ya hemos analizado diferentes aspectos vinculados al tratamiento institucional que desde este ámbito se realiza de conflictividades derivadas de relaciones de consumo. Ver Matta (2013).

intervención a otra instancia estatal denominada *Servicio Local de Protección y Promoción de los Derechos del Niño*⁷¹.

Una vez que los casos son *tomados* se inicia lo que se reconoce como *intervención* con una *visita* a los domicilios de los vecinos involucrados en el conflicto. Por lo general, se concurre en primer lugar a la vivienda de la persona que solicitó la intervención con el objetivo más o menos manifiesto de referenciar visualmente diversos aspectos involucrados en el conflicto que se tramita. Esta visita tiene también el objetivo implícito de constituirse en un *gesto institucional de reconocimiento* del reclamo. Concluida esta primera instancia se visita el domicilio del resto de los vecinos envueltos en la situación con la intención de explorar la situación empírica y relacionalmente al mismo tiempo que se busca presentar el servicio de la mediación como modalidad para su tratamiento⁷². Durante todo este procedimiento se despliega un trabajo de reemplazo de términos que se supone obstruyen las posibilidades de diálogo entre las partes. Los *conflictos* pasan a ser *situaciones*, las *denuncias* *requerimientos*, la *vecindad* una *relación social* y la *mediación* una *oportunidad*.

En este ámbito, a las personas que inician el trámite se las designa con el término *requirente* al tiempo que los vecinos nombrados por éste como parte del conflicto son llamados *requeridos*. Estos términos son utilizados deliberadamente en este contexto con la intención de ser diferenciados de los que habitualmente se utilizan en instancias judiciales como son los de *denunciante* y *denunciado*. Es interesante notar que en la mayoría de los casos que tuvimos oportunidad de registrar, es en esta instancia de la intervención en donde los vecinos alcanzan algún tipo de acuerdo que les permite salir del *estado de conflicto abierto* en el que se encontraban antes de la intervención.

Cuando en esta primera intervención no se produce un acuerdo satisfactorio para las partes, el Centro propone pasar a la instancia de *mediación* propiamente dicha. La invitación se formaliza mediante una *cédula de notificación* que es entregada personalmente por los mediadores que trabajan en el Centro. Esta modalidad de notificación reviste cierta sensibilidad en el ámbito analizado en la medida que se sitúa en un punto intermedio entre lo personalizado y lo burocratizado. De hecho el propio término es objeto de permanente debate por su cercanía con el lenguaje judicial. En esta tensión, la experiencia que estamos discutiendo se inclina por una modalidad personalizada aunque administrativamente la

⁷¹ Previstas por la Ley Provincial 13.298 de 2005.

⁷² Durante nuestro trabajo de campo en el CMRVDC esta fue la modalidad de trabajo principal. Posteriormente, y vinculado al incremento progresivo de la demanda de atención, las visitas personalizadas a los domicilios fueron suprimidas.

notificación se vuelve inevitable al tiempo que se acerca a las formas que caracterizan los procedimientos burocratizados característicos del Estado.

Iniciar un proceso de mediación implica que las partes, sentadas en una misma mesa y conducidas por un/a mediador/a en un proceso específico de resolución de conflictos (CARAM; EILBAUM; RISOLÍA, 2006), tratan su *situación*. El CMDRVDC dispone de un espacio especialmente acondicionado para estos fines que los agentes municipales que allí trabajan reconocen como *sala de mediación* y que se distingue claramente de la planta baja en donde se desarrollan el resto de las tareas vinculadas al área administrativa. A diferencia de la mediación prejudicial obligatoria, este tipo de mediación es enteramente voluntaria pudiendo los convocados no asistir sin percibir por ello ninguna penalidad.

Durante estas instancias, quienes auspician de mediadores buscan administrar una distancia *óptima* entre las partes y ellos. Llama la atención la insistencia con la que los mediadores buscan desplazar ciertas formalidades que caracterizarían el mundo judicial (evitan ser llamados doctores, saludan con un beso, hacen bromas) al tiempo que, por otra parte, estas modalidades son reemplazadas por otras que para los actores no difieren demasiado de lo que reconocen como del ámbito judicial (procedimientos pautados de participación de las partes). La imparcialidad declarada del mediador está lejos de suponer una neutralidad en el contexto de la interacción. Muy por el contrario la figura del mediador requiere de una legitimidad que se asienta en cierta ritualidad característicamente estatal y sin la cual el proceso se ve amenazado. Se configura aquí una tensión entre por un lado cierta relajación de las formas y, por otro, la necesidad de ordenamiento de una interacción que por lo general se presenta inicialmente desorganizada.

Es importante señalar que más allá de las propias ambigüedades que el dispositivo de la mediación encierra como tal, estas tensiones se complementan en una trama más amplia de posiciones en las cuales las personas mediadas constituyen un elemento clave. En la mediación vecinal, los profesionales a cargo del proceso parecen buscar *desjudicializar* la interacción al tiempo que las personas que acuden a este servicio reclaman cierta *judicialización* de sus conflictos. Este punto resulta de central importancia para comprender las formas específicas en que estos dispositivos se concretan más allá de la pretensión innovadora de quienes lo implementan. En numerosas ocasiones las personas que solicitaban una intervención mostraban cierta falta de correspondencia entre una expectativa más cercana a las formas tradicionales de intervención judicial y la propuesta participativa de la mediación. “*Pero si ustedes no le van a decir nada ¿para qué vinieron?*” expresaba un vecino

con cierto disgusto cuando se le explicaba que, a diferencia de la policía, los mediadores no pueden decirle a un vecino lo que tiene que hacer.

En la mayoría de los casos que fueron tratados en mediación (cerca de un 70%) estos encuentros conducen a algún tipo de arreglo entre las partes. Estos acuerdos son firmados y asentados por escrito en *una carpeta* como parte de un procedimiento de registro que luego posibilita un monitoreo por parte del Centro. En caso contrario, se da por finalizado el proceso y se procede al *archivo de la carpeta*. La característica *confidencial* (Ley 13951, 2009) del dispositivo (los agentes municipales que participan no pueden ser llamados como testigos en otras instancias) hace que todo lo hecho en el transcurso de la intervención sea en ese caso administrativamente nulo en otra instancia judicial por lo que la decisión de determinar el *archivo del caso* significa para las partes volver al punto cero la tramitación del conflicto.

Notas sobre la mediación penal en Salta

La mediación penal en Salta⁷³, es producto también de un importante *movimiento* local de concentración del interés de la política pública de justicia en soluciones *restaurativas* y de instancias administrativas descentralizadas⁷⁴. Al mismo tiempo es resultado de un *movimiento* propio de cambios de concepciones y paradigmas en la justicia penal expresados en la Reforma del Código de Procedimiento Penal (CPP) que finaliza en 2011 hacia un sistema de tono acusatorio y donde específicamente se incluye la mediación y la conciliación (Ley N° 7690).

Es interesante que cuando en 2004 se aprobó en Salta la Ley de Mediación, se la excluyó expresamente en procesos penales por delito, contravención o falta. Pero una vez vigente el nuevo CPP, desde junio de 2012 el principal Centro de Mediación (CM) del Ministerio

⁷³ La provincia de Salta se sitúa en la región noroeste de Argentina, distante a 1500 km de la capital en el límite con Bolivia, Paraguay y Chile. Octava en población con 1.215.207 habitantes según el censo del año 2010.

⁷⁴ Los actores gubernamentales y promotores del sistema suelen presentar a Salta como “pionera” y “referente” a nivel nacional y latinoamericano en materia de implementación de sistemas de mediación. Desde que la Ley de Mediación provincial fue aprobada en 2004 –y reglamentada en el año 2009– se introdujo en 2008 la mediación en el ámbito de la Corte de Justicia; el Ministerio de Justicia provincial, especialmente bajo la segunda gobernación de Juan Manuel Urtubey –entre 2011 y 2015–, la impulsó como principal política pública de “acceso a la justicia” con una estructura que incluye la Secretaría de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos y en articulación con los gobiernos municipales la disposición territorial de 78 Centros de Mediación Comunitaria en núcleos comunales de zonas rurales, barrios urbanos y lugares estratégicos por su centralidad institucional o su alta circulación. Bajo la modalidad de convenios entre Ministerios y Secretarías y de capacitaciones, distintos contextos problemáticos fueron progresivamente definidos como susceptibles de ser tratados mediante este sistema: disputas en la actividad turística, problemáticas asociadas a comunidades indígenas, temas vinculados a la violencia contra las mujeres, en las escuelas se capacita a docentes al igual que a policías en técnicas de mediación, en la Universidad Nacional de Salta funciona un CM, etc.

Público (MP) que había intervenido durante varios años bajo la forma de la *mediación civil*⁷⁵, re-organizó sus recursos para atender ciertos procesos penales derivados de las fiscalías y continuar al mismo tiempo interviniendo en casos civiles, aunque la tendencia fue luego la concentración en los primeros. Además, distintas fiscalías descentralizadas creadas en el marco de dicha reforma en barrios de la capital salteña y localidades del interior fueron incorporando un mediador penal con oficinas exclusivas para esa función. Llegamos a contar a principios de 2014, 14 mediadores penales –12 abogados y 2 psicólogos, 3 varones y 9 mujeres- muchos de ellos progresivamente designados por concurso en ese cargo, en la planta de profesionales del MP⁷⁶.

La mediación penal incluye la posibilidad de tratar una gran variedad de *delitos* que surgen cuando existe una *denuncia* policial o en cualquier otro organismo habilitado para ese fin. En contraste con otras modalidades de mediación se inicia indefectiblemente con este acto. No existe obligatoriedad para recurrir a una instancia de mediación en temas penales de manera previa a un proceso judicial como sucede para la mediación prejudicial en algunos temas civiles. Es el fiscal, siguiendo ciertas objeciones procesales de los temas no mediables el que determina su derivación⁷⁷. Hemos abordado en otro artículo (GODOY, 2016) la compleja construcción del *criterio* con el que los fiscales orientan un caso a mediación, que incluye ciertas rutinas y consideraciones sobre la naturaleza de los hechos en cuestión, nociones que jerarquizan los conflictos en el campo penal y debates no concluidos relativos a un campo en proceso de institucionalización. Los mediadores se encuentran con reclamos por *lesiones* derivadas de accidentes de tránsito; casos de *amenazas*, *lesiones* y *daños* que involucran distintos grados de agresión o amenazas de agresión entre más o menos conocidos; conflictos de *usurpación* por terrenos o casas que se comparten, o territorios en disputa con atribuciones de posesión o propiedad; casos de *estafas* de individuos o pequeñas empresas; de *hurto*, *retención indebida*; de *incumplimiento de los deberes de asistencia familiar* o de *impedimento de contacto de menores con padres no convivientes*, entre varios otros, éstos últimos muy parecidos a los casos tratados en mediación civil. En fin, conflictos diversos que involucran

⁷⁵ Abordando prioritariamente conflictos en torno a la organización de la manutención y cuidado de los hijos luego de la separación de la pareja.

⁷⁶ Las notas etnográficas que a continuación presentamos, fueron producidas a partir de acompañar parte del contexto de trabajo cotidiano de algunos mediadores penales, mantener conversaciones con ellos, observar algunas audiencias y participar de reuniones de intercambio y de formación.

⁷⁷ El CPP excluye la mediación cuando: a) se trate de delitos sancionados con pena de prisión de más de seis años b) cuando en ellos estuviere involucrado un funcionario público o que fueran cometidos en perjuicio de la administración pública; c) cuando la víctima fuera menor de edad; d) cuando se trate de delitos contra la vida, la integridad sexual, de robo, contra los poderes públicos y el orden constitucional, entre otras excepciones.

por lo general relaciones de proximidad y situaciones de violencia cotidiana, al igual que a grupos atravesados por situaciones de vulnerabilidad económica y social.

La mediación penal puede ser definida a partir de los esfuerzos de actores institucionales concretos en sus múltiples relaciones de delimitar y diferenciar el universo de *lo penal* del de la *mediación* como concepción y práctica específica en la gestión de conflictos y a la vez de conectar ambos espacios más o menos problemáticamente. Mirar estos cruces y separaciones es otro modo de atender al dilema de cuánto de lo judicial alcanza a la mediación y cuánto hay en ella de *pre-judicial* o *extra-judicial*.

La centralidad del concepto de *conflicto* por sobre el del *delito*, y el desplazamiento del papel sancionatorio del Estado como la única solución a determinadas controversias, ya se había anticipado en los contenidos de la reforma procesal penal. La noción de *delito* en tanto reducción a la pura transgresión a las normas y al conflicto con la ley penal, se chocaba con el concepto significativo de *conflicto* desde el punto de vista de la intervención del mediador, que tomando en consideración la dimensión de una relación social, no parecía tratar con el *individuo* abstracto del litigio –el transgresor y la *víctima* de esa transgresión- sino con *personas morales* envueltas en un vínculo social particular (ver Godoy, op. cit.). Es interesante en este punto que no es que el mediador penal eligió la mediación penal por sobre la civil o comunitaria, no es que sea alguien interesado en algo así como *lo penal*, sino que su pertenencia al MP tendió a colocarlo en ese rol específico y encontró una oportunidad de ser jerarquizado allí. Si esta distinción resulta para el trabajo del mediador por momentos abstracta, la continuidad en cambio, puede apreciarse en que la mayoría de los mediadores penales han sido antes, mediadores civiles o comunitarios. Igualmente, la centralidad de la concepción del hecho como *conflicto* y del método –como herramienta y como proceso- para su tratamiento por sobre las clasificaciones del derecho, explica que la formación de los mediadores más que conducirse a un camino de especialización, parezca abrirse a un campo múltiple de formación⁷⁸.

Esta tensión entre *mediación* y *lo penal* se expresa en el grado de flexibilidad que la práctica de la mediación otorga a los roles asignados a las personas envueltas en el conflicto –*víctimas* y *ofensores*- en el expediente penal. En el valor relativo de las carátulas y de la breve descripción del conflicto que se enuncia en el expediente –cercano al relato de una denuncia policial- y en definitiva en el valor relativo del expediente penal en sí, pues el conflicto no

⁷⁸ Los mediadores penales pueden considerar importante para su formación los cursos y capacitaciones en mediación en empresas, de resolución de conflictos públicos complejos, de neurolingüística, inteligencia emocional, etc.

está desplegado allí desde el punto de vista del trabajo del mediador penal, o lo está sólo con la lógica de la indagación penal.

Los grados de proximidad, distanciamiento, formalidad e informalidad en las relaciones implicadas en los dispositivos de la mediación penal deben también considerarse para comprender estos vínculos entre mediación y campo penal, entre lo judicial y lo que se le desborda o se le enfrenta. Respecto a la proximidad territorial de los CM penal y las personas allí convocadas observamos cierta heterogeneidad. El CM principal emplazado en el centro de la ciudad, en contraste por ejemplo con los Centros Comunitarios, suponía que la mediación no iba al barrio sino que *el barrio iba al centro*. Y simultáneamente la creación de CM en los ámbitos de las fiscalías barriales y locales fomentaba la proximidad territorial entre usuarios del sistema y la institución.

La disposición de la *sala de audiencia* donde se celebran las *audiencias* de mediación también presenta un registro ambivalente en la configuración del ritual de mediación penal. Pequeños espacios en el CM principal con escritorios de forma rectangular donde no queda más que enfrentar apretadamente al mediador y las partes, contrastan con oficinas algo o significativamente más amplias en las fiscalías, en las que en cambio una mesa redonda indica una relación equidistante del mediador y cada una de las partes, reduciendo a la vez los sentidos de jerarquía entre el funcionario público y los usuarios y el grado de oposición entre las personas del conflicto.

El impacto y la forma de notificación a las partes ha sido un tema de preocupación para los mediadores debido tanto a los altos niveles de incomparecencia como a los eventuales peligros de una distorsión del espíritu *voluntario* de la mediación. Así, de una *Invitación* acompañada de un tríptico que puntuaba las ventajas de la metodología, se pasó a una *Convocatoria* y luego a una *Cédula de Notificación*, apuntando a ser más incisivo en la convocatoria. Se ha discutido también acerca de qué decir sobre el proceso, al mismo tiempo que se oscila entre considerar positiva o absolutamente negativa la entrega por parte de la policía de esta notificación.

Respecto a la gestión de las audiencias notamos por momentos una alta personalización e informalidad. Todo lo relacionado a la convocatoria de las partes, la fijación de agenda, el llenado de actas y el cierre de los procesos se encuentra bajo la órbita de gestión de los propios mediadores. Algunos de ellos se muestran controvertidos con este hecho, evidenciando una sobrecarga de trabajo administrativo y de gestión de las convocatorias, que lleva igual o más tiempo que el trabajo de mediación propiamente dicho. Otros lo consideran

una ventaja del proceso que les permite un control e intervención personal sobre todas las etapas: “*No tengo secretaria pero me sirve ser autogestivo, tener contacto con la gente*”. Hemos observado cómo la carátula de los expedientes de mediación penal, donde figuran los nombres de las partes, están llenas de datos puestos con lapicera por el mediador, tachones y sobre-tachones de números de teléfono que ilustran la manera en que el mediador persevera en ubicar a estas personas. Y el teléfono de su oficina es continuamente usado por éste para convocar de manera personal a las personas a las audiencias. Un mediador nos explica su alto grado de concentración en las notificaciones que le devuelve la policía: allí consta si la persona ha podido ser notificada o si no se la pudo encontrar y puede haber algún dato adicional que le permita ubicarla como un celular o un nuevo domicilio. Nunca el mediador fija una audiencia unilateralmente, la regla es preguntar a las personas por la disponibilidad de días y horarios: “*¿el martes podría?*” “*¿a la mañana le resulta bien?*” Además, se les suele dar el teléfono del Centro para que pregunten por el mediador ante alguna consulta⁷⁹.

Los mediadores penales dan cuenta de una tensión subyacente entre la *lógica administrativa* que impone su trabajo y la *lógica de la mediación*, entre la *calidad* y la *cantidad*, entre *gestionar acuerdos* y *hacer trabajo de mediación*, entre *ser mediador* y *ser un funcionario público*, entre *lo humano de la mediación* y las *expectativas de la institución*. Así, pareciera que la *calidad* está relacionada a “*lo que hacemos como mediadores*”, es decir “*como mediadores trabajamos lo relacional, lo transformativo*”, y la *cantidad*, al rendimiento del dispositivo medido en números, –la “*presión por responder estadísticamente*”– y que lo penal “*sea menos mediación*” comparándola con la mediación civil según experimentaron algunos de ellos. Esta tensión no puede dejar de comprenderse en el marco del vínculo más o menos estrecho de la mediación penal con las fiscalías y el componente político relacionado a la visibilidad y efectividad del trabajo del MP a partir de las reformas.

Pero la manera de procesar estas demandas es ciertamente diversa. El tiempo de las audiencias y la modalidad de las mismas es un ejemplo. Sobre todo en el Centro con mayor recepción de casos se puede manifestar la dificultad de darle demasiado tiempo al problema

⁷⁹ Es interesante también referir a situaciones donde ciertos mediadores actúan como intermediarios en cuestiones de entrega de dinero o de ciertos objetos entre las partes cuando se llegaba a un acuerdo en mediación. Esta modalidad que en estos casos se había encontrado en la propia negociación, tenía la ventaja para ambas partes de no exponerlas a una transacción directa en una situación de conflicto y les representaba una especie de forma de institucionalizar el pago, hasta tanto se encontrara otra vía formal. El mediador a su vez estaba interesado en colaborar en que los acuerdos se respetaran. Es así que en nuestro trabajo de campo hemos presenciado el margen de negociaciones, de marchas y contramarchas que permite el abordaje penal en mediación, y el papel del mediador, en su proximidad con las partes, para intermediar en un conjunto de situaciones y etapas que cierran el cumplimiento del acuerdo.

que quiere expresar la persona cuando hay por día tantas audiencias y muchas pendientes⁸⁰, y la importancia en este contexto de mantener un tiempo equitativo para todos los casos. A la vez hay mediadores que en ese mismo contexto o en CM de menor concentración, después de experimentar tiempos de audiencia más reducidos, han decidido mantener turnos prolongados *“Hay que darles tiempo, sobre todo en este lugar, no encuentran las palabras, es un ritmo lento, muchas veces lo único que quieren es que vos los escuches”*. Y de igual manera mediadores empeñados en generar *instancias de mediación* es decir, hacer encontrar a las dos partes en la misma audiencia: *“es un riesgo pero yo creo que es la única forma en que se generan transformaciones en la relación, en el vínculo”* nos explica un mediador.

Palabras finales

La descripción que presentamos en la primera parte del trabajo, sin duda incompleta, nos sirvió para comprender que el proceso de afirmación de la mediación en Argentina, así como la heterogeneidad de origen en cuanto a sus actores, concepciones, reglamentaciones e impacto territorial ejerce una marca decisiva para la diversidad de experiencias institucionales locales. Nos permite reflexionar también que la capacidad de articulación de actores de distintas escalas institucionales –municipales, provinciales, nacionales e internacionales- y que a priori podrían pensarse como perteneciendo a campos bien diferenciados –de la justicia, de la política pública, *ong’s*, organismos internacionales de financiamiento- nos hablan de cómo finalmente un *campo* –el de la mediación-, puede construirse a partir de delimitaciones pero en un marco de significativas imbricaciones. Se articulan también el ejercicio de la profesión, la producción del saber especializado en el área y el *activismo* en pos de consolidar la mediación como campo.

La segunda parte del trabajo nos arroja conclusiones de índole semejante. Por una parte hemos recuperado una pequeña porción de dos experiencias de indagación etnográfica en puntos geográficos diferentes que comparten el hecho de no pertenecer a las grandes metrópolis urbanas. Hemos mostrado entonces la diversidad de formas institucionales que la mediación asume a partir de describir procedimientos y relaciones institucionales concretas, qué tipo de conflictos se atienden, *criterios* de derivación y admisibilidad, diseño del escenario de mediación, formas de designar a las personas envueltas en el conflicto, de

⁸⁰A lo largo del 2013 el principal CM recibió 1466 casos y la tendencia era el aumento. Comparativamente un mediador penal que trabaja en el CM principal puede tomar entre 9 y 13 audiencias diarias, trabajando entre las 8:00 y las 16 hs. En un CM de una fiscalía de la zona céntrica de la ciudad, 4 o 5 audiencias. Los CM del interior tratan cerca de 15 casos por mes.

notificarlas, de presentación del mediador, etc. a la vez ya adelantando ciertos puntos de tensión en esa descripción.

Nos preguntábamos qué había de específico en las categorías de *comunitario* y de *penal* en esos procedimientos y rutinas concretas. Tienen en común ambos casos que el mediador y su práctica, opone categorías, procedimientos y operaciones de ritualización a un universo institucional del derecho o de la administración de conflictos del que busca diferenciarse para construir su eficacia, y al mismo tiempo queda parcialmente atrapado por esos mismos contornos o más bien debe lidiar con ellos. En el caso de la mediación penal, parecía esto resolverse en los intentos de contrarrestar ese concepto –*lo penal*– y sus demandas –*el rendimiento de la administración*– como si a la mediación le perteneciera esa delimitación y pretensión del derecho. En *lo comunitario*, se marcan los dilemas entre la procura de una relajación de las formas y la necesidad de ordenar y formalizar relativamente el ritual porque esto también les es reclamado por aquellos para quienes es dirigido el ritual. Tal cual el problema weberiano de la *creencia en la legitimidad* en las *formas modernas de administración*, donde se *cree* en ordenaciones impersonales, reglamentos y reglas abstractas, en *funcionarios* designados en virtud de esas ordenaciones, donde rige el principio de *atenerse al expediente* y la *oficina* como médula de ese tipo de asociación. Donde la adhesión radica en: “La impersonalidad formalista, sin odio y sin pasión, por ello, sin ‘amor’ y sin ‘entusiasmo’, sin la acepción de personas [...]” (WEBER, 2014 [1922], p. 348), en contraste a los principios que propone la mediación. En definitiva con estas disyuntivas, no parecían haber tantos abismos entre una modalidad de mediación y otra, y a la vez grandes porosidades entre las dimensiones relacionales de la justicia, la mediación y la comunidad.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. “Resolución Alternativa de Conflictos Estado Actual en el Panorama Latinoamericano.” *California Western International Law Journal*, vol. 30, n. 2, pp 409-428, 2000.

AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann. “A Administração da Violência Cotidiana No Brasil: A Experiência dos Juizados Especiais Criminais.” In: AMORIM, Maria Stella de; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann (orgs.) *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, pp 19-52.

BARUSH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph. “*La Promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*”. Traducido por Aníbal Leal. Buenos Aires: Granica, 2006.

BOURDIEU, Pierre. “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”. In: BOURDIEU, Pierre (coord). *Poder, derecho y clases sociales*. Traducido por María José González Ordovás. Bilbao: Desclée, 2000, pp 101-129.

BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo. “*Más allá del Consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*.” Washington: Banco Mundial, 1998.

CARAM, María Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. “*Mediación Diseño de una práctica*”. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

DUFY, Caroline; WEBER, Florence. “*Más allá de la gran división. Sociología, Economía y Etnografía*”. Buenos Aires: Antropofagia, 2009.

GEERTZ, Clifford. “Conocimiento local: hecho y ley en la perspectiva comparada.” In: GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las cultura*. Barcelona: Paidós, 1994, pp. 195-287.

GODOY, Mariana. “Delito, conflicto: sensibilidades legales y trama institucional en el campo de la mediación penal en Salta-Argentina.” *Revista del Museo de Antropología*, Facultad de Filosofía y Humanidades. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, vol. 9, n. 1. No prelo.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. “La Resolución de Conflictos y la Mediación en la Experiencia Argentina.” *California Western International Law Journal*, vol. 30, n.. 2, p. 381-407, 2000.

LLAMOSAS, Amilcar. “Memoria de la mediación en la argentina”. In: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (coord). “*Mediación en la Argentina. Una herramienta para el acceso a la Justicia*”. Buenos Aires: Infojus, 2012. pp 17-49.

MATTA, Juan Pablo. “Entre vecinos eso no se hace. Sentidos de justicia y de vecindad en el marco de un dispositivo institucional de administración de conflictos.” *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, p. 55-71, Jan./abr. 2016.

MATTA, Juan Pablo. “Intercambios, moralidades y conflictos.” *Intersecciones en Antropología*, vol. 14, n. 1, pp 171-182, 2003.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara G.L. “Mediação e conciliação no Judiciário: Dilemas e significados”. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 4, n.1, pp 97-122, 2011.

MELLO, Kátia Sento Sé; MOTA, Fabio Reis; SINHORETTO, Jacqueline. “Introdução: Para além da oposição entre direito e realidade social.” In: MELLO, Kátia Sento Sé; MOTA, Fabio Reis; SINHORETTO, Jacqueline (coord.). *Sensibilidades Jurídicas e Sentidos de Justiça na Contemporaneidade. Interlocução entre Antropologia e Direito*. Niterói: Editora da UFF, 2013, pp 15-30.

NATÓ, Alejandro; RODRÍGUEZ QUEREJAZU, María G.; CARBAJAL, Liliana M. M. “*Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*”. Buenos Aires: Universidad, 2006.

PNUD ARGENTINA. “*Estudio de la mediación prejudicial obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina*”. Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Fundación Libra, 2012.

PUELLO-SOCARRÁS, José Francisco. “Neoliberalismo y reforma judicial en América Latina. Observaciones para el análisis del caso argentino”. In: GAMBINA, Julio César; RAJLAND, Beatriz; CAMPIONE, Daniel. (comp.). *Neoliberalismo y reforma judicial. La posición de la Federación Judicial Argentina*. Buenos Aires: FISyP, 2013, pp. 5-19.

TORRES DE MELLO, Victor Rangel. “A ambivalência de ser conciliador. Como eles se vem e são vistos”. *CONFLUÊNCIAS, Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 15, n. 2, pp 61-74, 2013.

SIMIÃO, Daniel Schroeter; DUARTE, Vitor Barbosa; CARVALHO, Natan Ferreira de et alii.. “Para além da Lei: legalidade e eticidade na administração de conflitos em uma favela de Belo Horizonte”. In: VIII Reunião de Antropologia do Mercosul - RAM, 2009, Buenos Aires. *Anais do VIII Reunião de Antropologia do Mercosul - RAM*, 2009.

SINHORETTO, Jacqueline. “Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça”. *Anuário Antropológico/2009-2*, pp 109-123, 2010.

WEBER, Max. “*Economía y Sociedad*”, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014 [1922].

Bárbara Lupetti Baptista⁸¹
Kátia Mello⁸²
Klever Filpo⁸³
Thais Borzino⁸⁴

Resumo:

Este artigo busca descrever e refletir sobre os diferentes usos da mediação de conflitos no Rio de Janeiro e em Buenos Aires a partir da observação empírica de sessões de mediação e entrevistas com atores do campo. No Brasil, a Resolução 125 do CNJ e, recentemente, Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, pretendem estimular o emprego desse método no âmbito dos Tribunais. Etnografias realizadas entre 2010 e 2014 evidenciaram que a mediação realizada nos espaços judiciais, geralmente como uma etapa processual, apresenta algumas complexidades. É difícil para as partes litigantes perceberem a distinção entre o processo e a mediação, que se torna mais uma formalidade a cumprir, do que uma forma diferenciada, não-adversarial, de tratamento do conflito, que é a proposta da mediação. Em Buenos Aires, por sua vez, a lei determina que a mediação é etapa obrigatória e prévia ao ajuizamento da ação, além de ser realizada em espaços extrajudiciais. São opções distintas no campo da administração de conflitos. O trabalho diz respeito ao contraste observado entre esses dois modelos de solução de conflitos, que ora se aproximam e ora se afastam.

Palavras-Chave: Administração de conflitos; Judiciário; Mediação de conflitos.

Resumen:

Este artículo tiene como meta describir y reflejar sobre los distintos usos de la mediación de conflictos en las ciudades de Rio de Janeiro y Buenos Aires, desde la observación empírica de las sesiones de mediación y de entrevistas con los actores del campo. En Brasil, la Resolución n° 125 de CNJ y, recién, el Código de Proceso Civil y la Ley de Mediación, tratan de la mediación en el ámbito de los Tribunales. Etnografías hechas en Brasil, entre 2010 y 2014, apuntan que la mediación hecha en los espacios judiciales, generalmente como una etapa procesal, expone algunas cuestiones complejas. Es difícil para las partes en conflicto percibir la distinción entre el proceso judicial y la mediación, porque si está hecha dentro de los tribunales, queda más como una etapa del proceso judicial en lugar de mostrarse como una distinta manera de tratamiento del conflicto, como intenta la mediación. En Buenos Aires, por otra parte, la ley indica que la mediación es un paso obligatorio y anterior al comienzo del juicio y, más allá, es hecha en espacios extrajudiciales. Estas son opciones distintas en el campo de la gestión de los conflictos. Este artículo expone, por lo tanto, los contrastes entre los dos modelos de mediación, que en parte se acercan y, por otra parte, se alejan.

Palabras Clave: Gestión de Conflictos; Poder Judicial; Mediación.

⁸¹ Doutora em Direito, título este obtido na Universidade Gama Filho em 2012. Professora da Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT/InEAC). Autora de livros e artigos jurídicos sobre o processo civil brasileiro, mediação e conciliação. Contato: blupetti@globocom

⁸² Doutora em Antropologia, título este obtido no PPGA da Universidade Federal Fluminense em 2007. Professora do Departamento de Política Social e Serviço Social Aplicado e do PPGSS/ESS da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT/InEAC-Nepeac/UFF) e do Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU/IFCS) da UFRJ. Autora dos livros: Cidade e Conflito-guardas municipais e camelôs; Sensibilidades jurídicas e sentidos de justiça na contemporaneidade: interlocução entre Antropologia e Direito; e de artigos sobre administração institucional de conflitos, mediação e conciliação, Unidades de Polícia Pacificadora. Contato: ksemello@gmail.com

⁸³ Doutor em Direito, título este obtido na Universidade Gama Filho em 2014. Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT/InEAC). Autor de artigos jurídicos sobre o processo civil brasileiro, mediação e conciliação. Contato: klever.filpo@yahoo.com.br

⁸⁴ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Pesquisadora integrante do projeto “Estudos empíricos sobre a aplicação de mediação de conflitos pré-processual em Buenos Aires – Argentina”, contemplado pela chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES n° 22/2014. Contato: thaisbcnunes@hotmail.com

Abstract:

This article has the objective of describing and reflecting the different uses of conflict mediation in the cities of Rio de Janeiro and Buenos Aires, starting from the empiric observation of the mediation sessions and interviews with camp actors. In Brazil, the CNJ Resolution nº 125 and, recently, the Civil Procedure Code and the Mediation Law, intend to stimulate the application of this method in the Courts of Justice. Ethnographies accomplished between 2010 and 2014 showed that mediation is realized in judicial spaces, usually as a procedural step, showing some complexities. It is hard for the litigant parts notice the distinction between the legal process and the mediation, because this last one becomes only one more formality to accomplish, than that a different way, not adversary, of conflict treatment, that it is the real goal of mediation. In Buenos Aires, for its turn, the law sets that mediation is a mandatory step and has to be done before the proposal of judicial action, besides that it is realized in no-judicial spaces. Both cities have distinct options of conflicts administration. This article intends to show the contrast observed between this two forms of conflict resolution, that one time get closer and the other time back off.

Key words: Conflict Management; Judiciary; Mediation of Conflicts.

1. Introdução

No campo empírico por nós observado a mediação de conflitos costuma ser definida, por aqueles que a exercem, como um método autocompositivo de resolução de conflitos através do qual as partes em litígio são auxiliadas por um terceiro neutro e imparcial (o mediador) para que elas próprias possam chegar a uma solução adequada para a disputa em que estão envolvidas (BRAGA NETO, 2012). Por autocomposição os entrevistados compreendem o processo social de administração de conflitos no qual técnicas não-violentas de comunicação são utilizadas como veículo de comunicação entre pessoas que buscam resgatar o diálogo entre si. Trata-se de um espaço dialogal no qual o mediador utiliza vocabulário e gestos não violentos nos âmbitos cognitivo, emocional e relacional, respeitando o tempo da fala de cada uma das partes. Acrescenta-se a linguagem corporal que, igualmente, deve promover a socialização das partes com formas não-violentas de comunicação.

Na definição dada por AGUIAR (2009, p. 99), a mediação de conflitos acontece:

por meio de um processo sigiloso e voluntário em que um terceiro neutro e imparcial, o mediador, cria um espaço de conversa que facilita às partes identificarem seus interesses e suas necessidades, para que, juntas, consigam encontrar maneiras criativas de lidarem com seus conflitos.

Entre os especialistas e os diferentes autores que tratam do tema, não existe grande variação no que diz respeito à definição do que seja esse método de administração de conflitos ou sobre as suas características essenciais. Contudo, quando se trata de colocar em prática as técnicas da mediação para a solução de conflitos em espécie, seja em sede judicial, seja em outros espaços em que venha a ser acionada (escolas, associações de moradores, sindicatos, dentre outros), tem sido observado que isso não se dá de forma única. Ao contrário, ao ser transposta do plano teórico para o plano da aplicação prática, a mediação de conflitos tem

assumido diferentes contornos, vindo também a desempenhar diferentes papéis, a depender do contexto em que é inserida e das motivações pessoais ou institucionais que levaram à sua adoção.

Essa circunstância fica bem evidente quando se realiza o contraste entre diferentes experiências concretas no campo da mediação. Temos observado, por exemplo, que a mediação realizada em escolas no Rio de Janeiro, por meio de encontros entre pais, alunos e professores envolvidos em uma situação conflituosa, é bastante distinta daquela que vem acontecendo como etapa incidental de processos judiciais. Na situação observada havia um conflito entre estudantes de determinada escola e este pôde ser solucionado através da mediação organizada pela própria instituição de ensino. Por outro lado, a mediação como etapa incidental no processo é protagonizada pelos juízes, pelos mediadores judiciais, pelas partes litigantes e seus advogados, em torno de uma discussão processual.

As duas situações poderiam ser encaixadas no conceito de mediação apresentado linhas acima. Contudo, parece evidente que a sua aplicação não ocorre de maneira uniforme nos dois casos, havendo variações, por exemplo, quanto ao local em que se realiza (dentro ou fora do Tribunal); quanto ao grau de informalidade do procedimento (mais ou menos formal); quanto aos custos envolvidos na resolução da disputa (de forma graciosa na escola e, no Tribunal, mediante o pagamento das despesas processuais); dentre outros.

Partindo dessa constatação, a pesquisa que deu origem a este trabalho busca contrastar duas experiências distintas no campo da mediação de conflitos, quais sejam: a mediação pré-processual obrigatória que acontece de forma institucionalizada em Buenos Aires (Argentina), e a mediação que vem sendo aplicada nos Centros de Mediação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio (TJERJ - Brasil).

Uma das principais diferenças observadas diz respeito ao local em que a mediação acontece. No TJERJ o seu *locus* são as dependências do próprio Tribunal, isto é: a mediação é posta em prática dentro do fórum, muitas vezes como uma etapa incidental de um processo judicial em andamento. Modelo este que foi absorvido pelo “Novo CPC” (Lei nº 13.105/2015), em seus artigos 334 e seguintes, ao instituir uma “audiência de mediação” como uma nova etapa processual. Já em Buenos Aires a mediação acontece, como regra, fora das dependências do Judiciário, em geral na *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e o *Consultorio Jurídico Gratuito*, vinculado à *Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA) - Departamento de Práctica*

Profesional (patrocínio jurídico gratuito).

Neste último caso, apesar de ser nas dependências do prédio do Tribunal de Buenos Aires, o *espacio social* (Bourdieu, 1992, 1998) designado para as sessões de mediação está inserido na ala da formação dos alunos da Faculdade de Direito da UBA, sendo compreendido pelas pessoas entrevistadas como um espaço universitário que presta serviço à sociedade.

Outro ponto relevante e que nos interessa problematizar, diz respeito à formação do mediador para o exercício dessa função. No modelo portenho, aqui considerado, o mediador será sempre um advogado capacitado para o exercício da função. Ele deverá ter três anos de formação em Direito e, para ser mediador, deverá fazer uma prova organizada pelo Ministério da Justiça, para que obtenha o Registro Nacional de Mediador.

Já o TJERJ admite qualquer profissional de nível superior completo, desde que frequente os cursos de capacitação reconhecidos pelo Tribunal. Por exemplo, a autora que é mediadora voluntária no Rio de Janeiro fez sua formação no curso básico, de 40 horas, realizado em janeiro de 2009 e o curso do módulo de mediação familiar, de 16 horas, em setembro do mesmo ano. Esse modelo multidisciplinar foi absorvido pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 167) e pela Lei de Mediação (artigo 11).

A pesquisa realizada tem apontado no sentido de que estas diferentes opções interferem no resultado da mediação, como será melhor demonstrado adiante. Ao mesmo tempo, parece sugerir que, quando se trata desse método de administração de conflitos, não há fórmulas perfeitas e acabadas, não sendo possível, tampouco, estabelecer um modelo único, ou ideal, de mediação.

Metodologicamente, os dados deste artigo incorporam pesquisa bibliográfica aliada aos dados empíricos provenientes de pesquisas de campo, de natureza etnográfica, conduzidas pelos autores a respeito da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos no Brasil e de forma exploratória na Capital Federal Argentina. Foram utilizados, em particular, dados empíricos coletados entre os anos de 2010 e 2014, sobre o funcionamento dos centros de mediação administrados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011; LUPETTI BAPTISTA, 2013 e FILPO, 2014). Em Buenos Aires, os dados foram coletados em dois centros públicos de mediação observados nos períodos entre dezembro de 2011 e fevereiro de 2012 e, mais recentemente, em julho de 2015. Como não trataremos da Mediação Penal de Conflitos, os dados coletados na pesquisa realizada no Ministério Público de Buenos Aires não serão considerados para efeito

comparativo.

Com relação à mediação em Buenos Aires, são reportadas aqui algumas impressões acerca dos dados empíricos. Durante o trabalho de campo foram realizadas entrevistas com mediadores privados e públicos e com outros atores do meio jurídico. Também foram observadas algumas sessões nos centros públicos de mediação daquela cidade portenha. Com base nesse levantamento, o presente artigo busca compartilhar e colocar sob discussão algumas perspectivas empíricas sobre a mediação no estado do Rio de Janeiro e aquelas observadas em Buenos Aires.

2. Algumas linhas sobre as diferenças mais marcantes entre os modelos contrastados

No Brasil, o tema da mediação de conflitos vem sendo objeto de alguns estudos esparsos, no plano jurídico-doutrinário, há cerca de quinze anos. Costumava ser um tópico abordado em trabalhos que se ocupavam dos, assim chamados, MESC's, ou seja, Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, incluindo a mediação, a arbitragem e a negociação. Contudo, ganhou destaque a partir do ano de 2010, em razão da edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº 125/2010, após a edição do curso de Mediação Judicial de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 2009. A Resolução pretendeu estimular o emprego da mediação através do deslocamento dos processos judiciais para centros de mediação administrados pelos próprios Tribunais, a fim de permitir que os conflitos, já judicializados, pudessem ser tratados a partir de uma perspectiva consensualizada, deslocando a atividade decisória do Juiz para as próprias partes (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011).

Na mesma linha, foi publicada a Lei nº 13.105/2015, instituindo o Código de Processo Civil Brasileiro, que vem sendo apelidado de “Novo CPC”, o qual entrou em vigor em 18.03.2016. No artigo 3º, a lei estabeleceu que a mediação deverá ser estimulada no curso do processo judicial por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Também introduziu a audiência de mediação como ato processual obrigatório.

Recentemente foi publicada também a Lei nº 13.140/2015 sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Esta lei trata da mediação judicial e da mediação extrajudicial e prevê procedimentos de implementação dessa forma de administração de conflitos no âmbito do Judiciário Brasileiro, ou também na modalidade extrajudicial. Contudo, neste *paper*, não pretendemos destacar aspectos nem

refletir sobre o instituto a partir do marco desta nova lei de mediação. Ficaremos limitados aos procedimentos vigentes.

Por outro lado, na Argentina, a mediação está prevista em lei há quase vinte anos, desde o advento da *Ley* nº 24.573 de 1996, regulamentada pelo Decreto nº 91/1998. Ela instituía, em caráter obrigatório, a “mediação prévia a todo processo”, informando que tinha por objetivo “promover a comunicação direta das partes para a solução extrajudicial do conflito”. Ainda naquele país, em 2010, foi editada nova lei tratando da Mediação (nº 26.589, regulamentada pelo Decreto nº 1467/2011), mas sem perder a essência do instituto já contemplado na normativa anterior.

Cabe ressaltar, no entanto, uma particularidade da mediação de conflitos na Argentina, que difere do que acontece no Brasil. Aqui, o discurso dos diferentes atores sociais envolvidos – no que podemos denominar, seguindo a perspectiva de Bourdieu, *campo* da mediação de conflitos – revela certo anseio de que seja criado um procedimento padrão para todo o país, o que pode nos fazer crer que a diversidade com que a mediação tem sido aplicada decorra de atos arbitrários ou discricionários de seus operadores. Na Argentina, por sua vez, a diversidade de sua regulação não parece interferir sobremaneira na sua prática.

É preciso esclarecer que a República Argentina é dividida em províncias, e sua capital Buenos Aires é uma cidade autônoma desde a Reforma da Constituição de 1994. Ao mesmo tempo é a capital do país e uma das 24 unidades federais. Ou seja, tem o estatuto de uma província, com sua Constituição própria, seu governo autônomo, seus legisladores próprios. Isto tem implicações já que possui um grau de autonomia como o das outras províncias, mas, ao mesmo tempo, deve se subordinar, em algumas matérias, às leis nacionais. Resulta desta estrutura federativa que a maneira como a mediação de conflitos é conduzida em Buenos Aires não significa necessariamente que seja igual àquela conduzida em outras províncias⁸⁵. Neste sentido, nos indagamos se não estaríamos diante de diversificadas *sensibilidades jurídicas* (GEERTZ, 1998) formalmente instituídas e consensualizadas no caso argentino, revelando a *natureza local* do Direito, conforme nos ensina Geertz (*op.cit.*).

Uma abordagem panorâmica da lei que prevê a mediação pré-processual obrigatória em Buenos Aires nos leva a concluir que a etapa de mediação é um requisito de admissão do

⁸⁵ Ver, por exemplo, Mello (2015), o artigo *Mediação de conflitos e voluntariedade: olhares cruzados entre Rio de Janeiro e Buenos Aires* a ser apresentado no *Simpósio 18: Administração de conflitos e sentidos de justiça: de afetos, valores morais, mediações a arranjos sociais*, XI Reunión de Antropología del MERCOSUR- XI Reunião de Antropologia do MERCOSUL. Diálogos, práticas e visões antropológicas desde o Sul 30 de novembro a 4 de dezembro de 2015, Montevideu, Uruguai.

processo. Inclusive, a cópia da ata da sessão, comprovando que as partes se submeteram à mediação, ainda que não tenham formalizado nenhum acordo, deve ser juntada à petição inicial, configurando documento indispensável à sua distribuição. Caso os mediandos não compareçam à sessão de mediação, o processo não será recebido pelo Judiciário, sendo devolvido para que cumpram a exigência legal. Admite-se apenas umas poucas exceções, elencadas no art. 5º da Lei 26.589/2010.

Na Argentina, de forma sintética, a mediação dos casos cíveis e comerciais se divide em mediação pública ou mediação privada. A mediação pública é realizada pelos centros públicos de mediação, que, na Capital Federal, são realizados na “*Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*”, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e no “Consultório Jurídico Gratuito”, vinculado à Faculdade de Direito da UBA – *Universidad de Buenos Aires*. Já a mediação privada ocorre em escritórios particulares, de forma individual ou por associação. Essa classificação se dá por conta dos serviços do mediador serem (ou não) remunerados. A mediação privada é paga e a mediação pública é gratuita, reservada, portanto, aos cidadãos que comprovarem insuficiência de recursos.

Além disso, as mediações chegam a esses centros por três vias: 1) por solicitação das partes, sendo conhecidas como mediações voluntárias; 2) por força de Lei, que são os casos das mediações prévias e obrigatórias; 3) por determinação judicial, quando, no curso do processo, o Juiz decide submeter o caso a uma mediação, suspendendo o processo judicial e encaminhando-o a um centro público ou privado (caso mais raro, como apontou o trabalho de campo realizado na Capital Federal de Buenos Aires).

Na pesquisa de campo realizada em Buenos Aires, estudamos casos de mediações prévias e obrigatórias, que se apresentam como condição de procedibilidade ao ajuizamento de demandas cíveis. De todo modo, em quaisquer desses casos, sejam eles realizados em centros públicos ou privados, decorrentes de voluntariedade das partes, de força legal ou de determinação judicial, sempre, em qualquer situação, a mediação portenha será tratada de forma (e em âmbito) extrajudicial. Significa dizer, “fora do processo”. Ou seja, mesmo quando os casos chegam aos centros de mediação (públicos ou privados) por via judicial, sendo chamados de casos “*derivados judicialmente*”, ainda assim, serão trabalhados extrajudicialmente (CARAM *et al*, 2006, p. 74).

Ao contrário, no Brasil, embora se admita a mediação extrajudicial, os maiores esforços no âmbito do judiciário no Estado do Rio de Janeiro parecem ter sido direcionados para

transformá-la em um ato processual formal, que tem lugar dentro do fórum. Ali é conduzida pelos mediadores judiciais ou mesmo pelos magistrados, como tem sido verificado em muitos casos concretos observados durante trabalho de campo e também como se infere nos textos legais recentemente aprovados sobre o tema, em especial o “Novo CPC”, onde a mediação ganhou forma de “audiência”.

Além disso, outro contraste que nos chamou a atenção e que nos interessa discutir neste artigo, diz respeito ao papel dos advogados nesse contexto. No Brasil, a interferência dos advogados na mediação sempre foi fruto de muita resistência por parte de mediadores. Estes, segundo percebemos em algumas entrevistas, consideram que a formação dos advogados no Brasil obstaculiza a introdução de uma cultura consensual no âmbito da administração de conflitos, tendo em vista que a formação jurídica está voltada para o conflito, construindo pessoas de perfil combativo, voltado ao contraditório, o que dificultaria o sucesso de técnicas consensuais de administração de conflitos. Sendo assim, a resistência à atuação dos advogados em sessões de mediação sempre foi bastante marcante nas observações de campo.

Do mesmo modo, para além da participação dos advogados como mandatários das partes em conflito, também houve intensa discussão e luta política, durante os debates que antecederam à aprovação do “Novo CPC”, para determinar quem poderia e quem não poderia ser mediador judicial, restringindo-se ou não a formação de mediadores a advogados. Essa questão foi resolvida pela aprovação do art. 167 do Novo CPC e da Lei de Mediação, que mencionam que os mediadores serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, do qual constará a “indicação de sua área profissional”, que não está restrita à formação jurídica. Na mesma linha, o “Novo CPC” também resolve a questão da participação dos advogados nas audiências de mediação, na qualidade de mandatários das partes, obrigando a sua presença, a partir da vigência do Código em março/2016 (art. 334, §9º).

Isto significa dizer que, antes da aprovação do “Novo CPC”, a resistência à figura dos advogados em sede de mediação era ampla. Agora, o “Novo CPC” resolveu, impositivamente, com força de lei, os referidos impasses, determinando que, independentemente de ser advogado, qualquer profissional pode se habilitar para ser mediador e exigindo a presença peremptória dos advogados nas audiências de mediação, na qualidade de mandatários dos interesses de seus clientes, que estarão deles acompanhados. Apesar disso, a modificação da letra da lei, obviamente, não significa, de forma alguma, que as resistências se aquietarão. O certo é que, ainda assim, a forma como Buenos Aires lida com o papel do advogado é muito diferente.

Em Buenos Aires, a figura do advogado é central e positivamente valorizada na dinâmica e no funcionamento da mediação. Primeiro, porque os mediadores são, obrigatoriamente, advogados. Segundo, porque, sob pena de nulidade, não pode haver sessão de mediação sem que ambas as partes estejam acompanhadas de seus respectivos advogados. Logo, o advogado está presente não apenas na figura do mediador, como na figura de mandatário das partes mediandas, o que repercute na forma como ambos os países lidam com o instituto.

Em Buenos Aires os mediadores que entrevistamos avaliam positivamente a presença dos advogados nas audiências, mencionando que, hoje, eles desenvolvem um papel “colaborativo”, não combativo, nas sessões e que as partes se sentem mais seguras para fazer um acordo quando estão acompanhadas. Afinal, a figura de sua confiança é a de seu advogado. Sendo assim, a associação entre advogados e mediadores (também advogados) é vista, ali, de forma muito positiva.

3. Espaços da Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires

As pesquisas empíricas de natureza qualitativa realizadas pelos autores deste artigo, no Brasil, e, especificamente, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, têm levado à constatação fática de que a inserção da mediação no ambiente do fórum, especialmente no contexto de processos em andamento, não é recebida com tanta naturalidade pelos atores do campo, notadamente advogados e partes envolvidas nas demandas. Pelo contrário, esse enxerto dá margem a inúmeros desencontros e contradições, quando analisado sob perspectiva empírica.

Os casos observados e as entrevistas coletadas tiveram lugar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativamente a causas que já estavam em andamento e foram encaminhadas para a mediação. É importante destacar que dizem respeito ao procedimento adotado no TJERJ entre os anos de 2009 e 2014, nos casos que puderam ser observados pelos pesquisadores⁸⁶.

Segundo regulamentação interna desse Tribunal, compete ao juiz encaminhar para o Centro de Mediação os casos que, segundo o seu livre entendimento, poderiam ser solucionados com o uso das técnicas de mediação (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, *op.cit.*). O andamento processual é suspenso por determinado prazo e, a partir de então, o conflito está sob a administração do Centro de Mediação. A secretaria desse centro marcará junto às partes envolvidas naquele litígio data e hora para o comparecimento no Centro de Mediação,

⁸⁶ No momento da conclusão deste artigo o Código de Processo Civil de 2015 está em período de vacância, e a obrigatoriedade de uma audiência de mediação ainda não existe (assim como não se sabe ao certo como se compatibilizará a promulgação do Novo CPC com a da Nova Lei de Mediação, Lei 13.140/15, publicada em 29/06/2015, e já referenciada).

o qual está localizado dentro do Fórum, podendo o tratamento do caso estender-se por várias sessões. A expectativa dos mediadores nessas sessões é de estimular a comunicação entre as partes, de modo que seja construída consensualmente uma solução para o conflito – e, se possível, para o próprio processo.

Concluído o “procedimento de mediação”, com ou sem acordo, o andamento do processo é retomado no juízo de origem. Sinteticamente, pode-se assumir dois desdobramentos a partir de então: havendo acordo, este será homologado pelo juiz e o processo será extinto com resolução do mérito. Não havendo acordo, o processo retomará o seu curso normal, segundo as regras de processo civil que couberem.

Acreditamos que esse formato incidental interfere no modo como as partes envolvidas no conflito enxergam e vivenciam o procedimento. De fato, a impressão é de que a mediação se torna apenas mais uma etapa dentro do processo judicial, que é formal e baseado na chamada cultura do litígio e de imposição das decisões pelo juiz. Isso se refletiu, em alguns casos observados, na forma como as partes e advogados são convocados para as sessões de mediação.

Por exemplo, em algumas situações a parte ré era citada e, no mesmo ato, intimada para comparecer a uma audiência de mediação, com a advertência de que, em não havendo acordo, deveria oferecer, ali mesmo, a contestação. Chegamos a acompanhar algumas sessões de mediação para as quais as partes foram convocadas nesses termos acima descritos. Observamos que muitos advogados foram apanhados de surpresa em vista dessas intimações, não apenas por não estarem familiarizados com a mediação de conflitos, mas especialmente porque esse modo de proceder não encontrava amparo legal. Além do que a exigência de oferecimento da defesa parecia reforçar o litígio que a mediação, a rigor, estaria se propondo a evitar.

Olhando sob esse ponto de vista, a mediação parece surgir como um elemento bastante estranho no contexto de procedimentos judiciais formais, regulados por regras um tanto claras e rígidas, que conduzem naturalmente para um desfecho pré-determinado: a prolação de uma sentença pelo juiz. Quem chega a ajuizar uma ação cível o faz, em geral, por acreditar que essa seria a solução para a disputa em que se viu envolvido e o encaminhamento do caso para a mediação pode parecer, nesse contexto, um desdobramento bastante frustrante. Ainda mais quando se é intimado para participar de um encontro, muitas vezes constrangedor e inesperado com a parte adversa.

Quando em Buenos Aires, essa característica extrajudicial da mediação portenha foi assim justificada por uma mediadora privada que entrevistamos (em tradução livre):

Claro que a mediação também tem seus ritos, suas formalidades. Mas é muito diferente de estar diante de um Juiz, dentro de um Tribunal, especialmente porque aqui não temos nem a autoridade nem o poder de um juiz. Estamos no mesmo grau de hierarquia, sentados lado a lado, todos...advogados, partes, mediadores...e esse ambiente facilita o diálogo.

Em contrapartida, a ideia de introduzir a mediação dentro do processo, adotada no Brasil pelo texto do Código de Processo Civil, foi recebida com espanto por nossos interlocutores argentinos. Uma importante mediadora portenha nos disse (em tradução livre): “*Que lástima! Estamos há tantos anos com a mediação aqui e a nossa experiência não serviu de exemplo para o Brasil?*”. Os entrevistados externaram alguma aversão à ideia de misturar a atividade da mediação e a atividade típica dos tribunais. Uma mediadora privada com quem conversamos destacou, de forma muito crítica, que, em sua visão, a burocracia procedimental para dar início a uma mediação a confunde com um *juicio* e que este aspecto seria negativo na nova legislação. Para ela, quanto mais distante de um *juicio*, mais próximo de uma composição e, portanto, melhor a percepção da importância de uma mediação.

Outra mediadora privada nos disse:

É outra coisa dentro do processo. Primeiro, por conta do contexto. O contexto já é judicial...você entrar pela porta do Tribunal é outro contexto. Aí já não pode pensar a mediação com as características que a mediação tem, de flexibilidade, de liberdade, de voluntariedade. De certas coisas que dentro do Poder Judiciário não tem.

Comumente, a fala dos mediadores idealizava e atribuía qualidades positivas à mediação e desprestigiava o *juicio*, caracterizando-o como sendo mais custoso, mais demorado, mais burocratizado, mais formal, sendo recorrente ouvirmos falas críticas ao sistema judiciário portenho, definindo-o como “colapsado”, inviável, ineficaz, disfuncional etc. Essa peculiaridade ficou bem caracterizada em algumas entrevistas e diálogos informais mantidos com alguns mediadores argentinos.

Percebemos que esta desvinculação tem a ver tanto com um interesse de difundir a mediação como um método mais eficaz na administração dos conflitos (sendo diferente dos *juicios*, entendidos como colapsados, demorados, caros), quanto também em função de um certo idealismo. Ou talvez, como nos disse um advogado crítico da mediação, uma forma “militante” com que os mediadores enxergam o instituto da mediação. Conversamos com uma mediadora que nos disse que mediação se faz com o “coração”. É algo pelo qual “*uno debe estar apasionado!*”, ou seja, em tradução livre, seria “*algo pelo qual a pessoa deve ser*

apaixonada.

Esse pareceu, realmente, um aspecto relevante da mediação portenha. Durante o trabalho de campo, verificamos uma necessidade fundamental dos entrevistados de, a todo o momento, contrastarem e distinguirem uma mediação de um *juicio* (lide/processo judicial), tanto para nós, pesquisadores, como para os cidadãos, logo no início das sessões de mediação. Frequentemente, os mediadores, no primeiro ato da mediação, alertavam os cidadãos de que eles não estavam em um *juicio* e que aquele ambiente era um espaço destinado ao diálogo e que o mediador era um facilitador do consenso e alguém disposto a ser “colaborativo” para a solução do conflito.

Retornando ao âmbito do TJERJ, é interessante destacar que, através das etnografias realizadas pelos autores deste trabalho, foi possível perceber que alguns mediadores brasileiros também adotaram o discurso de que a mediação é um procedimento separado do processo judicial, os quais são procedimentos muito distintos. Isso pode resultar do fato de que alguns mediadores brasileiros sofrem muita influência da mediação argentina, devido ao intercâmbio de mediação que muitos destes fazem no país portenho, o qual possui a separação entre o espaço judicial do processo e o extrajudicial da mediação. Portanto, na mediação portenha faz sentido o discurso de diferenciação feito pelos mediadores, pois os espaços são distintos, demonstrando para os mediandos que realmente é um procedimento diferente do *juicio*.

Ademais, na Argentina a mediação é etapa prévia ao processo judicial, ou seja, em tese, ainda não há o litígio entre as partes, as quais estariam mais abertas ao diálogo e à realização do acordo.

Todavia, no caso da mediação realizada no Rio de Janeiro nos chama atenção o fato de que, apesar do discurso otimista e de vanguarda dos mediadores, é difícil que os próprios mediandos notem as diferenças entre o processo judicial e a mediação. Em nossa percepção isso decorre do fato de que a mediação é realizada no âmbito do Tribunal, ou seja, para participar da sessão de mediação as partes devem necessariamente ingressar no prédio do Tribunal. É difícil, pelo próprio espaço, que as partes percebam que há diferenciação entre o processo e a mediação. Destaca-se ainda que no Brasil, a mediação é endoprocessual, ou seja, é uma etapa processual, e será indicada pelo juiz após o ajuizamento da ação e, algumas vezes, depois de apresentada a contestação (na prática atual do TJERJ), quando, a nosso ver, o litígio entre as partes já está formado, dificultando a possibilidade do acordo.

Em Buenos Aires é importante destacar que o fato de a mediação estar fora do espaço dos

Tribunais também tem a ver, segundo nos foi dito, com a necessidade de “esvaziar prateleiras” e descongestionar os Tribunais, retirando deles a atribuição exclusiva de administrar conflitos, circunstância que exigiu que a mediação fosse prévia à judicialização, uma vez que, depois de proposta a ação, fica mais difícil “consensualizar”. Foi o que nos explicou uma mediadora portenha:

Bem, um dos objetivos aqui, que se vendeu, digamos, para convencer sobre a importância da mediação, era que ela iria desafogar o Poder Judiciário. Então diziam: que bom, que bárbaro! [...] Em seguida, apareceram as estatísticas do poder Judiciário, para ver se diminuiu ou não o número de processos. E a verdade é que sim. Mas, primeiro, nós, mediadoras, temos outro objetivo: que as pessoas possam resolver seu conflito da melhor maneira possível, de forma que não seja apenas um passo para o processo. Agora, isso vai depender de como se organizam os mediadores. O primeiro impulso é esse: descongestionar...depois, pensamos em como organizar a mediação e em como ela aconteceria.

Além disso, nos pareceu também que esta distinção de espaços proporciona uma roupagem mais informal à sessão de mediação, marcando bem a distinção entre o processo judicial e a mediação e entre o papel do juiz e do mediador. Como nos disse uma mediadora privada:

Então, a pessoa que vai a uma audiência, sabendo que tem todo o Poder Judiciário “atrás”, já lhe outorga um lugar de poder, que o mediador não tem. O mediador não tem poder no resultado do processo. É diferente.

Por aqui, ainda não temos a dimensão de como será, mas segundo a legislação indica, nos termos dos arts. 334 e seguintes do Novo CPC, a audiência de mediação será bastante proceduralizada, com a previsão de que o mediador atuará segundo as disposições do código e das normas de organização judiciária, circunstâncias que sugerem que a fusão da mediação em espaços judiciais poderá prejudicar a compreensão, pelos cidadãos, de que se trata de uma “nova/diferente” forma de administração de conflitos, em vez de apenas mais uma etapa de um processo judicial.

4. Os Advogados Mediadores e os Mediadores Advogados – O Papel dos Advogados na Mediação

Como mencionamos, a figura do advogado parece ser tratada de forma bastante distinta no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Aqui, como dissemos, verificamos que existe certa resistência à atuação dos advogados no campo da mediação. Lá, nos pareceu que existe uma relação de mais “parceria”.

Um dos aspectos destacados como tendo sido determinante nessa “virada de chave”, diz respeito ao tempo da implementação do instituto, que, aqui, no Brasil, é recente e na Argentina existe há mais de 20 anos. Entrevistamos mediadoras que nos disseram que, no

início da implementação do instituto, houve muita resistência à presença dos advogados. Hoje, isso não acontece por duas razões básicas: 1) os advogados são formados, desde a graduação, para absorverem que a mediação é mais uma possível forma de administração de conflitos e de atuação profissional, constitutiva da carreira dos “advogados”; 2) os advogados já estão acostumados com as sessões e seus formatos, o que facilita a sua atuação e permite que sejam menos combativos e mais “colaborativos” nesses espaços, deixando a litigiosidade para os espaços dos “juícios”.

Uma das mediadoras responsáveis pela Direção Nacional de Mediação Argentina, em entrevista, nos revelou algumas impressões sobre a participação dos advogados na mediação. Ela nos explicou que no início, ou seja, há cerca de vinte anos, houve alguma resistência por parte desses profissionais quanto à exigência de uma mediação obrigatória anterior ao ajuizamento da ação, mas que essa resistência vem sendo, paulatinamente, vencida.

Um dos aspectos ressaltados por essa entrevistada foi de que *“aqui, na verdade, vemos que cada vez mais as pessoas vão entendendo que é uma maneira distinta de resolver os conflitos”*. No tocante aos advogados explicou que, no início, estes sentiam que a mediação iria retirar algo que era próprio dessa categoria, já que a mediação pré-judicial pretendia evitar o ajuizamento de ações. Isso aparentava diminuir o campo de atuação desses profissionais. Parecia uma disputa por reserva de mercado, como parece acontecer, na atualidade, no Rio de Janeiro. Explicou que essa percepção foi sendo mitigada com o passar do tempo. Disse que, para que a mediação possa ser introduzida, *“tem que trabalhar os advogados, tem que trabalhar todo o sistema, e tem que ser pouco a pouco”*. Além disso, explicou:

penso que os advogados entenderam que eles não perdem, que eles podem cobrar igual. Podem cobrar honorários. Que podem cobrar antes, que não precisam esperar longos processos. Os processos aqui são longos. É melhor cobrar menos, mas cobrar naquele momento. O cliente fica mais contente... e traz melhores clientes, novos clientes. Ou seja, o trabalho também deve ser feito junto aos advogados para que eles possam entender que para eles é bom e que convençam a seus clientes.

Outra entrevistada explicou que chegou a exercer a profissão de advogada em Buenos Aires. Depois passou a trabalhar como mediadora. Ela disse que:

Hoje a postura dos advogados [em relação à mediação obrigatória] é diferente; foi mudando ao longo do tempo. Os advogados passaram a ajudar os mediadores, auxiliando os clientes a fazerem o acordo. Os advogados mostraram para os clientes que a mediação é um bom caminho.

Uma terceira mediadora privada com quem conversamos disse que:

Nós temos a lei de mediação desde o ano 1996. Estamos quase 20 anos. A princípio, os advogados não queriam e traziam essa lógica dos litígios (“juicio”) à mediação. Hoje, não. Hoje, muitos, quase todos (não todos, mas quase todos os advogados) já sabem a

que vem a mediação. E aceitam a mediação. Então, longe de ser um obstáculo, muitas vezes o advogado é uma ajuda. Mas não são todos os mediadores que vêem assim. Isso depende muito do profissional. Eu penso que um bom advogado que assessorar a pessoa que não sabe de Direito, ele me ajuda, porque eu não posso assessorar a pessoa. Então, um bom advogado não é um obstáculo. O advogado colaborativo é um parceiro.

Foi interessante perceber que, apesar de todos os profissionais aqui considerados serem advogados por formação, eles próprios estabelecem uma distinção entre os papéis que desempenham nas sessões de mediação (mediadores ou advogados dos mediandos) reverberando o discurso de que uma mediação não se confunde com um “juicio”.

Conversamos com uma mediadora que nos disse que deixou a advocacia litigiosa de lado, tão logo decidiu seguir a profissão de mediadora, por entender que os papéis poderiam se confundir e que essa cisão poderia comprometer a sua atividade de mediadora. Igualmente, conversamos com uma advogada de contencioso que nos disse que admira a mediação, submetendo regularmente casos aos centros de mediação e sendo bastante colaborativa, mas que jamais pretende ser mediadora, porque entende que poderia perder sua “veia combativa” ao tratar apenas com a mediação.

É importante lembrar que entrevistamos muito mais mediadoras do que advogados e que essas entrevistadas, que são profissionais da mediação e professoras em faculdades de Direito, nas quais introduziram a mediação como disciplina do currículo de formação acadêmica, certamente tinham um comprometimento diferenciado com a prática da mediação. Ou seja, trata-se de profissionais que têm formação em Direito, já exerceram a advocacia e agora atuam como mediadoras, conduzindo sessões de mediação obrigatórias. Sendo assim, escolheram a mediação no lugar da advocacia contenciosa, variável importante de se considerar na leitura dos dados. No prosseguimento da pesquisa de campo será necessário ampliar essa abordagem, entrevistando outros mediadores, mas também entrevistando advogados. Isso porque, não ficou claro se essas mediadoras assumiram uma postura mais ativista em relação à mediação, apresentando-a como algo positivo porque acreditam e trabalham com esse instrumento, ou se trata efetivamente de algo bem recebido entre os advogados portenhos e os destinatários dos serviços de mediação em Buenos Aires.

Na pesquisa de campo conduzida no Rio de Janeiro, no recorte referente à percepção dos advogados sobre a mediação que foi introduzida no TJERJ, boa parte dos entrevistados mostrou-se receptiva ao uso dessa técnica como medida pré-processual, destacando que sempre é bom tentar evitar a judicialização do conflito. Mas em relação à mediação que acontecia dentro dos processos, chamada de incidental, foi recorrente que esses profissionais a entendiam como verdadeira perda de tempo. Um dos entrevistados disse que “*depois que o conflito chega a um certo ponto, depois que está judicializado, já existe uma inicial, uma*

contestação, o litígio já está muito firme, e não adianta nada tentar conciliar as partes. O que resolve é a sentença". Talvez por essa razão os portenhos tenham optado por uma mediação pré-judicial. O "Novo CPC" Brasileiro caminhou em sentido oposto.

Outro aspecto interessante diz respeito ao dilema que se estabelece quando o mediador é um advogado. Já foi dito que, no TJERJ, o ofício de mediador pode ser exercido por qualquer profissional de nível superior. Assim, observamos em atuação, nos centros de mediação desse Tribunal, antropólogos, artistas, educadores, engenheiros, dentre outros, além de bacharéis em direito e advogados. Essa multidisciplinaridade, também já o dissemos, foi absorvida no modelo do "Novo CPC".

Contudo, esse nunca foi um ponto pacífico. Na realidade, existiu e parece continuar existindo uma disputa, dentro do *campo*, a respeito de quem deveria exercer as funções de mediador, no caso da mediação incidental no Brasil. A Ordem dos Advogados do Brasil vinha sustentando que o mediador, nesse caso, deveria ser um advogado. Mas essa posição recebeu muitas críticas no sentido de que a mediação é, por natureza, um método interdisciplinar, sendo positiva a abertura do campo para novas abordagens. Essa perspectiva é que tem prevalecido.

Nessa medida, pode-se observar que as opções "carioca" e "portenha" sobre a mediação apresentam-se, em alguns aspectos, verdadeiramente cruzadas. No caso brasileiro do TJERJ, a mediação é predominantemente uma atividade judicial, ocorrendo dentro do fórum, frequentemente no âmbito de processos em andamento. A despeito disso, pode ser exercida por uma gama de profissionais de formações variadas, desde que capacitados na mediação. Já em Buenos Aires a mediação aqui tratada, ou seja, a mediação pré-processual obrigatória é uma atividade anterior ao juízo (*juicio*), propositalmente realizada fora dos espaços judiciários. Contudo, somente pode ser conduzida por profissionais com competência jurídica.

Esse é um aspecto que nós estranhamos e que pode ser problematizado. Quando tivemos notícia de que a mediação portenha era extrajudicial, isso nos causou alguma surpresa. E também gerou a expectativa de que, nesse modelo, imperavam a informalidade e as soluções criativas para os conflitos administrados por essa via. No início da pesquisa de campo imaginávamos uma mediação bastante diferenciada em vista do modelo "judiciário" observado no TJERJ.

Contudo, o trabalho de campo revelou que a mediação portenha, além de ser presidida por advogados, também exige a presença dos advogados das partes. Em um dos casos observados, o início da sessão estava bastante atrasado, e ficamos nos perguntando qual seria a razão do atraso, já que, em geral, tudo funcionava com pontualidade. Depois foi explicado que, em

Buenos Aires, a mediação somente pode acontecer quando os advogados das partes estão presentes. A sua presença é a garantia de que um eventual acordo obtido na mediação, devidamente formalizado, gozará de validade jurídica para servir como título executivo, obrigando as partes ao seu cumprimento. Somente nessas condições a mediação pré-judicial portenha parece se confirmar como uma via alternativa ao judiciário, sendo este o fim último da lei que a instituiu: tal como no Brasil, a necessidade de reduzir a quantidade de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário.

Percebemos na pesquisa de campo que, se os advogados de ambas as partes não estiverem bem dispostos e preparados para o “ritmo” de uma sessão de mediação, ela corre o risco de transformar-se em uma verdadeira audiência, inclusive com o exercício do contraditório, isto é, a sustentação de argumentos jurídicos pelos advogados, em nada diferindo de qualquer audiência presidida por um juiz em um processo judicial convencional. Uma mediadora privada nos falou:

Em geral, quase todos os advogados fazem as duas coisas [contencioso e mediação]. Mas já sabem como funciona a mediação e se atentam à formalidade e à informalidade da mediação...e aos dispositivos...e se atentam sobre como fazemos aqui; que é diferente de uma audiência no Tribunal...aqui, tem que defender o cliente para que este não faça nada que o prejudique, mas não tem que atacar o outro. Não é litigioso. Não é contraditório. Pelo menos, não deveria ser.

Com efeito, a participação do advogado, sobretudo na condição de mediador, pode promover a “judicialização” da mediação. Não no sentido desta realizar-se em um espaço judiciário. Mas sim de que as categorias propriamente jurídicas e as decisões baseadas em critérios jurídicos passam a predominar no espaço da mediação que, por natureza, pretenderia viabilizar uma outra lógica na administração do conflito. Alguns pesquisadores que realizaram etnografias sobre a mediação no TJERJ, como por exemplo, RANGEL (2013) e NUNES (2015), relataram o seu estranhamento em relação a certos mediadores, profissionais da advocacia, os quais, em atuação, realizavam verdadeira “advocacia” durante as sessões de mediação.

Isto se traduz não somente pela lógica e prática da *contradicta*, presente no Direito brasileiro e reproduzida pelos advogados assim como pelo vocabulário jurídico por eles empregados, mas pela linguagem corporal que, sem ser acompanhada de palavras ou da prática do contraditório, ainda assim o evoca. Caso deste tipo foi observado em sessão de mediação de conflitos em Vara de Família no Rio de Janeiro, quando o mediador, que era advogado, manifestava impaciência com o tempo da fala dos mediandos, assim como, trajado de terno e gravata, transmitia mensagens caras ao modelo tradicional existente no Brasil, diferentemente dos propósitos da mediação de conflitos. Neste exemplo, as pessoas, ao final de três

encontros, desistiram de dar continuidade à mediação e decidiram transferir para o juiz a resolução do conflito que os envolvia.

Talvez em razão de situações como esta, há quem defenda que o espaço da mediação não deveria ser preenchido por advogados. No TJERJ, a percepção que predomina é de que os advogados das partes não deveriam participar da sessão, à qual, preferencialmente, somente teriam acesso os mediandos e os mediadores. Embora não exista um consenso a respeito, esse parece ser o entendimento predominante sobre o assunto naquela Corte de Justiça. Isso é ilustrado pelo seguinte aviso que está preso no quadro mural, na recepção do Centro de Mediação do Fórum da Capital: “Senhores Advogados. Aviso: é facultado aos senhores a presença na sala de mediação, observando-se o desejo das partes”.

À primeira vista, parece uma permissão. Todavia, entendemos que se tratava de uma advertência. Se tal acesso estivesse mesmo franqueado aos advogados, não seria necessária a existência do aviso já que, estando a parte em juízo numa ação cível, é obrigatório que se faça assistir por advogado. RANGEL (2013) também constatou que nem todos os mediadores enxergam de forma positiva a participação desses profissionais nas sessões.

Em Buenos Aires, vivenciamos uma sessão de mediação muito interessante, na qual se discutia uma indenização devida por uma seguradora. A advogada da seguradora tinha um perfil bastante conflituoso e demonstrou total desinteresse em realizar a mediação, esclarecendo que estava ali apenas para “*pegar a ata*” e ir a “*juicio*”. A outra advogada, que de início estava interessada no acordo, demonstrou posterior descaso pela mediação, que logo se encerrou. Terminada a sessão, conversamos com a mediadora, que nos pareceu muito frustrada ao dizer que queria ter tido uma postura mais convincente, para tentar demonstrar a importância de mediação, que, segundo ela, ia muito além de “*dar-lhes a ata que permitiria a judicialização do conflito*”, podendo possibilitar a imediata realização do acordo e a solução do problema.

Conversando sobre o papel das advogadas, ela disse, em tradução livre: “*com esse perfil de ‘juicio’, não tínhamos mesmo como chegarmos à mediação. As advogadas eram muito ‘de juicio’*”. E questionamos: mas, o que significa ser “*de juicio*”. E ela disse: “*não ser colaborativo... querer brigar...ser combativo...não ouvir...querer mostrar para o cliente que conhece leis, que conhece normas, que conhece a jurisprudência...*”.

Verificamos que, aqui e lá, o perfil do litúgio acaba dificultando e que, certamente, mediar e litigar são termos antagônicos, embora lá esse antagonismo tenha uma representação e aqui, outra. Lá, a parceria parece estar mais consolidada e aqui, ainda incipiente.

5. Considerações Finais

No Brasil, a mediação vem sendo estimulada pelos Tribunais e realizada geralmente no próprio âmbito judicial, muitas vezes após a propositura da demanda inicial e, em alguns casos, quando já contestada a ação (na prática atual do TJERJ). Soma-se a isso o fato de que o procedimento de mediação realizado dentro do fórum parece conferir um formalismo indesejado a um procedimento que deveria ser simples e informal.

A percepção que o público em geral tem das repartições do Poder Judiciário é de que se trata de um ambiente austero, distante e incompreensível, por vezes até mesmo hostil. Muito difícil se torna, para esse mesmo público, distinguir entre o papel do juiz e o do mediador. Ambos não seriam autoridades judiciárias e teriam poder de decisão dentro do mesmo prédio, o fórum?

Enquanto isso, na Argentina a regulamentação legal da mediação já tem quase 20 anos, e dispõe que tal instituto é uma fase obrigatória pré-processual, ou seja, anterior a qualquer tipo de judicialização do litígio. Em Buenos Aires foi possível perceber que a mediação é realizada sempre fora do âmbito judicial, preferencialmente feita por mediadores privados, que são advogados, em seus escritórios, e também em instituições públicas que prestam esse serviço de forma graciosa.

A mediação realizada fora do espaço físico do Poder Judiciário parece colaborar para uma maior informalidade, alimentando também a percepção de que o mediador possui funções totalmente diversas do juiz e que as partes estão ali para tentar chegar a um entendimento, às vezes registrado em um acordo, sem que seja determinado por um terceiro o que cada uma deverá cumprir. Essa nuance foi bem ressaltada por nossos interlocutores argentinos quando, a todo momento, insistiam na distinção entre a mediação e o juízo.

Outra reflexão a ser feita com relação à utilização da mediação em ambos os países é a questão da função dos advogados. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a mediação é feita no âmbito do Tribunal, mas os mediadores não têm obrigatoriamente, formação jurídica. Podem ser pessoas com formação superior em qualquer área que tenham concluído o curso de mediação. Esse detalhe parece reafirmar a característica multidisciplinar desse método. Já em Buenos Aires, a mediação é feita em espaços extrajudiciais, mas os mediadores são obrigatoriamente advogados, que devem ter dois anos de formados em Direito e serem aprovados na prova para o Registro de Mediadores.

Sendo assim, questiona-se qual é a fronteira que delimita o que é judicial e o que é extrajudicial, e ainda, simultaneamente, o que pode ser considerado formal ou informal, no contexto deste trabalho. O fato de em Buenos Aires a mediação ser feita fora do Tribunal, mas ter mediadores advogados, faz dela menos judicial que no Rio de Janeiro? Qual dos dois modelos asseguraria maiores êxitos para a mediação e espaço propício e estimulante para as soluções consensuais?

Na verdade, não se pode realizar um julgamento de valores, dizendo qual modelo é melhor ou pior. Pretendemos investigar as práticas de mediação que existem no Rio de Janeiro e em Buenos Aires e chegamos à conclusão de que são espaços diferentes, em que práticas diferenciadas podem ter seu espaço. Cada qual no seu momento e no seu lugar, gerando até mesmo reflexões para o aperfeiçoamento da utilização da mediação no Brasil.

6. Referências Bibliográficas

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa – A Humanização do Sistema Processual como Forma de Realização dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2009.

ARGENTINA. *Ley nº 24.573 de 1996 – Establécese la mediación y conciliación previa a todo juicio*. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em 02.03.2015.

_____. *Ley nº 26.589 de 2010 - Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales*. Disponível em<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 02.03.2015.

BOURDIEU, P. *A Economia das trocas simbólicas*, Sérgio Miceli (org.), 3ª. Edição, São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *A Economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: EDUSP, 1996.

BRAGA, Ana Livia Figueiredo; ALECRIM, Kennedy Gomes de. *A Mediação*. In: BOMFIM, Ana Paulo Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. MESCS – Manual de

Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.53-68.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas*. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 02.06.2015.

_____. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010*. Disponível em <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em 02.03.2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Saraiva. 2014.

_____. *Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018_/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18.03.2015.

_____. *Lei nº 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 25.07.2015.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación – Diseño de una Práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. 2014. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. *Disposições Gerais sobre a Mediação Civil*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa”. In *O saber local. Novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis, Vozes, 1998.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados*. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 2011, v. 4, pp. 97-122.

NUNES, Valter Eduardo Bonanni. *Jurisdição e Consenso: o papel da emoção, dos sentimentos e da razão no estudo das formas de abordagem e processamento dos conflitos e da normatividade a partir de pesquisa interdisciplinar de base empírica da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos no âmbito do Poder Judiciário*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2015.

RANGEL, Victor Cesar Torres de Mello. *“Nem tudo é Mediável”. A Invisibilidade dos Conflitos Religiosos e as Formas de Administração de Conflitos (Mediação e Conciliação) no Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Atos Normativos atinentes à Mediação de Conflitos*. Disponível em <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2014.

Luiz Antônio Bogo Chies⁸⁷
Filipe Blank Uarthe⁸⁸
Rodrigo Gonçalves da Silva⁸⁹

Resumo:

A pesquisa aborda a tensão entre perspectivas civilizatórias da proteção social e práticas potencializadoras de segregação e exclusão, ambas mediadas pela atuação de instâncias judiciais. O corpus de análise se constitui de decisões prolatadas nos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF) brasileiros, no período janeiro de 2007 a dezembro de 2012, versando sobre o critério “baixa renda” como requisito para a concessão do instituto previdenciário do Auxílio-Reclusão. Trata-se de ponto de divergência jurisprudencial aparentemente superado (em face de decisão do Supremo Tribunal Federal [STF] em 2009) mas revelador de conteúdos argumentativos e retóricos, bem como de dinâmicas institucionais que evidenciam limites e possibilidades do Poder Judiciário em contribuir com uma cultura jurídica democrática e humano-dignificante. Como referenciais privilegiou a Teoria da Argumentação Jurídica (Luiz Alberto Warat), as perspectivas da sociologia do Campo Jurídico (Pierre Bourdieu) e as noções de regulação e emancipação (Boaventura de Sousa Santos). Os resultados preliminares já permitem se reconhecer, entre outras emergências, fragilizações na capacidade das instâncias judiciais efetivarem tutelas sustentadas no princípio da solidariedade social. Tais fragilizações criam perversas armadilhas, dentre as quais uma cruel compaixão, que transmuta direito em caridade.

Palavras Chave: Auxílio-Reclusão; Representações Judiciais; Sensibilidades Jurídicas; Proteção social; questão penitenciária.

Resumen:

La investigación se ocupa de la tensión entre las perspectivas civilizadoras de la protección social y las prácticas de segregación y exclusión, cuando mediadas por la acción de los órganos judiciales. El corpus de análisis se compone de las sentencias dictadas en los cinco Tribunales Regionales Federales (TRF) brasileños en el período de enero 2007 a diciembre 2012, que trata del criterio de "bajos ingresos" como requisito para la concesión de prestaciones de seguridad social en situaciones de encarcelamiento. A través del análisis de la divergencia jurisprudencial se investigan las prácticas argumentativas e institucionales que revelan los límites y posibilidades de los tribunales para contribuir a una cultura jurídica democrática y la dignidad humana. Los resultados preliminares ya permiten reconocer dificultades de los órganos judiciales en tutelar el principio de la solidaridad social.

Palabras-clave: Ayuda-prisión; Representaciones judiciales; Sensibilidad jurídica; protección social; Cuestión penitenciaria

Abstract:

The research is focused on the tension between the civilizing perspectives of social protection and segregation and exclusion practices when mediated by the action of the courts. They are studied judgments of the five Regional Federal Courts (TRF) Brazil, from January 2007 to December 2012, about the criterion of "low-income" as a condition for the granting of social security benefits in prison situations. Through jurisprudential divergence argumentative and institutional practices are observed revealing the limits and possibilities of the courts to contribute to a democratic legal culture and human dignity. The preliminary results allow us to recognize the difficulties of the judicial system to protect the principle of social solidarity.

Keywords – Imprisonment-relief; judicial reasoning; legal sensibility; social protection; Prison question

⁸⁷ Doutor em Sociologia (UFRGS), doutor em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidad Del Museo Social Argentino, professor adjunto da Universidade Católica de Pelotas e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Política Social da PUC - Pelotas – e-mail: labchies@uol.com.br

⁸⁸ Graduando em Direito (UCPel), bolsista de Iniciação Científica (FAPERGS) – e-mail: fuuarthe@gmail.com

⁸⁹ Graduando em Direito (UCPel), bolsista de Iniciação Científica (Capes) – e-mail: roguigui1@hotmail.com

Introdução

Cabe registrar que este trabalho tem origem no projeto de pesquisa “Argumentações judiciais no Auxílio-Reclusão: regulação e emancipação na proteção social”, desenvolvido pelos autores (o primeiro na condição de docente e pesquisador e os demais na condição de Voluntários de Iniciação Científica) junto com o Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais Penitenciários – GITEP – da Universidade Católica de Pelotas (UCPel – RS – Brasil). No âmbito institucional, o grupo também está vinculado à linha de pesquisa “Cidadania, proteção social e acesso à justiça”, do Programa de Pós-Graduação em Política Social.

Trata-se de uma pesquisa cujos dados ainda se encontram em análise, o que impacta na densidade deste texto, motivo pelo qual sua estrutura se constitui na apresentação da pesquisa e de algumas análises já desenvolvidas e resultados parciais obtidos. Também procuraremos indicar tendências que merecem maiores aprofundamentos no tratamento do material empírico e registrar achados que estão nos permitindo realizar preliminares inferências e vislumbrar novos e necessários sentidos de pesquisa.

Apresentação da pesquisa

A construção da presente pesquisa se situa na intersecção dos campos temáticos da Proteção Social e da Sociologia da Administração da Justiça (Santos, 1989), abarcando ainda perspectivas da Teoria da Argumentação Jurídica, desenvolvida por Luiz Alberto Warat (1994), e das dinâmicas do Campo Jurídico, no sentido de Pierre Bourdieu (2003).

Seu objeto de pesquisa se constrói através de uma tessitura complexa que – em permanente tensão de seus elementos – faz convergir tanto as perspectivas humano-dignificantes e civilizatórias da proteção social, concebida como “uma condição de possibilidade para construir [...] uma sociedade de semelhantes: um tipo de formação social na qual ninguém está excluído” (Castel, 2011, p.117; traduzi), como as de liquefação dos vínculos e compromissos sociais, condições contemporâneas de potencialização de práticas de segregação e exclusão social.

Como material empírico estão sendo analisadas decisões judiciais. Adota-se como premissa que a atuação das instâncias judiciais, em especial através das atividades hermenêuticas, argumentativas e decisórias dos magistrados, é uma fonte privilegiada de produção e difusão de cultura jurídica, capaz, então, de fortalecer ou degradar as antagônicas perspectivas citadas.

Para compor a tensão inclusão-exclusão, proteção-segregação, escolhemos abordar um ponto de divergência jurisprudencial (aparentemente já superado, mas nem por isso menos válido de análise) acerca da operacionalização do instituto previdenciário Auxílio-Reclusão.

Este, em sua configuração atual como instituto da Previdência Social, componente do Sistema de Seguridade Social brasileira, tem sua positivação e caracterização legal básica no inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal de 1988 (CF 1988)⁹⁰ e suas regras gerais de operacionalização na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99, sendo devido “nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.” (BRASIL, 1991, art. 80).

Sob um primeiro aspecto, a escolha do Auxílio-Reclusão como um dos elementos a compor o objeto da pesquisa decorreu do reconhecimento de que ele se constitui como um inusitado, mas significativo e civilizado, instrumento de proteção social-includente – já que se destina aos dependentes de um indivíduo sobre o qual recai o estigma da criminalidade e da prisão – mas que, por este mesmo motivo, é alvo de grande repulsa social e vulnerável a ataques que visam, quando não sua eliminação do sistema de Seguridade Social brasileiro, ao menos a ampliação das restrições ao seu acesso, como já demonstrado em outros estudos (Chies; Passos, 2012).

A segunda justificativa para a escolha desse instituto decorre de uma alteração produzida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998. Antes desta, o Auxílio-Reclusão era devido, de acordo com os requisitos legais, aos dependentes de todo e qualquer segurado da Previdência Social; após a Emenda, o direito de acessá-lo passa a ser condicionado pelo critério de “baixa renda” – em situação análoga ao instituto do salário-família – fator que, na sua especificidade, produziu significativa barreira à proteção social.

A restrição promovida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998 – motivada significativamente pelo desejo de serem atendidas demandas de contenção de gastos no setor da Previdência Social e, no caso específico, ainda com a vantagem de ínfimos custos e desgastes políticos, haja vista o estigma da população atingida (Dantas; Rodrigues, 2009) – acabou desencadeando uma divergência jurisprudencial através da qual se dividiram os magistrados,

⁹⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

...

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

... (BRASIL, 1988)

quando de suas decisões: por um lado aqueles que adotaram como critério balizador do limite de “baixa renda” aquela auferida pelo segurado; por outro, aqueles que entendiam que o critério se balizava pela renda auferida pelos seus dependentes, então reais beneficiários do Auxílio-Reclusão.

O embate entre as correntes jurisprudenciais avançou até a corte suprema brasileira. Em março de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo a matéria por meio de dois Recursos Extraordinários (REs 587365 e 486413), por sete votos contra três, consolidou (inclusive com efeito de repercussão geral) a interpretação de que é a renda do segurado (do preso) que deve ser considerada para a concessão do Auxílio-Reclusão.

Não obstante a decisão do STF, foi o contexto dessa divergência jurisprudencial que enfeixou a tessitura complexa que compõe o objeto dessa pesquisa, haja vista que, instigados pelos termos e argumentos da decisão da Suprema Corte – os quais nos sugerem uma resposta técnica contrária a princípios Constitucionais superiores consagrados na sociedade brasileira – promovemos uma análise exploratória (e aleatória) de decisões judiciais anteriores a 2009. Estas demonstram que as diferentes posições adotadas pelos magistrados em suas sentenças/acórdãos (renda do segurado ou renda dos dependentes), ainda que na totalidade fundamentadas no âmbito dos preceitos normativos e da retórica jurídica, constituem-se em interpretações, representações (argumentações) que se matizam através de polarizações de uma ordem jurídica de ampliação cidadã da proteção social e uma ordem jurídica regulatória de hierarquizações e segregações excludentes, precarizantes da cidadania.

A partir dessa tessitura, a pesquisa se direcionou a identificar os discursos (argumentos) jurídicos, produzidos pelos magistrados, que se consubstanciam nas demandas de acesso ao Auxílio-Reclusão, com ênfase no debate acerca da renda balizadora do limite de acesso ao mesmo, com vista a analisar condições (potências e limites) do Poder Judiciário em contribuir com uma cultura jurídica democrática e humano-dignificante.

Aspectos Metodológicos

Em sua perspectiva metodológica, a pesquisa se está dinamizando em quatro etapas, além dos procedimentos comuns de revisão bibliográfica sobre os tópicos de interesse do seu objeto.

Na primeira foram coletadas, junto aos cinco Tribunais Regionais Federais (ver QUADRO 1 e FIGURA 1), as decisões judiciais com foco no objeto da pesquisa. O banco de dados foi criado a partir do acesso à área de Jurisprudência dos sites dos Tribunais, sendo utilizado para a busca o termo-chave “Auxílio-Reclusão”. Foram armazenadas decisões no recorte temporal

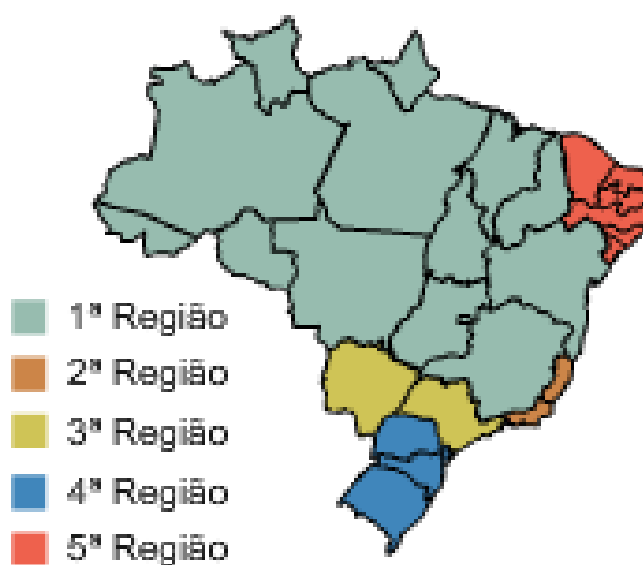
de janeiro de 2007 a dezembro de 2012, o qual se considerou favorecer que a decisão do STF, de 2009, fosse considerada como um marco médio do material empírico a ser analisado.

QUADRO 1 - Justiça Federal: organização das regiões jurisdicionais dos Tribunais (segunda instância)

Tribunal	Região jurisdicional
TRF 1ª Região	Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins
TRF 2ª Região	Espírito Santo e Rio de Janeiro
TRF 3ª Região	Mato Grosso do Sul e São Paulo
TRF 4ª Região	Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina
TRF 5ª Região	Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe

Fonte: Justiça Federal (site: <http://www.jf.jus.br/conheca-a-jf>), 2015

FIGURA 1 - Justiça Federal: mapa da organização das regiões jurisdicionais dos Tribunais (segunda instância)



Fonte: Justiça Federal (site: <http://www.jf.jus.br/conheca-a-jf>), 2015

Do conjunto de decisões coletadas a partir da amplitude do termo-chave “Auxílio-reclusão”, foram filtradas na segunda etapa aquelas que, através da leitura das ementas disponíveis, indicaram conexão com o tópico de dissenso foco da pesquisa, ou seja, a origem da renda

(segurado ou dependentes) que serve como balizador do limite de acesso ao instituto, constituindo-se, assim, o *corpus* de análise.

A análise das decisões se está constituindo como a terceira etapa (a qual ainda se encontra em andamento) e que será seguida da discussão e da apresentação dos resultados (quarta etapa).

Na perspectiva da análise dos conteúdos argumentativos das decisões, propomos utilizar como principal balizamento duas categorias “a priori”, sem que isso restrinja a emergência de outras, ou mesmo a matização daquelas.

Tais categorias se estruturam a partir das noções de conhecimento-regulação e conhecimento-emancipação, desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos (1991).

Para ele:

Todo conhecimento implica uma trajectória, uma progressão de um estado A, designado por ignorância, para um estado ou momento B, designado por saber. As formas de conhecimento distinguem-se pelo modo como caracterizam os dois estados ou momentos e a trajectória que conduz de um ao outro. (1991, p.9).

De modo análogo, podemos considerar que na dinâmica judiciária existe uma trajetória entre um momento de demanda *versus* contrariedade à demanda e um momento de decisão, o qual é permeado pela argumentação.

Voltando a Santos: “O conhecimento-emancipação é um trajectória ou progressão entre um estado de ignorância, que designo por colonialismo, e um estado de saber, que designo por solidariedade.” (1991, p.9), enquanto o “conhecimento-regulação é uma trajectória ou progressão entre um estado de ignorância que designo por caos e um estado de saber que designo por disciplina” (1991, p.10).

Para a formulação das categorias “a priori” entendemos mais importante enfatizar o segundo momento da trajetória, uma vez que a característica de litígio judicial permite comportar tanto a noção de caos como a de colonialismo, sendo, então, mais relevante se analisar o conteúdo do processo argumentativo como produtor de disciplina ou de solidariedade.

Propomos, então, as categorias: “argumentação-regulação” e “argumentação-emancipação”. Ambas não se diferenciam por fazer uso de retóricas embasadas nos elementos típicos Direito (leis, doutrina, jurisprudência, etc...), mas sim naquilo que entendem como a tutela prioritária que resulta da operacionalidade do direito nos tribunais.

Na “argumentação-regulação” a retórica argumentativa prioriza decisões que vislumbram a demanda como a ruptura da ordem (caos) estabelecida pela legislação – ressaltada como corpus jurídico de coerências essencialmente técnicas – disciplinando este caos através de decisões mais técnico-dogmáticas. Em relação à “argumentação-emancipação”, a retórica argumentativa, mesmo que não se afaste do tecnicismo jurídico, orienta-se por responder à demanda não apenas como uma oportunidade de disciplinar o caos, mas sim como uma necessidade de ampliar dimensões de solidariedade social.

Por fim, em termos dos procedimentos metodológicos, cabe registrar que a pesquisa está observando – em relação aos critérios éticos e no que se aplica à área das Ciências Humanas e Sociais – as disposições da Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012 do CNS (Conselho Nacional de Saúde). Destaca-se, entretanto, que o material empírico utilizado se trata de decisões públicas, inclusive quanto à identificação dos magistrados prolatadores. Contudo, como não é objetivo fazer comparativos personalizados entre posicionamentos de magistrados, os nomes destes serão registrados apenas para, de forma não identificada, subsidiar as análises.

Os dados e as primeiras análises

A busca inicial produziu uma base de dados contendo 1.034 decisões que, quando filtradas na perspectiva de focalização na divergência jurisprudencial que compõe nosso eixo de estudo, reduziu-se para 481. Em face de não se ter conseguido acessar a íntegra de algumas decisões, o banco de dados se consolidou em 467 casos. O QUADRO 2 apresenta este banco delimitando os números correspondentes a cada Tribunal Regional Federal. Também registra o número de decisões prolatadas antes ou depois do julgamento do STF:

QUADRO 2 – Decisões judiciais coletadas nos Tribunais Regionais Federais – 2007-2012

Tribunal	Número total de decisões coletadas	Número de decisões que remetem a discussões sobre o critério renda	Número de decisões anteriores a decisão do STF.	Número de decisões posteriores a decisão do STF.	Decisões analisadas em profundidade*
TRF-1	33	17	3	14	17
TRF-2	34	24	8	16	23
TRF-3	396	237	50	187	237
TRF-4	477	186	50	136	181
TRF-5	94	17	2	15	16
Totais	1.034	481	113	368	467

Os dados contidos neste quadro já nos permitem algumas reflexões. A primeira nos remete à constatação de que o volume da demanda judicial tende a corresponder à representatividade da população presa em cada região geográfica, em relação à população nacional.

Um segundo aspecto se refere à constatação de que em todos os Tribunais ocorreu um aumento na demanda processual após a decisão do STF. O volume de decisões atinentes ao tema dobrou no TRF-2, ficou no entorno do triplicar nos TRF-3 e 4, aumentou cinco vezes no TRF-1 e cerca de sete vezes no TRF-5.

Diversos fatores podem ter contribuído para a verificação desse fenômeno, dentre eles a maior visibilidade que o instituto do Auxílio-Reclusão vem tendo nos últimos anos, ou mesmo o fato de que a decisão do STF permitiu um descarregar dos casos que, então referentes a essa temática, estavam represados nas estratégias do gerenciamento de processos dos tribunais.

Não obstante a plausibilidade dessas hipóteses, as quais merecem estudos mais aprofundados, é também válida aqui a inferência – que nos é permitida pelos números – de que a negação sistemática de direitos é um forte impulsionador da demanda judicial, fato que não é novidade em face do fenômeno da judicialização das políticas sociais, mas que aqui se reveste de peculiaridades, uma vez que o judiciário então revela se converter num espaço mais de denegação do que de tutela de direitos (como veremos adiante).

Avançando-se para aspectos substanciais das decisões, ainda que não apresentados de forma explícita no QUADRO 2, já se fazem aqui importantes alguns comentários.

Significativas peculiaridades temáticas de demandas foram identificadas: no TRF-3, por exemplo, cujo volume de decisões é capitaneado por São Paulo, foi relevante o número de decisões que envolveram demandantes que foram presos em situação de desemprego, situação que revelou específicas interpretações acerca da amplitude do instituto do auxílio-reclusão; nos TRF-1 e 5 foram significativas as demandas de trabalhadores rurais, buscando a comprovação dessa condição para fazerem jus, então, ao auxílio-reclusão na condição de segurados especiais. O TRF-2 (Rio de Janeiro e Espírito Santo) apresentou um representativo número de demandas envolvendo funcionários públicos; enquanto no TRF-4 caracterizou-se como o mais eclético em termos do conjunto dos casos.

Tais significâncias – que também estão a exigir estudos mais aprofundados para que possam ser compreendidas em profundidade – já se apresentam aqui como contributivas para desvelar as próprias peculiaridades regionais que se conjugam aos padrões gerais da seletividade do sistema punitivo. A vulnerabilidade provocada pela condição do desemprego (como verificado no conjunto das demandas oriundas de São Paulo) ou a precariedade dos trabalhadores rurais, enquanto titulares de direitos previdenciários em determinadas regiões do país, são percepções permitidas pelos dados e que reforçam a necessidade de não se produzir um olhar simplificador sobre o fenômeno da criminalidade e da punição.

O QUADRO 3 parte dos dados referentes às decisões analisadas em cada Tribunal para, agora, dividi-las segundo a adesão do critério adotado para a verificação do limite de renda: se a do segurado preso, ou a dos dependentes deste. No Quadro, a divisão ainda leva em consideração as decisões terem sido prolatadas antes ou depois da decisão do STF:

QUADRO 3 – Decisões Judiciais analisadas: por Tribunal de origem, época do julgamento e posicionamento adotado – 2007-2012

Tribunal	Número total de decisões analisadas	Número de decisões anteriores a decisão do STF			Número de decisões posteriores a decisão do STF.		
		Total	Adotam critério da renda do segurado	Adotam critério da renda dos dependentes	Total	Adotam critério da renda do segurado	Adotam critério da renda dos dependentes
TRF-1	17	4	3	1	13	11	2
TRF-2	23	15*	7	7	8	3	5
TRF-3	237	50	13	37	187	181	6
TRF-4	181	50*	0	49	131	131	0
TRF-5	16	2	0	2	14	13	1

Fonte: Pesquisa nos sites dos TRFs, 2014

* Nota: registro de decisões que, por outras questões, não manifestaram posicionamento sobre a divergência.

A mais imediata e contundente percepção viabilizada pelos dados é a de que a decisão do STF atua como um marco de inversão da tendência majoritária da jurisprudência em reconhecer a renda dos segurados como o critério adequado de aferição do requisito de acesso ao instituto. Antes da decisão do STF, tal critério foi o utilizado na totalidade das demandas do TRF-5 e do TRF-4, em mais de 2/3 das do TRF-3, na metade das do TRF-2. Destoa apenas o TRF-1, com 1/4 das decisões (que são um total de apenas quatro) adotando o critério da renda dos dependentes.

Após a decisão do STF a inversão leva quatro dos cinco tribunais a julgarem a quase totalidade das demandas, senão totalidade delas, através da adesão ao critério da renda do segurado preso como o parâmetro para a limitação da baixa renda. A exceção é o TRF-2, que no total de oito casos, confere pequena margem de “vitória” (cinco casos) ao critério renda dos segurados.

É indubitável que o instituto da “Repercussão Geral”, como elemento jurídico-processual nos recursos extraordinários ao STF, bem como através de seus efeitos quase vinculantes, é o direto, técnico e sistêmico motivador da inversão do quadro⁹¹.

Contudo, se do ponto de vista técnico-jurídico a análise se simplifica – afinal, o instituto da Repercussão Geral “suruiu com a chegada da Reforma do Judiciário, pela Emenda Constitucional nº 45/2004,[...] [para] contribuir para melhorar a organização e a racionalidade dos trabalhos do Tribunal [STF]. [...] [Eis que] apresenta o chamado efeito multiplicador, ou

⁹¹ No período correspondente à delimitação temporal das decisões coletadas (janeiro de 2007 a dezembro de 2012) o instituto da Repercussão Geral estava regulado nos artigos 543-A e B do então vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). O instituto passou a incorporar tal Código através das alterações introduzidas pela Lei nº 11.418, de 2006. No ano de 2015 novo Código de Processo Civil foi promulgado, alterando aspectos referentes à Repercussão Geral. Não obstante isso, reproduzimos abaixo os artigos conforme o Código anterior, não só porque vigentes no período em que foram prolatadas as decisões analisadas, mas, também, porque suficientes para o entendimento necessário às discussões desse artigo:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (BRASIL, 1973)

seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida” (STF, 2010) – sob a perspectiva sociopolítico-judiciária tal abre importantes pontos de reflexão, menos atinentes ao técnico-jurídico e mais aos elementos estruturados e simbólicos do campo jurídico.

Sem ainda se aprofundar a análise aos aspectos substanciais das decisões, o que se destaca é que a decisão do STF, em sentido absolutamente divergente do crescente entendimento Jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais, elimina por sua força simbólica – representada pela capitalização simbólica da hierarquia e viabilizada pela instrumentalização do instituto da Repercussão Geral – o profícuo debate judiciário instaurado entre “jurisdição-regulação” e “jurisdição-emancipação”.

Tratamos aqui como algo que se produz através de uma força simbólica, a qual não deixa de ser recepcionada na dinâmica das estratégias de capitalização dos magistrados dos Tribunais, especialmente porque em rigor o instituto da Repercussão Geral não possui o estrito efeito vinculante, contudo, em algo que é quase tão forte como aquele, possui efeitos (e forças) persuasivos especiais, como se verifica no exemplificativo caso a seguir descrito.

Em decisão referente a uma apelação, datada de 9 de abril de 2007, no processo AC-2005.03.99.040907-3/SP, a julgadora M.S. decide por manter a concessão do Auxílio-Reclusão com base no entendimento de que sua limitação é referente à renda dos dependentes. Consigna ela: “Trata-se, em suma, de proteção social dada ao dependente, não fazendo sentido que, para tanto, tome-se a renda do segurado”. Em 08 de março de 2010, por força do disposto no parágrafo 3º do artigo 543-B do CPC⁹², a julgadora lança nova decisão ao caso, agora registrando: “Dessa forma, curvando-me ao entendimento firmado pelo STF, tenho que a autora não faz jus à concessão do benefício postulado”.

Primeiros achados acerca dos conteúdos regulação e emancipação:

Debruçando-nos sobre a análise substancial das decisões, elaboramos, como já mencionado, o par básico de categorias – “jurisdição-regulação” e “jurisdição-emancipação”.

⁹² Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

...

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

... (BRASIL, 1973)

Na categoria jurisdição-regulação o percurso entre os pontos A e B, permeado pela atividade argumentativa e decisória do magistrado, é um trânsito entre o estado de caos para o da disciplina, da ordem. O caos – como desordem, confusão, incerteza, aleatoriedade, instabilidade – pode ser representado tanto por situações não reguladas pela lei (caos original), como naquelas nas quais a lei foi violada ou, ainda, nas em que se questiona serem ou não reguladas ou tuteladas, como direito, por uma ordem normativa (caos operacional). No caso desse estudo, o caos é o tensionamento acerca da lei: *se, e como, é aplicada?; qual a sua abrangência?*. A disciplina, frente à incerteza gerada pelo questionamento, à instabilidade acerca dos parâmetros e dos critérios, representa uma volta à observância da lei, um retorno à ordem.

Cinco linhas de argumentação presentes nas decisões analisadas são representativas de “jurisdição-regulação”. Duas assumem características de hermenêuticas focalizadas em aspectos sistemáticos e sintáticos do ordenamento jurídico, outras duas são exemplos de argumentações que deturpam ou se aproveitam da própria natureza do instituto, e a última representa a força da hierarquia da estrutura judiciária.

Na mais frequente do primeiro conjunto, o caos se resolve através de uma hermenêutica que vislumbra as disposições legais de semelhança entre o auxílio-reclusão e a pensão por morte como o elemento capaz de disciplinar a caótica indisciplina que o questionamento/tensionamento representa.

Já a categoria “jurisdição-emancipação” foi construída com a perspectiva de se identificar nas decisões argumentações compatíveis com princípios, fundamentos e objetivos que – ditos estruturantes da sociedade brasileira – se traduzam como expressões de constituição não só de um Estado e, ou, um mercado, mas, sobretudo, de uma comunidade nacional.

Nesse sentido, a categoria tem especial conexão com os elementos destacados por Santos (1991) como relacionados ao princípio da Comunidade, ou seja, participação, solidariedade e prazer, bem como com a transição da situação de colonização à solidariedade. Conecta-se, então, de forma privilegiada com a perspectiva da “dignidade da pessoa humana” (fundamento da República Federativa do Brasil, conforme inciso III do artigo 1º da CF), e da constituição de uma “sociedade livre, justa e solidária”, na qual se tenha erradicado “a pobreza e a marginalização e reduzir[do] as desigualdades sociais e regionais” (objetivos fundamentais do Brasil,. Conf. Art. 3º, I e III).

Em rigor, tal densidade de argumentação só foi identificada numa única decisão e no voto vencido de uma desembargadora do TRF-2 (M.H.C). Dentre todas as decisões analisadas, esta (AC – 2004.51.01.526877-1 – RJ) foi a que, de forma quase isolada, produziu o mais intenso debate e no qual se inseriu o princípio constitucional da solidariedade em seus termos.

Não obstante, como mencionamos, a “argumentação-emancipatória” resultou vencida, e o conteúdo do voto do Relator (M.L.T.) é exemplificativo de uma retórica regulação que, mesmo admitindo que os direitos sociais prestacionais mínimos – que se encontram “legitimados no valor de liberdade (...) (...), principalmente na dignidade da pessoa humana, e que formam um núcleo essencial intimamente ligado aos direitos individuais, sem os quais o ser humano não consegue exercer sua autonomia” – estão incluídos, na condição de cláusulas pétreas, na proteção de imutabilidade constitucional., tal não se aplica ao Auxílio-Reclusão:

Ocorre que, na fixação da conformação da previdência social mínima, dotada de caráter fundamental, que seria protegida por cláusula pétrea, não vislumbro a inclusão do auxílio reclusão. (...) (...) E a prisão não deve servir como risco social a ser protegido com a oneração da sociedade e do Estado. Se foi cometido ato ilícito merecedor de aplicação de sanção privativa da liberdade ao segurado, a família deve merecer a proteção estatal de assistência, se for o caso.

Com efeito, mesmo enquanto perdurou a predominância da corrente jurisprudencial que entendia ser o critério limitador da “baixa renda” vinculado à auferida pelos dependentes do segurado, as decisões se constituíam menos numa “argumentação-emancipação” e mais numa “argumentação-assistencialismo” (uma categoria emergente nessa pesquisa), a qual conjuga a retórica jurídica e as perspectivas sistêmicas, semânticas e sintáticas do ordenamento jurídico com a ética do assistir os vulneráveis e desfavorecidos, mais, então, objetos de assistência do que sujeitos de direito.

Enquadra-se esta tendência na observação de Bourdieu:

O cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares. É isto que explica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la. (2033, p.219)

Há que se registrar, entretanto, que o curso do debate evidenciado na divergência jurisprudencial, sobretudo antes da decisão do STF, em 2009, permite-nos identificar duas dinâmicas que se desenvolvem em paralelo: tanto uma gradual qualificação das

argumentações, quanto a prática da reprodução – quase mecânica – dos conteúdos desenvolvidos em decisões anteriores (o que, numa linguagem mais coloquial, denomina-se como “copia e cola” ou “Ctrl C – Ctrl V”, pensando-se na operação que se faz através dos teclados de computador).

Ainda que as operações “Ctrl C – Ctrl V” sejam predominantes na formulação das decisões – o que precariza o avanço do debate – não se deixa de perceber um desenvolvimento gradual, paulatino na qualidade do mesmo. Este, como já mencionamos, é abruptamente impactado, e quase totalmente interrompido, com a decisão do STF.

Malabarismos e os riscos da cruel compaixão

Dentre esses primeiros achados da pesquisa, um que de forma mais destacada já nos permitimos registrar, mesmo nessa fase (ainda de análise dos dados), é o que vimos trabalhando sob a instigação de uma metáfora de malabarismo e cruel compaixão.

A força hierárquica e simbólica da decisão do STF, inclusive com o efeito técnico-jurídico da “Repercussão Geral”, não impediu que significativo número de magistrados mantenham a perspectiva de uma faixa de acesso mais ampla do Auxílio-Reclusão. Contudo, isso vem desenvolvendo-se num aguçamento das “argumentações-assistencialismo”, através de alguns malabarismos retóricos, os quais têm conduzido aquilo que deveria ser uma tutela jurisdicional de direitos a exercícios que beiram à cruel compaixão. Caso exemplar é o que relataremos a seguir:

Após a decisão do STF alguns julgadores vêm admitindo a possibilidade de julgar favorável a demanda pelo Auxílio-Reclusão, mesmo se a renda do segurado supera o limite legal do critério “baixa renda”, quando entendem que este *plus* é em valor irrisório.

Nesse sentido, no dia 12 de maio de 2009, julgando o Agravo de Instrumento nº 2008.03.00.047775-5/SP (TRF-3), o Desembargador Relator (S.N.) assim registra em seu voto:

No que tange à renda auferida pelo recluso, verifica-se que seu último salário-de-contribuição (agosto/2006 - fl. 22) correspondia a R\$770,00, valor pouco acima do limite de R\$710,08 fixado pela Portaria MPS n. 77, de 01.03.2008, que atualizou o montante estabelecido pelo art. 116 do Decreto n. 3.048/99, destinado para aferir a condição econômica da família do recluso.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 587365/SC (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009, DJe de 03.04.2009), firmou entendimento no sentido de que a renda a

ser considerada deve ser a do preso e não a de seus dependentes, sendo que referida decisão tem repercussão geral.

Destarte, considerando que a renda auferida pelo recluso ultrapassa em valor irrisório o limite fixado pela Portaria acima citada, há que se reconhecer a existência dos requisitos necessários à concessão do auxílio-reclusão, cumprindo esclarecer que o valor do benefício a ser calculado deverá respeitar o teto de R\$710,08.

Prolatada também no dia 12 de maio de 2009, outra decisão do TRF-3, do mesmo Desembargador S.N., agora nos Embargos de Declaração em Reexame Necessário Cível nº 2002.61.09.007028-6/SP, produz diferente resultado. Registra o Desembargador em seu voto:

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (Recurso Extraordinário nº 587365/SC; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; julgado em 25.03.2009, DJe de 03.04.2009), firmou entendimento no sentido de que para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, previsto nos artigos 201, IV, da Constituição da República e 80 da Lei nº 8.213/91, a renda a ser considerada deve ser a do preso e não a de seus dependentes, sendo que referida decisão tem repercussão geral.

Nessa linha, constatando-se dos autos que o último salário-de-contribuição do recluso, relativo ao mês de novembro de 2000, correspondia a R\$ 415,00, superando o valor fixado na Portaria MPS n. 6.211, de 25.05.2000, equivalente a R\$ 398,48, que atualizou o montante firmado pelo art. 116 do Decreto n. 3.048/99, destinado a aferir a condição econômica da família do recluso, a parte autora não faz jus ao benefício pleiteado, ressaltando que o recolhimento à prisão do segurado se deu em 30.05.2001.

Para favorecer a identificação do que pretendemos demonstrar, elaboramos, com base nos dados presentes nos dois casos citados, o seguinte quadro comparativo:

Quadro 4 – Comparativo de duas decisões do TRF-3

Processo nº	Data da decisão	Relator	Valor da Renda do segurado em R\$	Valor limite do critério de baixa renda em R\$*	Valor da diferença (supera o limite) em R\$	Decisão em relação ao pleito de auxílio-reclusão
2008.03.00.047775-5/SP	12/05/2009	S.N.	770,00	710,08	59,92	Favorável
2002.61.09.007028-6/SP	12/05/2009	S.N.	415,00	398,48	16,52	Desfavorável

Fonte: TRF-3, 2014, elaborado pelos Autores

*Nota: Tais valores se referem ao limite vigente na época da prisão do segurado.

Ou seja – e independente de se buscar aqui resolver o que viabiliza que um mesmo julgador, no mesmo dia, decida de forma tão discrepante – identifica-se na comparação entre os casos que não existe um critério preciso (sequer no que constituiria o *quantum* de uma superação em “valor irrisório”) para decidir de forma favorável ou desfavorável nas demandas judiciais

quando estas se transmutam de tutela de direitos em atos de “caridade”... A demanda que registra a maior diferença entre o limite e a renda obtém sucesso, enquanto a outra demanda, cujo valor de diferença é mais “irrisório” que a anterior, tem o pedido recusado.

Considerações finais

Das análises já realizadas através dessa pesquisa é possível se destacar alguns aspectos na perspectiva das condições (potenciais e limites) do Poder Judiciário em contribuir com uma cultura jurídica democrática e humano-dignificante.

Sob uma primeira perspectiva, o fato de que num contexto de embate, com vistas à ampliação de um Estado Democrático de Direito e de busca da generalização da Cidadania Plena, a atuação judiciária que não respalda esta tendência – restringindo o acesso aos direitos, como no caso da decisão do STF acerca do Auxílio-Reclusão – pode:

- a) provocar uma sobrecarga de demandas judiciais;
- b) através de sua força/poder hierárquica e simbólica paralisar avanços qualitativos nos debates que tensionam a inclusão-exclusão, a proteção-segregação, e a viabilidade de se constituir uma “sociedade livre, justa e solidária”, na qual se tenha erradicado “a pobreza e a marginalização e reduzir[do] as desigualdades sociais e regionais” (objetivos fundamentais do Brasil, conforme nossa Constituição Federal);
- c) conduzir à transmutação da tutela jurisdicional de direitos em exercícios de acríicas caridades, os quais degradam os sujeitos de direitos em beneficiários de assistencialismos e produzem um Estado de cruel compaixão antagônico ao Democrático de Direitos.

Por fim, que as dinâmicas do campo jurídico, no sentido bourdieusiano (2003), ao se evidenciarem através de pesquisas dessa ordem, permitem-nos identificar as suas idiosincrasias e o enfraquecimento do direito como instrumento público de emancipação social, quando, então, potencializa sua capacidade de atuar como recurso legitimador da segregação social.

Referências bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal). 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social. Qué es estar protegido?* Tradução Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manantial, 2011.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; PASSOS, Rodrigo Azevedo. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo, *Textos & Contextos*. v. 11, n. 2, p. 273 - 291, ago./dez. 2012

DANTAS, Emanuel de Araújo; RODRIGUES, Eva Batista de Oliveira. Auxílio-reclusão: uma abordagem conceitual. *Informe de Previdência Social*, v. 21, n. 06, p. 1-13, jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, pp.39-65.

_____, *A transição paradigmática: da regulação à emancipação*. Coimbra: Oficinas do CES, 1991.

STF. *Notícias STF - Conheça melhor o instituto da repercussão geral*. 20 dez 2010.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512>.

Acessado em: 05 out 2015.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito I – Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

Resumo:

As adaptações normativas dos países à Convenção Internacional sobre os direitos da criança (1990) foram suscitando debates, controvérsias e ensaios entre os atores sociais, políticos e judiciários sob como tornar consistentes as mudanças propostas. Este artigo tem o objetivo de contribuir a expor as racionalidades, tensões e disputas entre os atores do campo da criança e do adolescente sob as medidas excepcionais estabelecidas pela lei de proteção integral a criança e ao adolescente no Estado de Santa Fe, Argentina (No 12927/09). Tais medidas têm revertidos nos procedimentos no qual se decreta a perda o suspensão do poder familiar. No caso da pesquisa e no análise dos depoimentos coletados, o estudo reconstrói os argumentos que guiaram o tema tanto no grupo de pais adotantes como no Foro de Infâncias Rosário nos primeiros anos do Sistema de Proteção de Direitos no Estado. Assim, o cuidado torna se hoje uma categoria privilegiada a fim de objetivar os diferentes argumentos sobre as responsabilidades sociais e da família em relação à minoria de idade nos processo administrativos e judiciários. O estudo nota seu ponto de condensação na transformação normativa do ano 2011.

Palavras-chave: Infância; Políticas; Proteção; Direitos; Cuidado

Resumen:

Las adecuaciones normativas de los países a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) fueron suscitando interrogantes, controversias y ensayos entre los actores sociales, políticos y judiciales sobre cómo tornar consistentes las transformaciones propuestas. El artículo tiene como objeto exponer las racionalidades, tensiones y disputas entre los actores del campo de la infancia sobre las medidas excepcionales establecidas por la ley de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Santa Fe, Argentina (N°12.927/09). Dichas medidas consisten en el proceso burocrático a través del cual un infante es separado de su grupo familiar. En este caso, a través del análisis de entrevistas, el trabajo reconstruye los argumentos esgrimidos sobre el tema entre el *Grupo de padres adoptivos y en espera* y el *Foro de Infancias Rosario* en los primeros años de la conformación del Sistema de Protección de Derechos en la provincia. Así, el *cuidado* hoy se torna una categoría privilegiada para objetivar diferentes argumentos sobre las responsabilidades sociales y familiares en relación a la minoría de edad en los procesos administrativos y judiciales. El proceso estudiado muestra su punto de condensación en la modificación normativa a fines del año 2011.

Palabras clave: Infancia; Políticas; Protección; Derechos; Cuidado

Summary:

Regulatory adjustments countries to the International Convention on the Rights of the Child (1989) were raising questions, controversies and trials between social, political and judicial actors on how to render consistent the transformations proposed. The article aims to explain the rationales, tensions and disputes between actors in the field of childhood on exceptional measures established by the law on protection of rights of children and adolescents in the province of Santa Fe, Argentina (No. 12,927 / 09). These measures consist of the bureaucratic process through which an infant is separated from his family. In this case, through the analysis of interviews, work reconstructs the arguments on the subject between the Group of adoptive parents and waiting, and the Forum childhoods Rosario in the early years of the establishment of the System for Protection of Rights in province. Thus, care today becomes a privileged category to objectify different arguments about the social and family responsibilities in relation to the minority in administrative and judicial proceedings. The process studied shows its dew point in the legislative amendment at the end of 2011.

Key words: Childhood; Politics; Rights; Protection; Care

⁹³ Escuela de Trabajo Social. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario. Argentina. Contato: fernandezsil@hotmail.com

Introducción

En los últimos años los trabajos de indagación bibliográfica que recuperan enfoques y objetos del campo de estudios sobre infancia concuerdan en afirmar que su *sedimentación* en la Argentina se ha ido configurando a partir del retorno a la democracia en 1983 y ha adquirido una mayor condensación en la actualidad (Cosse et, al. 2011; Llobet, 2011; Carli, 2011a).

El reconocimiento de derechos específicos a la niñez a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (CIDN en adelante) ha potenciado por un lado, una serie de indagaciones que intentan recuperar la diversidad cultural y la voz de los menores de edad a partir de la participación y la organización de movimientos sociales en América Latina, y por otro aquellas que problematizan las transformaciones burocráticas producidas a través de las adecuaciones normativas de los países a la Convención. En tal caso, como plantea Marre (2013) *agencia y vulnerabilidad* influyen en la forma en que hacemos investigación con y sobre ellos, teniendo en cuenta que niños y niñas desarrollan marcos interpretativos y de interés sobre sí mismos y sobre el mundo que los rodea, al mismo tiempo se encuentran condicionados y a merced de las decisiones de adultos y de los Estados en relación a sus necesidades y cuidado.

Al enfocar la reconfiguración de las políticas públicas destinadas a la niñez a raíz de las sanciones de leyes de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes podemos reconocer una proliferación de estudios vinculados a los derechos de los infantes. Sin ánimos de reconstruir detalladamente el mapa de ubicación de las contribuciones en este campo, es necesario ponderar dos líneas de trabajo que adquieren notable vigencia en la actualidad y pueden considerarse tributarias de dos trayectorias de problematización. Por un lado, el análisis de las mutaciones de las políticas desde el *enfoque de derechos* y por otro, los abordajes que recuperan las disputas de poder, las diversas racionalizaciones y la heterogeneidad de prácticas que suponen plasmar los derechos.

La primera ha cobrado una notable vigencia en los ámbitos académicos y en organismos internacionales. Desde esta perspectiva, los Derechos Humanos son un *programa explícito* que puede guiar las políticas públicas y fortalecer las instituciones democráticas mediante instrumentos políticos de redistribución, ya que la protección social es concebida como condición ciudadana (Abramovich y Pautassi, 2009; Ceccini y Martinez, 2011). Así, es posible examinar las acciones gubernamentales a través del cumplimiento de un núcleo de *obligaciones negativas y positivas* comunes a todas las categorías de derechos que se agrupan en tres niveles: obligaciones de *respetar*, de *proteger* y de *cumplir*. El principio de

universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos confieren a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales el mismo *status*. Por lo tanto, esas obligaciones *requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento* (Abramovich y Courtis 2006). Desde el enfoque señalado Laura Pautassi y Laura Royo (2012) construyen indicadores de derechos humanos en la infancia para medir el bienestar infantil a través del derecho transversal a la alimentación y el cuidado. Otro trabajo significativo es el de Alejandro Morlachetti (2013) quien reconstruye comparativamente los *Sistemas nacionales de protección a la infancia* en toda América Latina para indicar cuanto se acercan o se alejan los diseños a los parámetros de protección integral.

Podemos reconocer en el *enfoque de derechos* en las políticas públicas el mismo rasgo normativo que el de la construcción de los tipos ideales de los paradigmas jurídicos antagónicos, el *Paradigma de la Situación Irregular* y el *Paradigma de la Protección Integral*. Los mismos han intentado explicar las modificaciones del marco de protecciones a la niñez (García Méndez, et.al 1990; Gomez da Costa, 1992; Beloff, 2004). Mientras el primero reconstruye el canal de socialización estigmatizada de niños y niñas pobres devenidos en menores objetos de tutela y la penalización de sus familias, en el segundo se pondera el *interés superior* como orientación de las intervenciones públicas y a las familias como ámbito privilegiado para la crianza. El enfoque paradigmático fue decisivo a la hora de consolidar un campo discursivo que visibilizara las desigualdades hacia la niñez y las necesidades de cambios en las instituciones de protección de la infancia (Fonseca y Cardarello, 2005; Llobet, 2011), sin embargo desde los postulados de la protección integral las indagaciones se convirtieron en ejercicios de evaluación de las prácticas de los agentes gubernamentales para describir cuánto de resabio del viejo paradigma se encontraba vigente (Villalta, 2013a).

En contraposición a los enfoques *englobadores* antes señalados, una serie de investigaciones de raigambre genealógica comienzan a mostrar las disputas de poder y la heterogeneidad de sentidos que habitan las prácticas institucionales con la niñez. La característica común de los trabajos es un *uso* particular de la historia intentando identificar los encadenamientos y modulaciones de ciertas experiencias, argumentaciones y tendencias que permiten la clarividencia del presente (Zapiola, 2006, 2007; Fernández, 2009, 2013; Villalta, 2005, Carli, 2001, 2004, 2005, 2011; Lionetti y Miguez, 2010).

Estos trabajos son tributarios de la gran influencia de los enfoques foucaultianos sobre el poder y la ampliación de las *sociedades disciplinarias* y del interaccionismo simbólico de Goffman que alcanzaron notoriedad durante los años 70 y fueron incorporándose al ámbito académico argentino luego de la recuperación democrática. Ambos mostraban la opresión de

la maquinaria estatal en la vida cotidiana de diferentes grupos sociales subalternos, algunos de ellos viviendo en *instituciones totales*, y el papel desempeñado por el conocimiento en la veridicción y legitimación de rutinas administradas formalmente. Así, fueron recuperados los trabajos de Jacques Donzelot (1979) y Anthony Platt (1988) como fundadores de un campo de análisis de los *complejos tutelares* que atravesaban las orientaciones asistenciales y judiciales con las familias pobres.

Cabe aclarar que a riesgos de caer en la tentación de trasladar las reflexiones sobre los *dispositivos disciplinarios* o de *seguridad* a los ámbitos locales con los mismos resultados que el enfoque paradigmático, es decir partir de un universal y como plantea Foucault (2009:15) *pasarlo por el rallador de la historia* para modularlo o establecer su falta de validez; en este caso, lo que vale la pena es el tipo de interrogación que nos invita a desentrañar cómo el ejercicio del poder es desplegado y las reflexiones que esa práctica de gobierno suscita.⁹⁴

En esta línea se explora la forma en que los derechos de niños y niñas adquieren significaciones particulares en contextos específicos en la actualidad. Las diferentes racionalizaciones, dispositivos diagnósticos del riesgo y cómo las tecnologías que suponen materializar los derechos o protegerlos muestran resultados inestables e inesperados (Fonseca y Cardarello, 2005; González Laurino y Costábile 2009; Grinberg, 2008; Llobet, 2013; Llobet y Villalta, 2015).

El presente artículo se inscribe en estas coordenadas, reconstruye una serie de interrogantes, resistencias, discursos entre los actores sociales, políticos y judiciales sobre cómo tornar consistentes las transformaciones propuestas en el 2009 por la sanción de la ley N° 12967 de Promoción y Protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. En este caso nos abocamos a las disputas y sentidos sobre las medidas excepcionales entre el *Grupo de padres adoptivos y en espera* y el *Foro de Infancias Rosario* en los primeros años de la conformación del Sistema de protección de derechos en la provincia que culminó con una modificación a dos años de su sanción. Los dos puntos neurálgicos que propiciaron la reforma consistieron en el pedido de ampliación de las competencias de los jueces de familia a los fines de cumplimentar y acortar los plazos para dictaminar el estado de adoptabilidad de niños y niñas bajo medidas excepcionales y el aumento de partidas presupuestarias además de la desagregación e intangibilidad de los fondos para garantizar el funcionamiento de las instituciones creadas por ley. El primer punto fue elevado por los jueces de familia a pedidos

⁹⁴ La gubernamentalidad es definida como el “estudio de la racionalización de la práctica gubernamental en el ejercicio de la soberanía política” (Foucault, 2008:17).

fundamentalmente del Grupo de Padres y el segundo, por el Ministerio de Desarrollo Social acompañado por el Foro de Infancias.

Sobre el sistema de protección de derechos santafesino

Las adecuaciones normativas de los países a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) ha puesto de manifiesto la complejidad que reviste las transformaciones anheladas y el derrotero de su puesta en acción. En el caso de los estados subnacionales como la provincia de Santa Fe (Argentina) cabe destacar el propio proceso que implicó por un lado, las disputas, tensiones y concepciones disímiles que habilitaron la sanción de la Ley 12967 de Promoción y Protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en Marzo del año 2009 y luego las controversias que fueron suscitándose una vez que los cambios comenzaron a llevarse a cabo. Este trabajo intenta recuperar parte del segundo proceso.

El entramado particular nos convoca a problematizar y dar visibilidad a los modos a través de los cuales los lineamientos de las políticas públicas de protección de derechos se traducen, re-conceptualizan y combinan con preocupaciones locales y trayectorias particulares que han condensado diferentes arreglos burocráticos y modalidades de intervención estatal.

Al igual que la ley nacional, la santafesina conforma un *Sistema de Protección Integral de Derechos* de la niñez en el que se encuentran involucrados los Ministerios cuya incumbencia comprende a los menores de edad. Sin embargo en Santa Fe, se han repartido las incumbencias de intervención entre Organismos locales y provinciales (Servicios Locales en los municipios y comunas y Delegaciones Regionales con jurisdicción provincial) con el objetivo de llevar adelante las medidas de protección de derechos. Mientras que los Servicios Locales se ciñen a cumplimentar aquellas acciones que se orientan a fortalecer el grupo familiar con el objetivo de evitar la separación de los infantes de su centro de vida, las Delegaciones son las encargadas de intervenir cuando las primeras no han alcanzado sus metas o se presumen inadecuadas frente a la conflictividad familiar que se presenta, por lo tanto, a partir del cuestionamiento al ejercicio de la patria potestad de los adultos responsables, su incumbencia consiste en alejar a esos niño/as de sus familias con el objeto de evitar la “vulneración de derechos” que se conjetura pone en riesgo la vida. Esa separación involucra a los equipos profesionales en el diseño de diferentes estrategias de intervención a los fines de revertir o conciliar los lazos familiares para una posible y renovada convivencia familiar.

El procedimiento establecido para llevar adelante una medida excepcional involucra a varios actores. Por un lado, los Servicios Locales junto a las instituciones del llamado primer nivel (escuelas, centros de salud, hospitales, ongs) solicitan la intervención de las Delegaciones provinciales, proceso a través del cual deben dar cuenta en informes profesionales de las medidas de protección integral que se llevaron a cabo y los fracasos de las mismas ; ello da lugar al abordaje del organismo de protección de derechos de la Subsecretaría (Delegaciones) quien decide y lleva adelante la separación del niño/a de su centro de vida y debe a su vez notificar al juzgado con competencia en Familia para su control de legalidad. El juez de Familia puede dar su visto bueno y hacer lugar al pedido o puede rechazar la medida solicitando que sigan trabajando los organismos locales de protección de derechos. En el trascurso judicial interviene además el Defensor General a los fines de las garantías del proceso y de los derechos del infante en cuestión.

Las medidas excepcionales sólo pueden tomarse cuando se hayan “*agotado todas las posibilidades de trabajo*” con las familias, no pueden extenderse más de 90 días y sólo son renovables cuando persistan las condiciones que le dieron origen. Una vez pasado el plazo de un año y medio, la autoridad de aplicación, la Subsecretaría de los derechos de la niñez, adolescencia y familia, debe resolver en forma *definitiva* la situación del niño o la niña, por lo tanto las opciones se circunscriben a restituir el menor de edad a sus padres, proponer un tutor de su familia extensa, o solicitar al juzgado con competencia en familia que dictamine el “estado de adoptabilidad”.

Es importante indicar que en el momento de la discusión de la sanción de la normativa el marco de referencia nacional no había establecido un plazo definitivo para las medidas excepcionales, éstas podían renovarse si se argumentaba que continuaban las mismas condiciones que le habían dado origen. Esta incorporación local respondió, por un lado, como se señala en el expediente de la ley provincial, a la “*tarea de cerrar las compuertas para que no ingresen más víctimas al viejo sistema*” (exp. 12967:101) y por el otro, como se refleja en una de las entrevistas a las diputadas involucradas:

“Con la convicción de que los niños no se eternicen en las instituciones pero además por el convencimiento que ya teníamos en ese momento quienes estábamos elaborando la ley de que no es el Estado administrador bueno y la justicia mala, sino que faltan recursos y falta política pública (...) fue una idea que también, charlando con los jueces de menores de Rosario, nos decían ‘si no le ponés un término va a pasar exactamente lo mismo que lo que pasa ahora (...), si vos no le ponés un plazo con los recursos que tienen, sabés qué van a hacer: nada’. Los jueces de menores de Rosario nos decían ‘pongámosles un plazo’. Un año y medio fue un plazo prolongado pero también fue consensuado. El bendito año y medio” (Diputada, entrevista, 2011).

Llama la atención que quienes propusieron este cambio significativo, en el encuadre de la intervención de los juzgados de menores, contaban con la facultad y potestad de actuar en los

plazos que consideraban oportunos, por lo tanto sostener el alojamiento de niños y niñas en las instituciones de internamiento respondió a una ponderación positiva de esas decisiones o por lo menos, la consideración de éstas como la mejor de las opciones disponibles.

En la actualidad la reforma del Código Civil (Art. 607) que entró en vigencia en Agosto de 2015 incorporó un plazo de ciento ochenta días para resolver definitivamente las medidas excepcionales. Esta nueva trama temporal abre múltiples interrogantes que como veremos a continuación en la provincia de Santa Fe se han venido desplegando.

Así, los enunciados que la ley establece componen, como plantean James y James (2001) la infancia, la estructuración de un espacio conceptual que los niños y niñas comparten como ocupantes. Por lo tanto, los *derechos de protección* o la *protección de los derechos* a esta población se encuentra inmerso en redes de autoridad que legitiman, por un lado, los modos en que se ejerce la acción tutelar, e identifican las acciones moralmente condenables que se presumen deben ser revertidas o sancionadas. Entonces, es a través de la dimensión del plano de articulación del derecho y su ejercicio efectivo que una *analítica del gobierno de la infancia* nos permite desmenuzar los sentidos y racionalizaciones en disputa que adquieren los problemas sociales que los atraviesan (*derechos vulnerados*), los procedimientos que suponen evitarlos (*medidas de protección de derechos*) y revertirlos (*acciones de restitución de derechos*).

El cuidado como cuestión social

Una vez puesta en marcha la ley provincial con su reglamentación a principios del 2010, se fueron articulando discursos que mostraban las principales limitaciones de las políticas públicas desarrolladas e intentaban incidir en su orientación. La recurrencia del lenguaje nos advierte de una formación discursiva que se despliega en torno a la cuestión del *cuidado* infantil. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) del Ministerio Nacional de Desarrollo Social ha tomado la categorización de UNICEF respecto de los niños y niñas *sin cuidados parentales*, refiriéndose a los que se encuentran bajo medidas excepcionales.⁹⁵ El *cuidado* comienza a ser un sustantivo pasible de calificar o medir los comportamientos adultos respecto de los niños, niñas y adolescentes.

⁹⁵ La SENNAF es el organismo nacional de aplicación de la ley de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Según la SENNAF, “La causa de ingreso a las instituciones por la mera pobreza ha sido superada”; sin embargo, reconoce que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo medidas excepcionales “pertenecen a las clases más vulnerables de la sociedad”. La mayor causa de ingreso es la violencia, el maltrato infantil y en mucha menor medida el abuso sexual (SENNAF, UNICEF, 2012:43).

El abordaje conceptual sobre el *cuidado* abre líneas de indagación con capacidad heurística para analizar los matices o sentidos que adquiere esta actividad. Para ello, es necesario acercarnos a la teoría feminista que ha tomado la cuestión del *cuidado* como objeto de estudio. A través del enfoque de género se muestran las desigualdades a las que se enfrentan las mujeres, quienes en su mayoría se encuentran responsabilizadas del trabajo de cuidar. No sólo por la desigual distribución de las tareas domésticas sino por las dificultades que se les presentan para sostener y conciliar el trabajo productivo fuera de las unidades domésticas y el trabajo reproductivo en que se basa el cuidado.⁹⁶

Así, esta categoría se torna *estratégica* y *potente* capaz de articular debates antes dispersos ya que permite visibilizar el trabajo doméstico ejercido principalmente por mujeres, las dimensiones de las relaciones interpersonales en las familias y su vinculación con la reproducción del orden societal (Batthyány Dighiero, 2015).

El cuidado es concebido como derecho universal (Pautassi, 2010; Batthyány Dighiero, 2015) por lo tanto se interpela al Estado en su obligación positiva en materia de los derechos económicos, sociales y culturales para hacer factibles las demandas de cuidado de los niños y niñas que requieren de tiempo, servicios como también de medidas de acceso efectivo a la educación, la salud y la vivienda. En rigor, la problemática del cuidado remite a una problemática de ejercicio de derechos, cuidar y ser cuidado, y de obligaciones exigibles al Estado (Pautassi, 2009, 2010). Esas relaciones no son naturales sino consecuencia de acciones cotidianas que requieren de capacidades materiales y simbólicas, esto es tiempo, dinero e intercambios intersubjetivos de gestos, ideas, creencias y valores. En este marco, la conceptualización del cuidado comprende elementos materiales e inmateriales que suponen vínculos emotivos y sentimentales que trascienden la obligación jurídica (Aguirre, 2007; Batthyány Dighiero, 2015).

Del análisis de las entrevistas se advierten y reconstruyen dos argumentos diferenciados sobre el cuidado, por un lado, el que reconoce que las acciones de cuidar deben plasmarse como aspiración máxima de las políticas públicas propiciando la responsabilidad social que implica que una generación teja lazos de contención y condiciones de posibilidad de que se desarrolle la que la prosigue; por otro lado, el cuidado es concebido como responsabilidad estrictamente familiar y las condiciones para su ejercicio dependen de los adultos, que deben ser garantes de la crianza de sus hijos e hijas con el objetivo de la continuación del linaje y la descendencia.

⁹⁶ Sobre la cuestión del cuidado, ver los trabajos de Pautassi (2010). Ver documento del OIT-PNUD: 2009. Martínez Franzoni y Monge Guevara (2007). Además, Esping-Andersen (2007: 11-30 y 2004: 45-60); Di Marco (2005) y Sunkel (2006). Especialmente Aguirre (2007: 187-198). Batthyány Dighiero, Karina (2015:1-18)

Mientras en el primer argumento se enfatiza la *desfamiliarización del cuidado*⁹⁷, a partir de dar visibilidad a las condiciones de desigualdad material en las que se encuentran las familias para poder garantizar las acciones cotidianas para hacerlos efectivos. En el segundo, la *familiarización del cuidado* se concentra en las necesidades de los niños y niñas, sin que las diferencias económicas sean tenidas en cuenta, ya que la satisfacción de las mismas consiste principalmente en la voluntad de los adultos de hacerse cargo de la niñez de la cual son responsables.

Es importante indicar que ambos procesos, el de *familiarización* y su contrapartida deben ser tomados como categorías de análisis que nos permiten objetivar las posiciones de los actores. Ello no implica que no existan matices entre sus integrantes.

Un espacio entre la “catarsis productiva y la dirección de políticas”

La desfamiliarización del cuidado es la posición que se condensa en el Foro de Infancias Rosario, sin dejar de reconocer matices y heterogeneidades. En esta organización la racionalización sobre la implementación de la LP tiende a problematizar los derechos en clave de responsabilidad colectiva y a apelar al Estado para que refuerce sus acciones en pos de garantizar las condiciones necesarias que las familias requieren para cumplir su rol de crianza de los más chicos.

El Foro de Infancias Rosario y el Foro de la Infancia de Santa Fe nuclean organizaciones sociales, instituciones y profesionales interesados y comprometidos con “las problemáticas de la niñez y la adolescencia santafesina, en relación a la promoción de derechos y la ampliación de ciudadanía” (Foro Santa Fe, 2011). Ambas conjunciones fueron articulándose a partir de la sanción de las leyes de promoción y protección de derechos. La primera, a raíz de la creación del Consejo Municipal de Promoción y Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en Rosario en el 2007. La particularidad de ambos foros es que en ellos participan tanto instituciones como profesionales que trabajan en el Estado. Como bien lo relatan sus integrantes, “*En un momento hubo 17 ONGs, después se empezó a sumar gente que trabajaba en el Estado que no se sentía contenida en ningún lado*” (Foro Rosario, entrevista, 2012).

⁹⁷ Siguiendo el argumento de Esping Andersen, Gosta y el de las autoras latinoamericanas Franzoni, Juliana, Pautassi, Laura o Sunkel Guillermo, la desfamiliarización del cuidado a través de la provisión de servicios públicos universales con calidad pedagógica promueve la igualdad de los derechos de niñas y niños ya que trascienden la dependencia respecto de la composición y de los ingresos familiares de las unidades domésticas. En este sentido, las posibilidades del ingreso y la trayectoria escolar tienden a equipararse entre los niños y niñas cuyos padres están desocupados o provienen de un hogar monoparental, etc. A su vez alienta la búsqueda de empleo de las mujeres, en especial de aquellas que son sostén de hogar.

Las preocupaciones centrales del Foro se circunscribieron a la participación del organismo de protección en los procesos y circuitos institucionales de las medidas excepcionales. También, las condiciones de alojamiento de las instituciones de internamiento fueron un foco de atención para el Foro, por ello participaron activamente en la intervención del Hogar del Huérfano con la idea de realizar sugerencias en cuanto a la calidad de los servicios (entrevista, Foro Rosario, 2012).

Es importante marcar que los integrantes del Foro traían la experiencia de su trabajo territorial en diferentes efectores públicos o de las organizaciones sociales a partir del cual podían advertir la ausencia de decisiones políticas para garantizar los recursos materiales y humanos para llevar adelante las medidas excepcionales:

“cuando uno solicita que se tome una medida excepcional es porque evalúa haber agotado todo con el primer nivel, pero ese todo no quiere decir siempre que el Estado puso todo lo que podría poner porque no existen esos programas, no existen esos dispositivos, no existen determinadas políticas, por ejemplo, el tema vivienda; obviamente nadie va a decidir que un chico quede en un hogar por el tema de vivienda, pero es uno de los déficit que aparece, que todo incide en la situación de una familia” (entrevista Foro Rosario).

En ese contexto, según el Foro, el trabajo del organismo de aplicación (Dirección y Subsecretaría provincial de niñez), como el de los efectores de los municipios (Servicios Locales), se evaluaba extremadamente difícil ya que los grupos familiares con los que se *trabaja* pertenecen a una *población vulnerable*. Si bien reconocen que no se decidían medidas solo por los contextos de pobreza, ésta agravaba la situación de los niños y niñas *que además* no contaban con *un adulto que esté en situación de cuidarlo*. Un obstáculo que se visualizaba como central era que una vez tomada las medidas *te empieza a correr el tiempo* (Foro, entrevista).

En la práctica cotidiana los integrantes del Foro describían que una vez que se producía la separación de los niños de su centro de vida, eran los equipos territoriales quienes debían estar *activos* y oficiar el trabajo con las familias de origen para intentar revertir las causas que provocaron tal decisión, y en muchas oportunidades la presencia de un plazo definitivo entorpecía el proceso que se desempeñaba para propiciar otras oportunidades:

“Por ejemplo, en una situación donde estamos trabajando con una mamá adolescente se está por vencer la medida y ahí me parece corto, dar una adopción definitiva para una mamá adolescente que está en un proceso, me parecía poco tiempo en relación a su bebé” (Entrevista Foro).

La preocupación en el proceso de las medidas se ubicaban en dos coordenadas complementarias, por un lado los plazos se presentaban como tiempo de descuento en el que el trabajo con las familias debía dar los resultados esperados en un contexto en el que

reconocían las falencias de los recursos para propiciar abordajes acordes a la complejidad de *las situaciones*. Por otro lado, insistían, tanto en el Concejo Municipal como en el Provincial, en los cuales tienen representación, en la necesidad de mejorar y fiscalizar los lugares de internación en la provincia. Esa demanda contribuyó a robustecer la decisión de intervenir y luego cerrar el emblemático Hogar del Huérfano a raíz de denuncias reiteradas de maltrato y abuso sexual infantil⁹⁸.

Las dificultades señaladas según el Foro eran la expresión de lo reciente de la CIDN y que pese a lo dificultoso del proceso de adecuación era necesario *proteger la ley y bregar por otro sujeto de derecho*. A su vez, reconocían la falta de decisión política para llevar adelante las medidas de protección de derechos integrales y las excepcionales, lo que se tradujo en un presupuesto insuficiente y en especial en las condiciones de precarización y nula capacitación de los profesionales del organismo de aplicación. En este contexto, consideraban que la implementación de la ley era de *baja densidad* y que repercutía en la vida de los niños ya que era un ámbito descalificado en el que la autoridad se desdibujaba al punto de repercutir en la *legalidad de las decisiones* que se tomaban.

Ese diagnóstico motivó que solicitaran entrevistas con los precandidatos a gobernador y candidatos a intendente durante el 2011 para intentar agendar el tema. Una vez elegidas las diferentes autoridades, elevaron un escrito con sus preocupaciones junto a una caja en cuya tapa se lee: “*El cuidado de todos los niños y niñas es responsabilidad de todos*” y que contiene un espejo con la leyenda “*te toca*”.⁹⁹ Las integrantes del Foro volcaban su experiencia:

“hicimos como una agenda que nos parecía acorde trabajar y nos juntamos con los candidatos (...) de hecho hubo quienes tenían propuestas más pensadas y quienes nos dijeron

⁹⁸ El Hogar del Huérfano abrió sus puertas en 1853 en la ciudad de Rosario. Fue una emblemática institución de alojamiento de niños y niñas desde ese momento. En agosto del 2011 se hicieron públicas situaciones de maltrato infantil y abuso sexual infantil denunciadas por un niño de 8 años a raíz de que fuera retirado de la institución por una mujer incluida en el programa de familias solidarias de la provincia de Santa Fe. La constatación de las lesiones y los dichos del niño provocaron la intervención del Hogar del Huérfano por parte de la Subsecretaría. Además, la justicia admitió al Ministerio de Desarrollo Social como querellante en la causa. Esta decisión política fue acompañada por sectores progresistas de las ONGs y por los profesionales de los efectores públicos y trajo múltiples resistencias de las autoridades de la institución. Como señalaba la Secretaría para el desarrollo de la ciudadanía, “las instituciones son un *statu quo* durante años sin cuestionarse y entonces, cuando se entra a tocar, es complicado. Cuando nosotros nos metimos allí dentro era una locura galopante. Las niñas estaban en un régimen militar; cuando la cosa se entró a mover se desestructuró todo, las chicas se subían a los techos, era un película de terror. Finalmente se pudieron sacar todas y hoy estamos en otro momento. También el haber podido ser querellantes en la causa, lo vimos el año pasado, son hitos que van marcando otro camino” (Entrevista Secretaria Desarrollo Social provincial, 2012). Por este tema ver los artículos periodísticos: “Procesan por abuso a dos ex celadores del Hogar del Huérfano”; “El Hogar del Huérfano no tiene más chicos alojados”.

⁹⁹ Con la entrega del souvenir a las autoridades, se pronunciaban las principales deficiencias de la puesta en marcha del SP. Ver: “Deben hacer cambios contundentes”.

que el tema todavía no lo habían podido abordar, a un mes de las elecciones” (Entrevista, Foro).

Esa militancia por los derechos de los niños y niñas trajo aparejada acciones que intentaron visibilizar las condiciones en las que viven los infantes con los que se relacionaban cotidianamente e incidir en las acciones gubernamentales a través de, manifestaciones y presencia efectiva en los espacios de deliberación de la política social como son los Consejos:

“Quién puede interpelar al Organismo de Aplicación de la Ley es la pregunta hoy. Nosotros, como Foro, sentimos que teníamos una función en eso, es decir, podemos decir que no a ciertas cosas, como también sentimos que podríamos ir a apoyar decisiones del Ejecutivo” (Entrevista, Foro).

Este trabajo se tradujo en el apoyo a algunos de los artículos del proyecto de modificación de la ley que se enfocaron en modificar la capacidad operativa del Sistema de protección de derechos a través del incremento e intangibilidad de los fondos otorgados para su funcionamiento.

Sobre los cambios radicales: “Ya que vamos a hacer un cambio, hagamos un cambio total”

La *familiarización del cuidado* tiende a ser el argumento que el Grupo de Padres Adoptivos y Futuros adoptantes (GPA)¹⁰⁰ delinea para expresar las situaciones de aquellos niños y niñas que se encuentran bajo medidas excepcionales. El grupo se formó una vez sancionada la LP, cuando los jueces de menores dejaron de tener competencia civil y ya no podían disponer de los listados de familias adoptantes que se encontraban en los juzgados, por lo tanto las familias que allí se encontraban inscriptas o que deseaban anotarse no tenían adónde recurrir para recibir información o ingresar la documentación que se solicita para tal fin. En ese contexto, el GPA comenzó a solicitar audiencias a las distintas autoridades y a congregarse en torno a dos preocupaciones centrales: por un lado, a la necesidad de la creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (RUAGA), que se concretó a mediados del 2011 con la adhesión de la provincia a la Ley Nacional (Nº 25.854), que ya estaba en vigencia desde hacía seis años. Por otro lado, la celeridad de los circuitos de medidas excepcionales y que las autoridades respeten los plazos de las mismas para que los niños y niñas puedan ser declarados en estado de adoptabilidad.

El GPA es un grupo heterogéneo que se vincula por el interés de socializar información y contenerse mutuamente en el proceso de adopción de niños y niñas. No pertenece a ningún grupo religioso ni político aunque comparte y es aliado de otros grupos como el Movimiento

¹⁰⁰ En la actualidad el grupo se llama: Grupo de padres adoptivos y en espera de Rosario.

Familiar Cristiano. Por lo tanto, hay posiciones diferentes frente a algunos temas como la adopción de parejas del mismo sexo:

“este es un tema en el que como grupo no vamos a tomar una postura, cada vez que se nos pregunta especificamos, la que está hablando en ese momento da su postura personal si quiere, pero como grupo en ese tema no nos pudimos poner de acuerdo, ¿por qué?, es un grupo heterogéneo” (Entrevista GPA, 2011).

La participación política de distintas parejas que aspiran a ser padres adoptivos han encontrado formas asociativas a partir de que la adopción dejara de ser vivida, como señalaban en el GPA, *como vergüenza* y se experimentara hoy *más naturalmente*. Especialmente, se fue reforzando a partir de las *trabas* que encontraban con los organismos ejecutivos de aplicación de la ley, tanto a nivel nacional como provincial, que concebían el interés de los grupos de familias adoptantes equiparándolas con la apropiación de la dictadura militar:

“desde algunas ONGs y algún político de turno nos han dicho en la cara apropiador del hijo de la pobreza, y nosotros lo que decimos es que no tenemos que confundir, porque sí, hubo apropiación de niños en la época de la dictadura y es verdad, nadie lo niega, pero, ahora, cambiar la apropiación de la dictadura por la apropiación de los hijos de la pobreza no nos parece justo” (Entrevista, GPA, 2011).

Para el GPA, no todos los niños y niñas que se encuentran bajo medidas excepcionales están en condiciones de ser adoptados. Reconocen las necesidades a las que pueden estar expuestas las familias de origen, por lo tanto consideran que la obligación del Estado radica en evaluar las condiciones de las mismas para *hacerse cargo* de los chicos. Si esa situación es transitoria, es preciso que se brinden los apoyos necesarios, pero si es permanente es ineludible que se aceleren los trámites para que los mismos puedan ser adoptados. Por lo tanto se preguntan,

“¿qué pasa con los que no tienen esta situación transitoria, con estos chiquitos que los van a visitar una vez al año y a regañadientes y nada más para no perder la patria potestad?” (GPA, entrevista).

Consecuentemente, lo que el GPA apelaba era a que se trabajen los casos particulares y se respeten los plazos que la ley estipula para resolver definitivamente las situaciones. Ello requería, a su parecer, de *poner al niño primero y mirar lo que es mejor para el niño*. En este sentido, consideraban que la pobreza no influye en las decisiones de entregar niños y niñas en adopción o en la responsabilidad de los adultos de cuidar a sus hijos e hijas,

“¡Uy!, ahora con el programa de la Asignación Universal por Hijo va a haber menos niños para adopción (...) Muchas veces venía gente con esta preocupación o con esta angustia. Yo siempre planteo esta situación: vos a una persona por más que le des la vida y el mundo, si no se hace cargo de su niñez no se va a hacer cargo de la niñez; no es una situación económica, (...) el hecho de cuidar a mi niño no tiene nada que ver, o sea, si no lo quiero cuidar no lo voy a cuidar, le des la asignación que le des (...) Desde el Estado en ese sentido hay una red de contención muy grande; el problema está, tenés la escuela a dos cuadras de tu casa y no te levantás para mandarlo a la escuela (...) Esto de ver nada más que la pobreza creo que es errar el diagnóstico” (GPA, entrevista)

Desde esta perspectiva las acciones de las áreas específicas requerían de equipos profesionales con mayor experiencia y capacitación para que detecten las situaciones y se tomen las decisiones con celeridad ya que lo que está en juego es la *psiquis del niño*. Además, el grupo se opone a la institucionalización de los niños y niñas aunque reconocen que no pueden *desaparecer* los hogares de alojamiento ya que hay situaciones que demandan de una contención institucional como cuando deben albergarse grupos de hermanos que no pueden ser incluidos en una familia transitoriamente.

En el proceso de implementación de las medidas excepcionales se oponían a que se considere a la familia ampliada como una de las principales alternativas para que se críen los niños y niñas, argumentando las imposibilidades en las que se encuentran habitualmente los abuelos, tíos, etc., y que propiciaba la inestabilidad en el desarrollo de los infantes,

“esto de buscar la familia ampliada al niño a cualquier costa, pero no es así, porque a veces una tía no se puede hacer cargo, tiene seis y se pretende que se haga cargo de los otros seis de la hermana, o la abuela, que ya es una persona mayor, que se haga cargo de los chiquitos, y a veces la gente te dice: yo no quiero hacerme cargo, yo no puedo hacerme cargo, entonces, ese chiquito, ¿cómo queda? , con una tía que no lo quiere, con un tío que lo anda pateando, con la abuela, que carga con su humanidad y nada más. Entonces, esto de buscarle a toda costa una familia ampliada no me parece justo para el chico” (GPA, entrevista).

Por lo tanto, la adopción es considerada *el mejor recurso* y no el *último recurso* para poder resolver las situaciones de aquellos niños y niñas donde la re-vinculación con sus padres se evalúa imposible y debe ser garantizado el derecho de los infantes de vivir en una familia. Por lo tanto, han propiciado que las familias substitutas puedan, si así lo desean, adoptar a los niños y niñas que se encuentran conviviendo con ellos.

Esta posición se hizo pública a raíz de diferentes conflictos que se suscitaron por las resistencias de varias familias del programa Familias Solidarias¹⁰¹ a que los niños y niñas alojados bajo esta modalidad se re-vincularan con sus familias de origen. Así, con el argumento de que los plazos se encontraban vencidos y de que no habían sido informados ni acompañados por la Subsecretaría pretendían adoptar a esos pequeños sin que se haya dictado legalmente el estado de adoptabilidad. Estos casos irrumpieron en los juzgados de familia solicitando la decisión de los jueces en el futuro de los infantes involucrados¹⁰².

¹⁰¹ Acorde al proceso de desinstitucionalización se creó en el año 2006 el programa Familias Solidarias. Según el gobierno de Santa Fe: “Las familias solidarias se constituyen como complementarias de las familias de origen, poniendo a disposición de las mismas lo que estas no puedan ofrecer momentáneamente a sus hijos sin pretender desplazarlas o sustituirlas, favoreciendo su desarrollo integral y el cumplimiento de todos sus derechos fundamentales, como el de recibir educación, alimentación, vestimenta, a no ser discriminado, a la identidad, la libertad y la participación, entre otros” (Subsecretaría, 2012, sitio oficial Santa Fe).

¹⁰² Explícitamente el GPA denunció el accionar de la Subsecretaría a través de notas periodísticas en respuesta a los avisos de búsqueda de familias solidarias a través de los medios por parte de la Subsecretaría. En las mismas reclamaban el mal uso del Programa y planteaban: “Le preguntamos a la sociedad ¿por qué es más importante conservar el vínculo biológico a costa de dañar un niño para toda la vida? (GPA, 2011) (en “Voces que deben

En el marco de todo lo expuesto, el GPA consideraba que la Subsecretaría no tenía la *jerarquización* ni la *profesionalización* que debía y no se había tomado en cuenta *el nivel de responsabilidad pública* que debía asumir. Por ello, durante los primeros años de implementación tuvieron reuniones tanto con los legisladores como con el ejecutivo provincial y los jueces de familia para exponer su preocupación y su posición respecto a las medidas excepcionales. En palabras del grupo se constituyeron en un *grupo de presión* para apuntar lo que *no funciona*:

“el haber logrado que en el Colegio de Magistrados se reúna el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial más un grupo de padres adoptantes es todo un logro; a raíz de eso después se adecua la modificación de la ley y entonces, bueno, ¡pucha que es importante!” (Entrevista, GPA, 2011).

El proceso de presión de este grupo decantó en la propuesta que los jueces de familia acercaron a los diputados provinciales más involucrados en el proceso de sanción de la LP. Ella consistía en modificar el articulado sobre las medidas excepcionales ampliando las competencias del Poder Judicial que desarrollaremos más adelante.

Sobre las rectificaciones de las medidas excepcionales

Las dificultades en la implementación de las medidas excepcionales tuvieron su eco en los Juzgados de Familia, no sólo por los reclamos de las familias solidarias sino porque la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial estuvo mediada por los desacuerdos que se habían expresado en las reuniones sobre la reglamentación y no se habían podido plasmar en la misma a causa de las resistencias de la Subsecretaría de darle mayor participación a los Jueces de Familia.

Así, los magistrados reclamaban que las medidas excepcionales eran solicitadas sin ningún tipo de formalidad y en muchos casos con los tiempos vencidos desde el Ejecutivo, no conforme al derecho administrativo ni a la misma LP; al mismo tiempo frente al vencimiento de las mismas reconocían que existía un *vacío legal* para poder articular el instituto de la adopción cuando quedaban vencidas en forma definitiva las medidas excepcionales y así acortar el tiempo de los juicios de suspensión de patria potestad. Estas preocupaciones fueron expresadas en dos reuniones de los jueces de familias, plenos, denominados Bravo¹⁰³ I y Bravo II, donde todos los Jueces de Familia de Rosario acordaron los requisitos que el

escucharse. Opinión del club de padres adoptivos y futuros adoptantes). *El día 24 de enero de 2011, el diario El Ciudadano publicó una nota bajo el título “Se necesitan más familias sustitutas para niños en riesgos”. El grupo de Padres adoptivos y futuros adoptantes expresa su opinión sobre algunos puntos del artículo mencionado.* Revista *Ser y Sociedad*, 2011.

¹⁰³ Bravo es el caso que dio nombre a los dos plenos: era el reclamo de un padre sobre la medida excepcional resuelta por el poder ejecutivo, donde se veían las falencias procesales de la misma.

Organismo de aplicación debía cumplimentar para solicitar el control de legalidad, los alcances de su rol en las medidas y el procedimiento para que los niños y niñas en donde se solicitaba una guarda preadoptiva estén el menor tiempo posible en una “*situación irregular ahora de carácter jurídico*” (Bravo II, 2011).

A través del primer Pleno los Jueces intimaron a la Subsecretaría a corregir los pedidos de medidas excepcionales apuntando que su accionar se alejaba del Estado de Derecho y que de esta manera no se daba a los ciudadanos las garantías en los procedimientos.¹⁰⁴

“Cuando sale la 12967 y la competencia empieza a ser nuestra, tuvimos algunas dificultades con la autoridad local de implementación de la ley porque trabajaban de un modo un poco, a mi juicio, caótico (...) antes del Bravo nos encontrábamos con resoluciones fundadas en actas sin firmas; ese tipo de cosas inexplicables por la vorágine del trabajo nosotros no las podíamos admitir. Un juez de familia es un juez civil entre otras cosas y, además, porque estamos hablando de un funcionario público y un funcionario público tiene que trabajar con las normas del derecho administrativo” (Entrevista juez de familia, MM, 2011).

En el segundo se estableció que las familias que pretendían hacer un reclamo por las medidas y el accionar del Poder Ejecutivo debían presentarse en el lugar referido y en especial se acordó que en las medidas excepcionales los jueces no sólo debían controlar formalmente la medida sino que debían ampliar ese criterio para observar las cuestiones de fondo, por lo tanto el control de legalidad comprendía “necesariamente un control de razonabilidad de la medida adoptada” (Jueces de familia, Pleno Bravo II, 2011).

“para nosotros en el trabajo vamos más allá (...) establecemos con claridad que el control de legalidad es un control de legalidad formal y de razonabilidad, entendiendo razonabilidad en términos constitucionales, es decir la correspondencia entre el medio elegido y el fin que se pretende llegar a alcanzar” (Entrevista juez de familia, MM, 2011)

La ampliación de las facultades a los Jueces de Familia comprendía también que en los casos donde el acto administrativo no llegaba a quedar firme en el momento de la separación de los niños y niñas de sus grupos familiares los jueces podían establecer una fecha para poder computar luego el momento en que se vence el plazo de la medida excepcional. Además, una vez vencido el plazo y si se solicitaba por parte del Ejecutivo que se otorgara una guarda pre-adoptiva, los Jueces de Familia debían constatar la situación de los niños y niñas en cuestión, citar a los padres, al Defensor General y dictar ese *estado* si lo consideraba pertinente. En el caso de que los padres se opusieran, se designaría un tutor especial para el niño (Bravo II, 2011).

¹⁰⁴ En Bravo I, “Amén de ello y rigiendo en nuestra provincia el estado de derecho, la forma republicana de gobierno y las garantías constitucionales de debido proceso y de defensa en juicio, la emisión de un acto administrativo por resolución fundada y su notificación son esenciales en pos de poner en acto esas garantías” (Bravo I, 2009).

La propuesta de los Jueces recogía la inquietud del GPA de que se modifique la ley provincial para que los magistrados tuvieran herramientas con el objetivo de agilizar los trámites de adopción. En ese sentido, apoyaban también que pudieran revisar las medidas y tuviesen mayores libertades para incidir en la decisión de los plazos y en las resoluciones que la Subsecretaría presentara. Sin embargo, el Poder Judicial enfatizaba que debía darse el derecho de defensa de los padres y que debía hacerse un proceso breve pero conforme al respeto de todas las partes.

“una crítica que se hacía era que esta gente ya tuvo oportunidad de defenderse desde el Poder Ejecutivo, lo que sucede es que a diferencia del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial es la jurisdicción, implica una persona que pide y otra que se opone, nosotros no podemos vulnerar el derecho de defensa a un juicio de los padres, que para eso hay que hacer un proceso breve, porque ya tuvo participación en el Poder Ejecutivo, lo suficientemente ágil, pero a su vez proteja el derecho de defensa de todos, y una solución que nosotros proponemos es que en este juicio, que nosotros llamamos juicio de oposición (...) si el papá o la mamá se oponen, el chico tiene que tener una representación individual, es decir, no está representado por su padre porque esa patria potestad está al menos cuestionada” (Entrevista, juez de familia MM, 2011).

Según la Subsecretaría, las modificaciones sobre las medidas excepcionales eran argumentadas por los jueces por el *vacío legal* y además porque consideraban que el Poder Ejecutivo tenía demasiado poder en las decisiones, por lo tanto se corría el riesgo de que, si el funcionario de turno resultaba una persona inadecuada, no había controles suficientes que establecieran mayores garantías. Hasta el momento de su modificación, la norma establecía en el control de legalidad que los jueces podían rechazar la medida pero no podían modificar ni plantear alguna alternativa, sólo volvía al organismo para que se presentara otra propuesta. Como señalaba la Subsecretaría,

“el juez decía ‘todo el poder de decisión lo tiene el Ejecutivo y a mí me da cosa que esto quede en el poder del funcionario de turno porque en algunos momentos puede haber muy buenos funcionarios y en otros momento no. Entonces va a quedar a discrecionalidad. Ellos, igual, toda la vida, si algo ha caracterizado al Poder Judicial es la discrecionalidad, cuando la tienen otros parece que es espantoso. Y hubo que hacer una negociación (Entrevista, Subsecretaría, 2012).

Esas razones fueron las que los diputados que llevaron adelante el proyecto de reforma apreciaban en el funcionamiento, sumado a un escollo que debían sortear los directores de los hogares cuando debían resolver la cuestión de la representatividad de los niños y niñas alojados en lo cotidiano¹⁰⁵. Como señalaba una de las diputadas, el proyecto modificaba el artículo 65 sobre el control de legalidad para garantizar otra mirada y una posibilidad de apelar las decisiones que se toman.

¹⁰⁵ El hecho de que la LN no estableciera que la medida excepcional equivale a una suspensión de la patria potestad; se presentan múltiples conflictos que no están resueltos: “la 26061 no modificó el Código Civil, no dice que la toma de medida excepcional equivale a una suspensión, o a una semisuspensión, no sé, una nueva figura que signifique algo (...) lo venían planteando las directoras de los hogares, yo antes, con la Ley de Patronato, tenía al Juez de Menores que se hacía cargo, entonces si el chico iba a la escuela a Cosquín yo le pedía al Juez de Menores, hacía la nota, autorizaba y se hacía cargo frente al seguro de la escuela. Ahora, muy lindo todo esto pero quién firma por el chico” (Entrevista, diputada, 2011).

Como resultado de estas apreciaciones y presiones, el proyecto contempló la modificación de los artículos sobre el control de legalidad introduciendo en el cuerpo del texto procedimientos para poder arribar a la adoptabilidad de los niños y niñas una vez vencidos los plazos de las medidas excepcionales.

La ley reformada

Las diferentes propuestas de modificación se discutieron en el Consejo Provincial que entró en funcionamiento en abril del 2010. La Subsecretaría, tomando conocimiento de las intenciones de modificarla, intentó transformar en el cuerpo del texto varios artículos. Se destacan el artículo 8 y el 67. El primero, referido a las posibilidades del organismo de aplicación de la ley de exigir a los municipios y comunas la conformación de los Servicios Locales que llevan adelante las medidas de protección integral. El segundo intentaba incorporar en el presupuesto la intangibilidad, la progresividad y la especificación de las partidas presupuestarias. Esta última propuesta fue defendida especialmente por el Foro, que solicitaba se ampliaran los recursos con los que contaba la Subsecretaría.

Los jueces de familia remitieron sus inquietudes ya señaladas a los diputados que presentaron las modificaciones resultantes, que terminaron con la sanción definitiva en diciembre del 2011, a días de que culminaran los mandatos en la legislatura. Así, quedaron modificados los artículos sobre las medidas excepcionales, incorporando en el artículo 51 la facultad de los jueces de dictaminar el inicio, las prórrogas y el plazo máximo de vigencia al momento de resolver el control de legalidad. A su vez, se estableció que no es necesario el patrocinio letrado para la presentación del pedido de medida excepcional por parte de la Subsecretaría y que los trámites judiciales no deben ser obstáculo para que se tomen medidas urgentes de ser necesario (Art. 63). Se incorporó el control de razonabilidad (Art. 65) y la potestad del juez de citar a las partes para resolver definitivamente la medida (Art. 66). Asimismo, se anexa que en caso de oposición de los padres, el juez nombrará un tutor especial y se dará un plazo de diez días para ofrecer pruebas. Si no “hubiera oferta probatoria se dictará sentencia en un plazo de cinco días, caso contrario se proveerá la prueba ofrecida y designará audiencia de vista de causa en un plazo no mayor a treinta días”, transcurrido el cual el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días (Art. 66 ter). Finalmente, si se llega a declarar el estado de adoptabilidad, se procederá conforme a lo previsto en la Ley de Adopción a los fines de otorgar una guarda preadoptiva (Art. 66 quater).

Reflexiones finales

Las coordenadas que guiaron el análisis se inscriben en una perspectiva que nos permite vislumbrar cómo las relaciones de poder y el ejercicio de gobierno se despliega en un campo particular de disputas por los sentidos que trae consecuencias muchas veces inesperadas para los actores que lo conforman. No se trata, entonces de contrastar la letra de la ley con la realidad de las políticas para observar la distorsión de los contenidos o cuanto se aleja o acerca a las prácticas de los agentes. Por el contrario la complejidad implica conjeturar cómo el emplazamiento de nuevas tecnologías de gobierno de la infancia, como las medidas de protección de derechos, produce efectos en la formación de enunciados que se inscriben en la lógica de reproducción social contemporánea.

El proceso de implementación de la ley provincial muestra la complejidad de un nuevo entramado de *lo social* que habilita canales de circulación de niños y niñas sobre la base de evaluaciones múltiples que tienden al refinamiento de los mecanismos que facilitan el pasaje de las familias “riesgosas” hacia las familias cuidadoras, sean éstas ligadas a los padres biológicos o a las familias adoptantes. Si bien este tránsito estuvo presente desde el ensamblaje colonial, hoy se imprime como uno de los rasgos sobresalientes de esta nueva forma de articulación social, al debilitarse la existencia de instituciones de alojamiento y al no reemplazar esas modalidades con otras acciones gubernamentales que se orienten a brindar servicios que posibiliten la socialización de los riesgos de la vida activa y en especial las responsabilidades del cuidado infantil. Así, el rol privilegiado asignado a las familias pretendía desterrar la intervención tutelar del Estado que no había más que provocado discriminaciones y violaciones sistemáticas a la integridad de los infantes y de quienes eran sus adultos responsables, este corrimiento ha sido funcional a cierta economización del ejercicio de poder del Estado, tomando un rol subsidiario.

Conjuntamente con lo planteado anteriormente, la individualización de lo social se traduce en la familiarización de los derechos de la infancia y, con ellos, las obligaciones del cuidado redundan en mayores aprietos en aquellas familias que se encuentran viviendo en condiciones de pobreza y a las que se responsabiliza por sus carencias.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chistian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires,

2006.

- ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura: *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- AGUIRRE, Rosario: “Los cuidados familiares como problema público objeto de políticas. En ARRIAGADA, Irma: *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. CEPAL, Santiago de Chile, 2007. pp. 187-198
- ARIES Philippe: *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Taurus, Madrid, 1987.
- BARRANCOS, Dora: “Los socialistas y la infancia” en Revista *Todo es Historia* N° 355. Buenos Aires, 1997.
- BATTHYÁNY DIGHIERO, Karina. “Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales.” *Serie Asuntos de Género* 124. Santiago de Chile: CEPAL, 2015. pp.1-18.
- BELOFF Mary: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- CARLI, Sandra: “El campo de estudios sobre infancia en las fronteras de las disciplinas. Notas para su caracterización e hipótesis sobre sus desafíos” en COSSE, Isabella et al: *Introducción. En Infancias: políticas y saberes en Argentina y Brasil: siglo XIX y XX*. Teseo, Buenos Aires, 2011a. Pp. 31-57.
- CARLI, Sandra: “La cuestión de la infancia en la Argentina. Un análisis histórico del presente.” En BIRGIN, Alejandra, et al (comp.): *Contra lo inexorable*. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2004. pp. 101-117.
- CARLI, Sandra: *La memoria de la Infancia. Estudios sobre historia cultura y sociedad*. Paidós, Buenos Aires, 2011.
- CECCINI, Simone; MARTINEZ, Rodrigo: *Protección Social Inclusiva en América Latina. Una mirada integral un enfoque de derechos*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2011.
- DI MARCO, Graciela: *Democratización de las familias: estrategias y alternativas para la implementación de programas sociales*. UNSAM, Universidad Nacional de San Martín, Escuela de Posgrado Buenos Aires, Argentina, 2005.

Disponible en internet:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37726/S1500041_es.pdf?sequence=1

- DONZELOT, Jacques: *La policía de las familias. Familia, sociedad y poder*. Pre-textos, Valencia, 1979.
- DUBET, Francois: *El declive de la institución: profesiones, sujetos e individuos en la modernidad*. Barcelona, Gedisa, 2006.
- ELIAS, Norbert: *La civilización de los padres y otros ensayos*. Buenos Aires, Norma, 1998.
- EROLES, Carlos; FAZZIO, Adriana; SCANDISO, Gabriel: *Políticas públicas de infancia: una mirada desde los derechos*. Espacio, Buenos Aires, 2002.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta: “Un nuevo equilibrio del bienestar” en: *Política y Sociedad*, Vol. 44 Núm. 2, 2007, pp. 11-30.
- _____: “La política familiar y una nueva demografía En: *Consecuencias de la evolución demográfica en la Economía*, N° 815, 2004. pp. 45-60.
- FERNÁNDEZ, Silvina: “Integralidades en juego. Racionalidades y tecnologías de gobierno de la infancia en la promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes” en *Revista PILQUEN. Sección ciencias Sociales Año XVI-Vol. 17-2. 2013. Centro Universitario Regional Zona Atlántica. Universidad Nacional del Comahue*.
<http://www.revistapilquen.com.ar/Sociales.htm>.
- FERNÁNDEZ, Silvina: “La ciudadanía de chicos y chicas en Argentina desde el enfoque de los micropoderes” *Revista ANFORA Vol. 20 N° 34. Publicación de la Universidad Autónoma de Manizales. Manizales. Colombia. ISSN: 01216538*
<https://intrauam.autonoma.edu.co/publicaciones/index.php/anfora/article/view/82>. Pp. 59-80
- FERNANDEZ, Silvina: “La política de infancia, una infancia de la política” en *Revista Cátedra Paralela N° 6, Rosario, 2009. pp. 53-63*.
- FERNANDEZ, Silvina: “Protecciones debidas. Ciudadanía y gobierno de la infancia en Santa Fe (2008-2012) en CAZZANIGA, Susana (dir): *Derechos, políticas sociales y problemáticas contemporáneas. Debate desde Trabajo Social*. EDUNER, Paraná, 2014a, pp. 265-278.
- FONSECA, Claudia; CARDARELLO, Andrea: “Los derechos de los más y menos humanos” En: TISCORNIA, Sofía; PITA, María Victoria (editoras): *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*. Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 2005. pp. 7-39.
- FOUCAULT, Michel: *Nacimiento de la biopolítica*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- FOUCAULT, Michel: *Seguridad, territorio, población*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías: *Infancia, Adolescencia y Control Social en*

América Latina. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.

- GÉLIS, Jacques: “La individualización del niño”, en ARIES, P; DUBY, G, Historia de la vida privada, Tomo 4. Madrid. Taurus, 1990.
- GOMEZ DA COSTA, Alejandro: “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente”. En AAVV, *Del revés al derecho*. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. UNICEF/UNICRI/ILANUD. Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.
- GONZALEZ LAURINO Carolina; LEOPOLD CONSTÁBILE, Beatriz: La primacía de la perspectiva de riesgo en las prácticas diagnósticas de niños y adolescentes en el sistema de protección social Uruguayo. Presentado en XXVII Congreso ALAS, 2009 ISSN 1852-5202.
- GRINBERG, Julieta: “Transformaciones en el tratamiento de la niñez en riesgo. Reflexiones sobre un dispositivo de protección a la infancia en la Ciudad de Buenos Aires”. *Cuadernos de Antropología Social* N°27. FFyL – UBA –, Buenos Aires, 2008. pp. 155–174.
- GUEMUREMAN, Silvia; DAROQUI, Alicia: *La niñez ajusticiada*. Rúbrica, Buenos Aires, 2001.
- JAMES, Adrian; JAMES, Alison: “Childhood: Toward a Theory of Continuity and Change” the ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. May, 2001. Pp25-37.
- LIONETTI Lucía; MIGUEZ Daniel: *Las infancias en la historia Argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)*. Prohistoria, ediciones, Rosario, 2010.
- LLOBET, Valeria: “La producción de la categoría “niño-sujeto-de-derechos” y el discurso psi en las políticas sociales en Argentina. Una reflexión sobre el proceso de transición institucional” en LLOBET, Valeria: *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*. CLACSO, Buenos Aires, 2013.pp.209-235.
- LLOBET, Valeria: “Un mapeo preliminar de investigaciones sobre infancia y adolescencia en las ciencias sociales en Argentina desde mediados de la década de 1990” en Revista KAIROS de Temas Sociales. Año 15 N° 28, 2011. [En línea: 11/10/2012] Disponible en Internet: <http://www.revistakairos.org/k28-05.htm>
- MARRE, Diana: “De infancias, niños y niñas” en LLOBET, Valeria comp. *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*. CLACSO, Buenos Aires, 2013. Pp. 9-27.
- MARTINEZ FRANZONI, Juliana; MONGE GUEVARA, Guillermo: Políticas conciliatorias en América Latina: una región, distintos escenarios. En editorial Universidad de Barcelona, Fundación Carolina, 2007.
- MORLACHETI, Alejandro: Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. CEPAL, Santiago de

Chile, 2013.

- PAUTASSI, Laura; ROYO, Laura: Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición. CEPAL, Santiago de Chile, 2012.
- PAUTASSI, Laura; ZIBECCHI, Carla: *La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programa de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias*. Cepal, Santiago de Chile, 2010.
- PLATT, Anthony Los salvadores del niño: o la invención de la delincuencia. Siglo XXI, México, 1988.
- SUNKEL, Guillermo: El papel de la familia en la protección social en América Latina, Serie Políticas Sociales No.120, CEPAL, Santiago, 2006
- VILLALTA, Carla: “Estrategias políticas y valores locales. El impacto de la apropiación criminal de niños en la sociedad argentina” en LLOBET, Valeria: *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*. CLACSO, Buenos Aires, 2013.pp. 185-208.
- VILLALTA, Carla: “La conformación de una matriz interpretativa. La definición jurídica del abandono y la pérdida de la patria potestad. En LIONETTI, Lucía; MIGUEZ, Daniel: *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)*. Prohistoria, Rosario, 2010 a. pp. 71-93.
- VILLALTA, Carla: “Las primeras formas legales de la adopción de niños: nuevos procedimientos y disputas” en: *Revista Cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano N° 20*, Buenos Aires, 2005. pp. 371-389
- VILLALTA, Carla: “Un campo de investigación. Las técnicas de gestión y los dispositivos jurídicos-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina” en revista Civitas, V.13 n.2, Porto Alegre. 2013a pp.245-268.
- ZAPIOLA, María Carolina: “¿Es realmente una colonia? ¿Es una escuela? ¿Qué es? Debates parlamentarios sobre la creación de instituciones para menores en la Argentina, 1875-1890” en: SURIANO, Juan; LVOVICH, Daniel, (comp): *Las políticas sociales en perspectiva histórica. Argentina, 1870-1952*. Prometeo/UNGS, Buenos Aires, 2006. pp. 65 –88.
- ZAPIOLA, María Carolina: “La invención del menor. Representaciones, discursos y políticas públicas de menores en la ciudad de Buenos Aires, 1882-1921”, Tesis de Maestría, UNSAM, Buenos Aires, 2007.

Documentos

SANTA FE. Pleno Bravo I. Acordada de los Jueces de Familia de Santa Fe, 2009.

SANTA FE. Pleno Bravo II. Acordada de los Jueces de Familia de Santa Fe, 2011.

SANTA FE. Expediente de sanción de la ley 12967.

SANTA FE. Decreto Reglamentario 0619/2010. Ley 12967.

ROSARIO. Ordenanza N° 8143/2007. Creación del Consejo Municipal de Promoción y Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes

Sitios Web consultados

PROVINCIA DE SANTA FE: www.santafe.gov.ar

Revista Ser y Sociedad: *“El grupo de Padres adoptivos y futuros adoptantes expresa su opinión sobre algunos puntos del artículo mencionado”* [En línea: 15/02/2013]
http://www.serysociedad.com.ar/noticiagral_v2.php?idnew=2203&tipo=1

Diario Pagina 12: “Deben hacer cambios contundentes” [En línea: 15/02/2013]
<http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/10-32474-2012-02-12.html>.

Diario La Capital: “Procesan por abuso a dos ex celadores del Hogar del Huérfano”. [En línea: 15/02/2013]
<http://m.lacapital.com.ar/mobile/bb/nota.html?id=Y29udGVuaWRvcy8yMDEyLzA3LzEzL25vdGljaWFfMDAwMi5odG1s>.

Diario La Capital: “El Hogar del Huérfano no tiene más chicos alojados” [En línea: 15/02/2013]
<http://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/El-Hogar-del-Hueacuterfano-no-tiene-maacutes-chicos-alojados-20120418-0015.html>.

Diario Electrónico Rosario 3.com.: “Más familias solidarias señalan falencias en el Área de la Niñez. [En línea: 30/08/2012] Disponible en Internet:
<http://www.rosario3.com/noticias/noticias.aspx?idNot=11735>

Resumo:

Este artigo apresenta uma discussão sobre as noções de democracia, democracia racial e ordem social, a partir da análise do processo de construção de duas pesquisas efetuadas sobre um mesmo espaço: a orla do Rio de Janeiro, Brasil – em dois momentos distintos: a virada do século XX para o XXI e os anos 10 de século XXI. As noções acima citadas são estudadas a partir dos pontos de vista dos diversos segmentos sociais que frequentam e trabalham no local, inclusive agentes do Estado, no caso do segundo momento, que privilegia a ação de segurança pública intitulada “Choque de Ordem”. Para isso, usou-se metodologia qualitativa, através de entrevistas em profundidade e etnografia, além de levantamento documental de leis, ordenamentos e pesquisa bibliográfica sobre tais temáticas. Como conclusões, salienta-se que as formas de entendimento do que seja democracia e ordem dependem da posição que cada grupo social ocupa na sociedade brasileira mais ampla, e são atravessadas e modeladas por critérios étnico-raciais e de classe. Observa-se também a importância política que o espaço público praia assume para dar visibilidade às disputas de sentido em torno de questões como igualdade, liberdade e hierarquias de classe e de cor na sociedade brasileira.

Palavras-chave: praia; ordem social; “Choque de Ordem”; democracia.

Abstract:

This paper is intended to discuss the notions of democracy, racial democracy and social order, by analyzing the building process of two researches which focused the same place: Rio de Janeiro's beaches, in Brazil. These two researches took place at distinct historical moments; one, at the last years of XX century, and the other, in the first decade of the XXI century. The notions cited above are studied from the perspectives of the various social segments that frequently go or work there, especially State agents which are part of the public policy named “Choque de Ordem” (a kind of “Order Assault”). In order to do this, these researches are based on qualitative methodology, with interviews and ethnography, and also on documental study of the laws which inflects on this public territory, and bibliographic research on these issues. As a conclusion, the article points out that the way people understand democracy and social order will depend on the position each group has in the broader Brazilian society, and that these ideas are tied to and are modeled by ethnic and class criteria. It stresses also the political relevance that this public space, the beach, assumes, in order to give visibility to the dispute around the meaning of equality, freedom and hierarchies of color/race and class in Brazilian society.

Key words: beach; social order; “Choque de Ordem”; democracy.

Resumen:

Este paper presenta una discusión de las ideas de democracia, democracia racial y orden social, a partir de la análisis del proceso de construcción de dos pesquisas efectuadas en lo mismo local: las playas de Rio de Janeiro, en Brasil, en dos momentos distintos: fines del siglo XX e mediados del siglo XXI. Las dichas nociones son analizadas a partir del punto de vista de los diversos segmentos sociales que van o trabajan en este local, incluso agentes del Estado, en lo segundo momento, que se detiene en la acción de seguridad pública denominada el “Choque de Ordem”. Para eso, se usó la metodología cualitativa, con base en entrevistas y etnografía, y también en las leyes, ordenamientos e demás estudios sobre tales temáticas. Como conclusiones, enfatizase que las formas de comprenderse el significado de democracia y de orden dependen de la posición que cada grupo social tiene en la sociedad brasileña más amplia, y son travesadas y modeladas por criterios étnicoraciales y de clase social. Observase también la importancia política que éste espacio público, la playa, asume en dar visibilidad a las disputas de sentido sobre asuntos como igualdad, libertad y jerarquías de clase y de color en la sociedad brasileña.

Palabras clave: playa; orden social; “Choque de Ordem”; democracia.

¹⁰⁶ Doutora em Antropologia Cultural (IFCS/UFRJ), Pós-doutora em Estudos Culturais (PACC/UFRJ), professora associada da Escola de Serviço Social da UFRJ e pesquisadora do Núcleo de Estudos e Ações em Políticas Públicas, Identidades e Trabalho (NUPPIT). Contato: trapfarias@gmail.com

Introdução

Este trabalho condensa dois processos de pesquisa antropológica em um mesmo campo, em dois momentos históricos distintos. O primeiro deles se refere ao meu trabalho de campo para minha tese de doutorado em Antropologia, na virada do século XX para o XXI – mais precisamente, em 2000¹⁰⁷. Num segundo momento, que envolve os anos de 2011 e 2012, volto ao campo para minha pesquisa de pós-doutoramento, dentro do Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ, que teve apoio de órgãos de fomento como o CNPq (federal) e Faperj (estadual).

Pretendo relatar aqui meu percurso de pesquisa sobre a orla carioca – ou, mais especificamente, sobre as praias da zona sul da cidade do Rio de Janeiro, famosas nacional e internacionalmente, e, no contexto local, uma área intensamente valorizada, inclusive em termos imobiliários¹⁰⁸.

Entendo que a busca de significado através do trabalho de campo é um processo rico e multívoco. Minha tarefa aqui é narrar um pouco deste esforço ao longo dos anos em que venho voltando minha atenção para este espaço urbano tão peculiar para a cidade do Rio e sem dúvida também para o Brasil. E, se o objetivo é contar um processo de pesquisa, esta será uma fala sobre dúvidas, decisões e conclusões provisórias, em torno de alguns conceitos tal como eu os venho trabalhando. Estes conceitos, que constituíram o foco das pesquisas citadas, são os de relações étnico-raciais; de espaço público e de esfera pública; e de democracia e ordem social. Todos eles são visitados e discutidos a partir da investigação das sociabilidades envolvidas em situações de entrevista com os diversos agentes sociais que frequentam a orla carioca.

Primeiro momento da pesquisa: final do século XX

Retomando então o meu caminho de pesquisa, este foi realizado em dois momentos: a) virada do século XX para o XXI; e b) os anos 10 deste século – de 2011 a 2012. Quanto ao primeiro momento, o que me chamou a atenção para este espaço urbano em particular, a praia, foi um fenômeno social que estava ocorrendo à época e que perturbava e mobilizava de forma impressionante os diversos segmentos sociais que compõem a sociedade brasileira: os chamados “arrastões” nas praias da zona sul. Tumultos relacionados a brigas de grupos juvenis (“galeras”) e relatos de roubos em massa nestes cenários considerados idílicos

¹⁰⁷ Para ver o resultado deste estudo, cf. Farias, 2003.

¹⁰⁸ Para uma discussão mais ampla sobre a divisão simbólica de espaços da cidade do Rio de Janeiro, cf. Farias e Cecchetto, 2009.

incentivaram a criminalização de jovens afrodescendentes moradores de periferias, particularmente por parte dos grandes órgãos de imprensa, mas também dos agentes do Estado.

Estes agentes, em sua forma local, voltaram cada vez mais sua atenção para a repressão e dificuldade da vinda destes jovens para estas praias, através de revistas sistemáticas em ônibus e mesmo suspensão de pontos de parada dos coletivos vindos de outros pontos da cidade. Todo este processo, como se verá adiante, fará parte da construção de uma nova ordem local que investigaremos com detalhes mais à frente.

Cabe notar que este momento inaugural dos “arrastões”, e seu batismo com este nome - que lembra uma técnica de pesca em que se lança uma rede e, quando esta é puxada, arrasta tudo o que está a seu alcance - passa a designar uma gama bem mais ampla de fenômenos a partir daí. Assim, por exemplo, a grande imprensa denominará de “arrastão” a ação de bandos criminosos em vias expressas, prédios, túneis e outros locais, não só no Rio, mas em outras grandes cidades, como São Paulo, a partir dos anos 2010. No entanto, convém notar que o fenômeno a que faço menção aqui tem pouco a ver com esta elástica (in)definição de arrastão; o arrastão das praias não se referia ao crime como negócio, desempenhados por “profissionais” do ramo, e sim a conflitos entre turmas de jovens, realizados em um contexto e local de lazer coletivo, público, e que por vezes resultaram em furtos de objetos de banhistas.

A comoção social em torno deste evento, o “arrastão”, levou a uma série de debates que reforçaram meu interesse sobre o que estava ocorrendo neste local da cidade. Não só a imprensa falava do caso; as conversas entre amigos, os pesquisadores, todos lançavam explicações e suas dúvidas sobre o que estava ocorrendo. E uma das palavras que emergia com força nesta discussão era “democracia”. As pessoas, particularmente os frequentadores das praias, recorriam insistentemente à frase “logo a praia, um lugar tão democrático”, para expressarem seu pesar sobre a ameaça de arrastão que passou a pairar em cada domingo de sol sobre local tão cobiçado e simbolicamente importante para a própria imagem da cidade. O pânico social se espalhava e a reboque trazia uma conexão que me atiçava a curiosidade: “a praia como democracia”. Afinal, em um país como o Brasil, de tradição conservadora e autoritária, o que significaria assumir que determinado lugar é democrático?

Como eu trabalhava, e ainda trabalho, embora menos, com a temática das relações étnico-raciais, a palavra “democracia” ainda me remetia a outro leque de questões, a do chamado “mito da democracia racial”, que nos fala da convivência harmoniosa das raças no Brasil.

Uma figura emblemática deste tipo de discussão é Gilberto Freyre (2006), que, em seu estudo nos anos 30/40 sobre a formação do Brasil, valoriza a mestiçagem que aqui se produziu, quase como um sinal desta suposta harmonia. Roberto da Matta (1981), por sua vez, nos conta sobre a fábula das três raças, e a associação que esta promove entre diversidade étnico-racial e desigualdade na composição social brasileira, enaltecendo a primeira e ocultando a segunda.

Interessantes observações sobre a ambiguidade do termo “democracia racial” e seus usos estão presentes também, por exemplo, em Nogueira (1985). Para este autor, há dois significados postos em jogo pelos atores sociais: um que se refere ao encobrimento da desigualdade étnico-racial e do racismo, a partir do pressuposto da existência da propalada “harmonia racial” de que nos fala Freyre. Outro significado, porém, acionado particularmente por alguns militantes negros brasileiros nos anos 50 (cf. Guerreiro Ramos, 1995) conectaria a noção de democracia racial não a uma “realidade vivida”, mas a uma proposta política de futuro, um “sonho”.

Hasenbalg (1992), por sua vez, nos lembra que o tipo de pensamento que celebra a diferença mas acaba por dificultar o entendimento sobre a existência da desigualdade étnico-racial está presente em várias narrativas americanas, desde a noção de “*melting pot*” estadunidense até o conceito de “*raza cósmica*” de José Vasconcelos (1948), resultado, segundo este autor mexicano, do hibridismo e da mestiçagem. De resto, os movimentos negros brasileiros também vem historicamente se preocupando em denunciar os efeitos maléficos para a população afrodescendente do uso ideológico, no sentido marxista, de mistificação da realidade, da expressão “democracia racial” para a negação do racismo no Brasil por parte dos segmentos sociais dominantes.

Enfim, para conectar praia e relações raciais, prestei atenção a duas expressões comumente usadas pelos cariocas, e pelos brasileiros em geral, quanto aos objetivos de se frequentar a praia carioca. A primeira é “pegar uma cor”, no sentido de se bronzear; em estreita conexão com esta, a expressão “estar preta”, como sinônimo de estar bem bronzeada, também merece destaque – afinal, o que significa esta expressão, usada inclusive com admiração para designar quem consegue este feito, e que causa inveja a quem “não está preto”, num país historicamente racista, como o Brasil?

A segunda expressão é “mistura”, utilizada como algo depreciativo no contexto praieiro; assim, por exemplo, se justifica a mudança de local de um ponto a outro da orla – tal praia “está muito misturada”, e portanto não é bom frequentá-la, segundo este tipo de lógica. Assim, passa-se a frequentar outro lugar. Neste contexto, porém, também se pode pensar que

a expressão “muito misturada” parece indicar um ponto de mistura que seria bom, enquanto seu “excesso” é que seria ruim.

Todas eram questões que me instigavam e me levavam à praia. No entanto, também poderiam me levar a certo tipo de pergunta de que eu desconfiava. Enfim, parecia que estudar a praia significava responder – e julgar - se a praia era ou não democrática, e como isso se conectava a raça. Enfim, tratava-se de estabelecer um *status* de verdade ou de mentira. Era, e é, uma pergunta sedutora, e sem dúvida há relevantes estudos e reportagens e debates neste sentido¹⁰⁹. Eu poderia também me estender em um debate sobre a noção de democracia segundo a ciência política e a sociologia, desde a ágora grega, em que a discussão sobre os limites desta ágora aponta para a exclusão de diversos segmentos sociais habitantes da cidade. Poderia também me alongar no debate sobre democracia e representação, o que também levaria à indagação sobre a possibilidade ou não de visibilidade e fala para grupos politicamente minoritários, ou mesmo me deter na noção mais recente de democracia radical¹¹⁰.

Mas eu desconfiava que toda esta discussão dava de barato a própria noção de democracia, não a interrogava, tomava como pressuposto que todos pensavam o mesmo quando falavam que a praia era democrática – inclusive eu, como carioca e brasileira. Eu precisava, portanto, como já recomendava Velho (1980), estranhar mais esse mundo tão familiar a mim enquanto pesquisadora brasileira e carioca, partícipe de uma tradição de pensamento predominantemente ocidental. Tentar brincar e a partir disso me distanciar do meu próprio contexto – assumindo, por exemplo, o pressuposto de que certos nativos de certo local chamavam uma área da sua cidade de”hualu”....e a partir daí tentar saber o que isso era, e o que isso significava para eles. Este movimento e atitude implicavam, por exemplo, imaginar que os outros locais dessa cidade não eram “hualu”, e se perguntar se, ao longo de sua história, aquele povo havia privado de “hualu” em suas relações sociais. Assim, a pergunta não deveria ser se a praia era ou não democrática; mas precisava passar a ser – o que é “democracia” para estas pessoas? E por que logo aquele lugar, a praia, é “democrática”? Quem assim a considera? Há outras versões sobre este local? Quais são elas? E mais: o que é aquele lugar chamado praia para estas pessoas?

¹⁰⁹ Cf. por exemplo O'Donnel, 2013.

¹¹⁰ Embora não seja o foco do meu trabalho, há interessantes abordagens dos temas em Cassin, Loraux e Peschanski (1993), - sobre os limites da democracia grega; além de um clássico da tradição liberal do termo, por exemplo, como Bobbio, 1997. Sobre o conceito de “democracia radical” proposto por Ernest Laclau e Chantal Mouffe, cf. entre outros Aronowitz, 1992.

Fácil e divertido pensar assim; mais difícil é executar tal empreitada. Então, pensei em utilizar um instrumento de estranhamento comum de se encontrar em estudos antropológicos: a história, até por gosto pessoal. Estranhei a praia através da história¹¹¹. Esta se revelou uma boa estratégia, pois a constatação de que a praia brasileira, e dentro dela a carioca, nem sempre foi o que é hoje me levou a compreender novas dimensões sobre os significados deste espaço urbano, e mesmo sobre a construção do espaço público no Brasil. No entanto, a abordagem histórica também apresentou alguns problemas.....porque fui indo, buscando sentidos históricos cada vez mais para trás e....em resumo, fui parar em 1500 para estudar a praia no ano 2000.

Não trarei para cá toda esta discussão, mas sim seus pontos mais relevantes para o estudo que propus. Assim, observei, por exemplo, que a praia do séc. XVI, a praia da “descoberta” de Colombo e Cabral foi a praia da interação entre diferentes etnias e cores, a praia das lutas entre vários grupos invasores e vários grupos nativos. Do século XVI ao séc. XIX, podemos ver a configuração de outra praia, aquela representada como *locus* degradado do lixo e do trabalho nos portos – comércio, inclusive de escravos, lugar onde se atiravam os detritos das casas senhoriais das cidades (cf. Freyre, 2006, por exemplo, sobre estes aspectos).

Uma grande mudança se opera a partir do século XIX, impulsionada pela vinda de dom João VI e a transferência da capital do Império português de Lisboa para o Rio de Janeiro. Surge a praia da saúde! Na Europa já havia esta nova onda medicinal da cura pela água do mar, e el rey, acreditando neste tipo de tratamento para sua erisipela, manda construir e passa a usar a casa de banhos do Caju, existente até hoje na cidade.

Importante frisar que estas ondas de significados diversos associados à praia não são precisas em seu começo e fim. Tanto que, em meados do século XX, transparece ainda a “praia *locus* da pobreza” em canções como as de Dorival Caymmi – veja-se por exemplo “Eu não tenho onde morar”¹¹², onde canta o autor: “Eu não tenho onde morar, é por isso que eu moro na areia”. Ou nos primeiros livros de Jorge Amado, ainda nas primeiras décadas do século XX, como *Mar Morto* (1936) e *Capitães da areia* (1937), onde a orla é frequentada pelas camadas populares e consideradas “marginais” da cidade de Salvador, na Bahia.

Mas, enfim, é na metade do século XX, no pós-segunda guerra, que se consolida no Rio de Janeiro a praia como lazer massivo, na esteira de uma busca de modernidade associada à ocupação de um novo espaço: o da orla da zona sul, em detrimento do velho centro da cidade,

¹¹¹ Para uma interessante discussão sobre os usos antropológicos da História, cf. Schwarcz, 2005.

¹¹² Esta canção foi lançada em 1960, porém composta durante os anos 40/50.

associado ao passado colonial. Nessa perspectiva, também se incorpora a ideia de que a praia se configura como um espaço público que apresenta toda a diversidade urbana da cidade em suas areias – e não mais apenas segmentos nobres, como na praia da saúde imperial, ou marginais, como na praia dos personagens de Jorge Amado. Daí o início de sua associação com o termo “democracia”, conforme se pode notar por exemplo por reportagens dos anos 50/60 (para maiores detalhes sobre esta viagem histórica sobre a praia, cf. Farias. 2003).

Depois desta jornada pela história do Brasil e da cidade, e estranhado o campo, me dediquei a realizar entrevistas em profundidade com banhistas, agentes do Estado, como salva-vidas, e trabalhadores na praia de Ipanema, de diversos recortes étnico-raciais, classe, faixa etária, gênero e local de moradia. No total, foram entrevistadas 38 pessoas. Também me empenhei em frequentar e interagir no local, assumindo a etnografia como meio de conseguir uma descrição densa desta cultura, como nos ensina Geertz (2008).

A partir deste esforço combinado de levantamento histórico, entrevistas e etnografia, constateei que o discurso sobre democracia que a maioria dos entrevistados assumia – e que era meu foco nesta pesquisa - se articulava em torno de dois eixos: igualdade – na praia todos são iguais, seres semidesnudos debaixo do sol - e liberdade – a orla é um lugar onde se pode fazer tudo o que se quiser. Isso de alguma forma se refletia legalmente através da própria Constituição brasileira vigente, promulgada em 1988, e que afirma em seu Artigo 20 que a praia é um “bem comum”, ou seja, é de todos, sendo seu uso franqueado a qualquer um.

Para pensar mais sobre o assunto, recorri a Victor Turner (1969) e a noção de *communitas*, como um estado em que, nos rituais religiosos, se suspende as hierarquias q estruturam as sociedades e instaura um momento liminar, em que reina a igualdade entre seus membros. No caso, a praia se prestava a isso – é um terreno liminar, entre a terra e a água; é um local de estadia e posse temporária; é de todos em geral e de ninguém em particular. E é onde se dá um dos grandes eventos da cidade, o *réveillon*, o fim de ano, momento liminar entre um ano e outro, onde todos se igualam na busca de um bom novo ano.

Entretanto, os graus em que igualdade e liberdade se apresentavam nas percepções dos entrevistados indicavam que a *communitas* da praia se configurava de acordo com alguns critérios. Isso significa dizer que os limites para cada grupo ser mais ou menos “igual”, ou “livre”, dependiam de sua classificação segundo os locais. Essa classificação obedecia a três aspectos principais: a cor, a classe social e o local de moradia a que pertenciam os indivíduos na sociedade mais ampla.

Considerarei então que havia uma espécie de escala hierárquica, de *status* e prestígio nessa *communitas*, e que o grau de liberdade e de igualdade que usufruía cada grupo variava de acordo com sua posição segundo estes três critérios. No mais alto patamar, estavam os frequentadores de cor branca, de camadas médias e altas, que moravam nas cercanias da praia. Logo a seguir estavam indivíduos miscigenados de camadas médias e também moradores locais, seguidos por aqueles brancos e mestiços de camadas populares moradores não-zona sul. Em penúltimo estavam as pessoas negras de camadas médias moradores das redondezas e por último, como categoria com menor *status*, se situavam os negros das camadas populares, moradores de regiões periféricas da cidade do Rio - não-zona sul e de outros municípios, particularmente aqueles pertencentes à Baixada fluminense, região industrial e populosa onde se concentram as moradias dos trabalhadores do Estado.

Enfim, a “democracia praieira” pressupunha na verdade uma ordem. E esta “ordem local” era posta em movimento, atualizada, a cada ida à praia, através da sociabilidade dos grupos na praia, que ia do conagraçamento e expansão das redes de interação entre os grupos melhor colocados neste *ranking* acima descrito, a estratégias de evitação e iniciativas de confronto e conflito – entre estes e os grupos situados nos níveis mais baixos da hierarquia.

Neste contexto, uma das chaves para o estabelecimento de distâncias e proximidades, ou seja, para o estabelecimento da “ordem social”, era o corpo – através dele, é performatizado o *status* de cada grupo, assim como as relações devidas com os outros grupos existentes na praia. Desta forma, retomando uma das minhas primeiras observações, sobre a expressão “pegando uma cor”, ela pode expressar a liberdade de passar mais tempo no ócio, sendo o bronzeado do corpo a marca disso; ao mesmo tempo, indica a liberdade de ir e vir pelas cores – é a diferença entre a cor que se pega e a cor que se tem. Os melhor situados na escala hierárquica são justamente aqueles que “pegam uma cor”. – os brancos de camadas médias e altas moradores dos bairros mais valorizados da cidade. Os que transitam com maior dificuldade são aqueles situados no nível inferior da escala – aquelas pessoas, afrodescendentes mais escuras, que moram a grande distância da orla e dispõem de menos tempo para o ócio.

Com a “mistura”, a outra expressão que me chamara a atenção no início de meu estudo, também se dá o mesmo; celebramos a mistura, se a temos sob controle, e isso se expressa nas cores e comportamentos corporais a nosso redor. Caso estes ultrapassem determinado limite, a mistura desejada passa a ser a mistura perigosa. Dito de outra forma, se a maioria de brancos na praia de Ipanema for “ameaçada” por grupos de pessoas negras vindas de outras regiões da cidade e do Estado, esta “mistura” não será bem-vista, para dizer o mínimo.

Segundo momento da pesquisa: os anos 10 do século XXI

Bem, num segundo momento, na virada da primeira década do século XXI, voltei à praia como objeto de estudo. No entanto, desta vez, meu olhar foi atraído por outra expressão muito disseminada nos jornais ao longo de 2009, 2010 e 11, nas conversas e na área de políticas públicas, especialmente no campo das políticas de segurança. Esta expressão se referia a um novo tipo de ação neste contexto: o “Choque de Ordem”. Era este o nome dado a um conjunto de ideias e práticas ligadas à política de segurança municipal, que é lançado em 2009, e que se alicerçava numa repressão incisiva a aspectos tão diversos quanto estacionamentos em locais proibidos, população de rua até o comércio informal nas ruas e nas praias. Esta iniciativa contava com o apoio das forças de segurança estaduais, através da Polícia Militar e do Grupamento Marítimo do Corpo de Bombeiros, os guarda-vidas, tradicionais figuras no cenário da praia e que eu já havia contatado no meu primeiro campo.

O Choque de Ordem era – e é - portanto uma ação ambiciosa, de larga escala, que propunha “impor” uma ordem que as autoridades consideravam ameaçada neste espaço, através de uma ação que se apresentava como organizada, rápida e certa. Uma série de iniciativas do governo municipal consolida o choque. Assim, em 2010 a prefeitura do Rio cria o Grupamento Especial de Praia, segmento da guarda municipal destinado, conforme se afirma em seu *site*, a “patrulhar as praias da zona sul”. Em 2011, é criado o Grupamento de Operações Especiais, o GOE, responsável por agir em caso de “calamidade pública, salvamento e resgate”, e também usado como uma força auxiliar aos esforços das operações do Choque de Ordem.

Tudo isto se desvela então como um novo momento, de aumento do controle sobre a orla, através de um envolvimento bem maior do poder municipal no espaço público da cidade. Cabe afirmar que sem dúvida isto tudo tinha como cenário maior a preparação da cidade do Rio de Janeiro e do Brasil para uma série de megaeventos, desde os Jogos Pan-americanos de 2012, a Copa do Mundo de 2014 e afinal as Olimpíadas de 2016.

É diante deste cenário que me dispus a retomar meu objeto de estudos, a orla carioca agora com novo foco: não mais a “democracia”, mas a “ordem”. Também os interlocutores da nova pesquisa mudaram: ao invés de entrevistas com frequentadores e trabalhadores, eu me envolveria mais em ouvir os agentes do Estado, aqueles que supostamente levariam a tal “ordem” a este espaço público - guarda-vidas, sim, mas também policiais militares e guardas municipais. Esta nova tarefa envolvia ainda uma análise mais extensa e compreensiva sobre o caráter e o ideário das políticas públicas e de segurança no Brasil.

E de novo tive um problema de pergunta. Primeiro, porque o próprio nome desta nova política de segurança municipal – “Choque de Ordem” - é uma expressão muito forte; lembra, para uma carioca, o Batalhão de Choque da Polícia Militar, responsável por incursões a comunidades pobres na busca de criminosos e suspeitos e que é constantemente acusado pelos moradores destes locais de violência e abuso de poder. Para uma brasileira, lembra ainda a triste época da ditadura militar, onde eram comuns torturas como o choque elétrico contra presos políticos. Assim, as associações que eu fazia me levavam a conectar *a priori* a “nova ordem” implementada pelo Estado com arbitrariedade, autoritarismo, imposição de força, violência. Esta podia ser uma perspectiva, inclusive – até porque, com que finalidade escolher um nome destes para uma política?

Mas o problema era que isto me levava a pressupor que: a) a ordem anterior, a tal ordem local de que falei antes, imposta pelos grupos dominantes no espaço praia e por tabela na cidade e no país, era uma ordem não arbitrária, não autoritária, sem imposição de força nem violência. Nesse movimento, as hierarquias de cor, classe e local de moradia que eu reconheceria antes como seus critérios principais, seriam praticamente naturalizadas. Outro problema: as forças do estado, os governos, seriam vistos como algo à parte da sociedade, quase fetiches, com vida e vontades próprias. Assim, seriam elas, e suas iniciativas, que seriam autoritárias e violentas, e não a sociedade ou alguns de seus segmentos.

Então me voltei não para pesquisar se o choque de ordem era legítimo ou ilegítimo, violento ou não; meu objetivo passou a ser entender o significado mesmo de “ordem” naquele contexto, pelos grupos que ali coexistiam – os agentes da ordem estatal; os demais trabalhadores locais (barraqueiros, ambulantes, quiosqueiros¹¹³); e os banhistas. Desta vez, fiz um levantamento documental de leis, procedimentos e políticas, além da etnografia de alguns eventos ocorridos no espaço praia, em especial Copacabana. Também entrevistei 20 pessoas.

Comecei pesquisando um evento que havia sido incorporado oficialmente ao calendário da cidade em 2007, por iniciativa de um vereador: o Dia de Iemanjá, divindade do candomblé e da umbanda, considerada por estas religiões de matriz africana como a entidade das águas

¹¹³ Na praia carioca, estes são os principais tipos de trabalhadores; os quiosqueiros ficam na calçada da orla, dentro de estruturas padronizadas pela prefeitura do município, vendendo desde produtos industrializados a salgadinhos fritos, além de bebidas de variados tipos. Pagam uma taxa à prefeitura para poderem comerciar no local, e muitas vezes contratam funcionários como atendentes; são médios e às vezes até grandes comerciantes que mantêm sua rede de atendimento à freguesia da praia. Já os barraqueiros vendem também alimentos nas praias, situando-se porém em estruturas de lona, mais precárias, fincadas na areia da praia. São pessoas que se articulam frequentemente a partir do trabalho familiar – pai, mãe, filhos trabalham nas barracas e também precisam da licença da Prefeitura para atuar. Já os ambulantes circulam carregando seus produtos pelas areias, podendo ser contratados de empresas de alimentação ou solitários comerciantes. Estes sofrem severo controle da prefeitura, e precisam igualmente estarem autorizados por ela para poderem comerciar no local

marinhas. Este dia era 29 de dezembro – e isto era uma novidade em relação ao momento de pesquisa anterior, pois significava uma mudança do dia dos festejos, tradicionalmente realizado no dia 31, juntamente com a festa de ano novo. E se antes as celebrações de Iemanjá se espalhavam por toda a orla carioca, nesta oficialização da data vinha a reboque a fixação de um ponto para as homenagens: a praia de Copacabana. Organizado agora pelos comerciantes do Mercado de Madureira¹¹⁴, o evento tinha o apoio logístico da polícia militar (PM) e da Guarda Municipal (GM) – respectivamente, partes da estrutura estadual e municipal.

Nossa equipe de pesquisa acompanhou a procissão de 2011, com caminhões de fiéis e líderes religiosos, levando presentes de Madureira até Copacabana para ofertar à rainha do mar. Na procissão, que contava ainda com carros e ônibus, também estava uma estátua de dois metros da divindade, escoltada por agentes da lei. A princípio, diante de todas estas novidades, particularmente a marcação de outra data para a festa, eu havia pensado numa arbitrária imposição de ordem – afinal, quem ousaria trocar a data do Natal católico ou do sábado judaico? Com o intuito de saber mais a respeito da recepção destas novidades pelos partícipes dos festejos, saímos entrevistando pessoas presentes.

Algumas realmente lamentaram a substituição da ordem anterior da festa e se mostraram preocupadas com a possibilidade da imposição de uma nova ordem, mais violenta, à festa em espaço público. No entanto, uma delas, ao ser perguntada sobre o novo ordenamento da comemoração, disse que “a ordem é quando a prefeitura não impõe só leis, é quando também abre espaços como esse pra pessoas com crenças diferentes se expressarem”.

Isto me levou a pensar que havia uma outra interpretação em andamento também, para além do arbitrário das mudanças e da intervenção oficial: a de que a inserção desta nova ordem estatal não era necessariamente mal-vinda. Esta perspectiva encarava a inclusão do Dia de Iemanjá no calendário oficial da cidade como reconhecimento oficial das religiões de matriz africana, que ao longo da história brasileira tem sido intensamente reprimidas, inclusive pela polícia e demais forças de segurança¹¹⁵.

Após então recomençar minha pesquisa na praia, agora sob a ótica da ordem, com o acompanhamento do evento público acima descrito, resolvi adentrar no universo dos

¹¹⁴ O Mercado de Madureira se autointitula o “maior mercado popular” da cidade, e o mais barato, também.

¹¹⁵ Cabe dizer que, voltando a acompanhar o evento em 2015, para ampliar uma nova pesquisa agora em andamento, deparamo-nos com uma festa com muito menos gente, e uma divisão de datas (alguns festejos ocorriam agora no dia 2 de fevereiro, data em que na Bahia sempre se festejou Iemanjá, ao contrário do Rio), entidades organizadoras (desde terreiros e centros específicos a grupos musicais como o Afoxé Filhos de Gandhi carioca) e pontos de encontro e festejo (regiões no centro da cidade ou outros pontos da orla). Relatos davam conta da diminuição do esplendor e da afluência de pessoas ao longo dos últimos anos. Agradeço à bolsista e assistente de pesquisa Aline Diniz pela ajuda na coleta de dados.

trabalhadores da orla, para indagar deles como estava sendo e o que eles entendiam sobre esta ordem do “Choque”. Interessantemente, uma das primeiras entrevistadas nesta fase apresenta visão similar sobre isso: a (nova) ordem da praia. Entrevistada sobre o que é ordem, uma barraqueira também ressaltou o fato de que “a gente passou a ser mais respeitado depois que a prefeitura passou a dar mais atenção pra gente.” Desta forma, ela também apoia o choque, porque, para ela, “ajuda a organizar o que precisa ser organizado”. E completa: “fiz inclusive um curso de como tratar meus clientes e cuidar dos meus produtos.” No fim da entrevista, nos corrige: “olha, o nome certo [da minha atividade] não é barraqueira, é empreendedora de ponto fixo da praia”. Pareceu-me também se tratar de demanda por visibilidade e reconhecimento, tal como eu notara em entrevista feita no evento de Iemanjá. Neste caso, esta demanda era vocalizada por uma trabalhadora da praia, tradicionalmente vulnerável tanto diante de relações de trabalho precárias, informais, quanto da ação policial (para um panorama dos conflitos entre vendedores ambulantes – os “camelôs” – e agentes do Estado, cf, por exemplo Mello, 2001).

Encontrei outros entrevistados com uma visão positiva sobre a ordem, porém a partir de outras explicações. Para estes, o “Choque de Ordem” funciona como um reforço à tradicional hierarquia local, tornando o espaço público “melhor” – “mais limpo, mais seguro”.

Porém dois outros banhistas, um deles turista, vão mais além, pois acreditam que a ordem antes simplesmente não existia – e o “Choque” vem para instalá-la. A ordem local, nesta visão, é a baderna, são os camelôs (comerciantes ambulantes) “enfeando a orla”, é o “lixo”, é o “tumulto” de gente; nestas falas, é comum a ideia expressa pela frase de um dos entrevistados: “ainda bem que a ordem afinal chegou”. A intervenção, assim, é vista como redentora: “tem que chamar a polícia, essas pessoas só respeitam a força”. Neste sentido, o “Choque” é necessário, e seus possíveis excessos não são interpretados como preocupantes.

Os mais críticos quanto à ideia de ordem são trabalhadores – e aí, tanto civis quanto os do Estado. Um ambulante afirma: “minha filha, não tem ordem pra pobre, é só ordem pros ricos, pros turistas”. É basicamente a mesma posição de um policial militar: “ordem pra mim seria o trabalhador ter seus direitos, seu salário decente pra viver bem”. Nesta visão, identifica-se ordem a justiça social, a igualdade, remetendo à questão de classe. E, desta forma, nem a ordem local anterior – aquela regida por uma hierarquia de classe, cor e local de moradia - nem o Choque de Ordem, efetivamente, a representariam.

Mas há também uma outra posição, que supõe uma diferença entre a antiga ordem e a situação atual. Para esta perspectiva, a tradicional ordem local deveria ser restaurada, e o atual Choque

de Ordem, na verdade, é o que geraria confusão e desorganização das relações sociais. Nesse sentido, a nova ordem é considerada desordem. Alguns agentes do estado explicitaram esta perspectiva. Um guarda-vidas, irritado, reclamou ao receber ordens de um guarda municipal para ajudá-lo em conflitos no calçadão: “quem é que vai cuidar dos afogamentos? Eu não tenho nada com a orla, chama a PM!”

Já um membro do GOE (originalmente criado para situações de emergência e catástrofe na cidade) demonstra insatisfação porque tem que “apreender mercadoria e prender camelô”; numa espécie de desabafo, comenta: “não foi pra isso que entrei pro GOE; ou eu salvo vidas ou guerreio as pessoas!” Afirma ainda que deveriam então aproveitar aquelas pessoas que passaram no último concurso para fiscal da Prefeitura para fazer este tipo de serviço.

Enquanto isso, guardas municipais do GEP entrevistados parecem ter conhecimento e concordarem com suas atribuições, porém não atentam para a integração de forças municipais e estaduais que o “Choque” pressupõe e não tem ideia das atribuições de guarda-vidas e policiais militares, por exemplo. Assim, segundo eles, cabe ao GEP resolver casos de crianças perdidas e também afogamentos. De fato, fui verificar no site da corporação as tarefas de que são encarregados guardas do GEP e lá constavam tais ações. O problema é que são os mesmos casos que, segundo o *site* do Grupamento Marítimo do Corpo de Bombeiros, ligado às forças de segurança estaduais, são atribuições dos guarda-vidas. Em suma, há duplicidade de ação por corporações vinculadas a esferas de poder institucional diversas. Ambos os grupos são encarregados de cuidar de crianças desaparecidas na orla e de afogamentos. Não é difícil compreender a confusão – sim, a desordem - que isto pode causar na prática dos agentes.

Considerações finais

Este artigo pretendeu dar conta das modificações ocorridas na orla carioca, a partir da análise de novas ações em segurança pública levadas a cabo pelo município em consonância e com o apoio do governo estadual. Para isto, retomou-se o estudo da praia, através de uma perspectiva antropológica, com auxílio precioso de etnografia e entrevistas em profundidade. O recorte histórico compreendeu dois momentos distintos, mas que foram interpretados como partícipes de um mesmo processo de aumento de controle estatal sobre aquele território – o espaço público praia.

Enfim, se antes me debrucei sobre os significados de democracia, agora me detive em estudar ordem. Esta demonstrou ser entendida de quatro formas principais. Na primeira visão, há uma valorização da “ordem do Choque”, encarado como ampliação do direito à visibilidade, ao

espaço público e à atenção positiva por parte do Estado; nesta visão, minoritária, se congregam segmentos historicamente deixados de lado pelo poder estatal, como trabalhadores informais e adeptos de religiões não dominantes. Numa segunda visão, também há uma valorização da “ordem do choque”, porém identificada à força e à posse exclusiva do espaço público pelas camadas média e alta da população local, e também à exclusão de outras forças sociais deste espaço público. Nesta direção, a antiga ordem hierárquica local é depreciada e identificada à bagunça, à desordem. Esta visão foi compartilhada por pessoas de camadas sociais mais abastadas, moradoras de locais privilegiados da cidade.

Uma terceira perspectiva sinaliza que a ordem local anterior apenas assegurava privilégios para as camadas mais ricas da população. Deste ponto de vista, ordem é associada a justiça social, considerada ausente no arranjo tradicional de ordem. Pela mesma razão, a ordem do Choque também é recusada, pois é a ordem do arbítrio e não garante igualdade. Assim, ambas são consideradas cerceadoras, e não promotoras, de direitos. Esta perspectiva foi acionada por trabalhadores, pessoas pertencentes às camadas populares.

Um quarto entendimento sobre o que é ordem é aquele que a conecta a um arranjo consensuado, convencional, feito pelos agentes estatais e frequentadores interessados. Aqui, a tradição é afirmada como a alternativa de ordem, e sua restauração seria a forma de garantir o bom andamento das interações sociais. A ordem do Choque, baseada em intervenções institucionais, é vista dentro deste contexto como uma falsa ordem, uma ação que funciona de maneira disruptiva, causando transtorno, confusão – em uma palavra, desordem. Esta interpretação é levada a cabo especialmente por alguns agentes da lei, que não se sentem preparados adequadamente para agirem em conjunto nem conseguem visualizar sua específica esfera de atuação dentro do escopo para eles abrangente demais do Choque de Ordem. É de se imaginar que esta postura reflita problemas na gestão desta nova política, referentes ao treinamento e também ao conhecimento sobre os limites e atribuições dos agentes. E se imagina também os reflexos deste tipo de problemas nos resultados das operações, em termos do seu sucesso.

Em termos mais amplos, é também importante indicar que as disputas de sentido em torno das palavras “democracia” e “ordem” não se encontram só no espaço praia. Elas tem lugar e espelham também debates e práticas diárias na cidade do rio e no país, envolvendo noções de democracia, ordem, justiça, igualdade e liberdade. Elas se refletem em posturas políticas adotadas em relação a questões para além da praia, alicerçando escolhas partidárias, bandeiras de luta, posições sociais (no sentido de Bourdieu, 2001) e pontos de vista diante de qual deve ser o papel do Estado e de quais são as demandas dos diversos segmentos sociais brasileiros.

Importante também observar como estas noções se conectam com classe social, pertencimento étnico-racial e local de moradia.

Então, esse lugar – a praia - dessa cidade – o Rio de Janeiro - deste país – o Brasil - é um aspecto central de sua vida social, e a reflexão sobre ele pode reunir e desvelar dinâmicas fundamentais para se entender não só as políticas de segurança e seus impactos no espaço público, como as relações entre os agentes e as ações do Estado e os demais segmentos sociais. No entanto, para compreender a amplitude do alcance destas falas, políticas e ações, é preciso ir além da simples busca do estabelecimento do estatuto de verdades e de mentiras, e buscar conhecer o complexo mosaico de forças e posições políticas conservadoras e progressistas que estão em jogo contemporaneamente no Brasil.

Referências bibliográficas

ARONOWITZ, Stanley. 1992. “Pós-modernismo e política”. In: BUARQUE DE HOLLANDA, Heloisa (org.), *Pós-modernidade e política*. Rio de Janeiro, Rocco.

BOBBIO, Norberto. 1997. 6ª Ed. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

BOURDIEU, Pierre. 2001. 4ª Ed. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.

CASSIN, Bárbara; LORAUX, Nicole; PESCHANSI, Catherine. 1993. *Gregos, bárbaros, estrangeiros*. Rio de Janeiro, Editora34.

DA MATTA, Roberto. 1981. “Digressão: a fábula das três raças ou o problema do racismo à brasileira”. In: *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Petrópolis, Vozes.

FARIAS, Patrícia. 2003. *Pegando uma cor na praia: relações raciais e classificação de cor na cidade do Rio de Janeiro*. Prefeitura do Rio/Secretaria das Culturas.

_____; Cecchetto, Fátima. 2009. “Tu mora onde? Território e produção de subjetividade no espaço urbano carioca”. In: Sá Carneiro, Sandra de; Sant’anna, Maria Josefina Gabriel, *Cidade: olhares e trajetórias*, Rio de Janeiro, Garamond/Faperj.

FREYRE, Gilberto. 2006. 48ª Ed. *Casa Grande e Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo, Global.

GEERTZ, Clifford. 2008. 13ª ed. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro, LTC.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. 1995. *Introdução crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.

HASENBALG, Carlos. 1992. “Notas sobre relações de raça no Brasil e na América Latina”. In: Buarque de Hollanda, Heloisa (org.), *Y nosotras latinoamericanas? Estudos sobre gênero e raça*, São Paulo, Fundação Memorial da América Latina, relatório de eventos.

MELLO, Kátia Sento Sé. 2011. *Cidade e conflito – Guardas Municipais e camelôs*. Niterói: Eduff.

NOGUEIRA, Oracy. 1985. *Tanto preto quanto branco. Estudos de relações raciais*. São Paulo, T. A. Queiroz.

O’DONNEL, Júlia. 2013. *A invenção de Copacabana*. Rio de Janeiro, Zahar.

SCHWARCZ, Lilia. 2005. “Questões de fronteira: sobre uma antropologia da história”. In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 72, São Paulo.

TURNER, Victor. 1969. *The ritual process – structure and anti-structure*. Chicago, Aldine Publishing Co.

VASCONCELOS, José. 1948. *La raza cósmica. Misión de La raza iberoamericana*. Buenos Aires (AR): Espasa-Calpe, 2ª Ed. (1ª Ed. 1925).

VELHO, Gilberto. 1980. “Observando o familiar”. In: *Individualismo e cultura: notas para uma Antropologia da sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.

Hemerografia

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDRATIVA DO BRASIL DE 1988. In: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

“Operação Choque de Ordem reboca 56 veículos no Rio”. In: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL964547-5606,00->

[OPERACAO+CHOQUE+DE+ORDEM+REBOCA+VEICULOS+NO+RIO.html](http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL964547-5606,00-OPERACAO+CHOQUE+DE+ORDEM+REBOCA+VEICULOS+NO+RIO.html)<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL964547-5606,00-OPERACAO+CHOQUE+DE+ORDEM+REBOCA+VEICULOS+NO+RIO.html>,
20/01/2009. Acesso em 4 de março de 2011.

<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1042251-5606,00-MANIFESTANTES+PROTESTAM+CONTRA+CHOQUE+DE+ORDEM+DA+PREFEITURA+DO+RIO.html> Último acesso em 8/7/2015.

<http://www.sidneyrezende.com/noticia/67448+barraqueiros+protestam+contra+choque+de+ordem+nas+praias+nesta+segunda+feira>. Último acesso em 8/7/2015.

<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/guarda-municipal-do-rio-cria-tropa-de-homens-de-preto,2cb8325ab6e1b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Último acesso em 10/7/2015.

www.centrodeoperacoes.rio. Último acesso em 8/7/2015.

www.copacabana.com/câmeras. Último acesso em 8/7/2015.

www.cbmerj.rj.gov.br. Último acesso em 10/7/2015.

www.mercadaodemadureira.com. Último acesso em 9/7/2015.

www.rio.rj.gov.br/web/gmrrio/exibeconteudo?article-id=848165. Último acesso em 10/7/2015.

www.rio.rj.gov.br/web/gmrrio/exibeconteudo?article-id=2148463. Último acesso em 10/7/2015.

Resumo:

O presente paper trata dos acordos informais, entre defesa e acusação, que acontecem nos processos em trâmite no Tribunal do Júri. A análise desses mecanismos informais mostra como os processos são administrados e fala sobre a “sensibilidade jurídica” inquisitorial presente no “fazer judicial” brasileiro. Analisar os “acordos” informais e a maneira como eles se estabelecem mostra como as decisões formais no processo judicial são, muitas vezes, informadas por “valores morais” e “moralidades situacionais” em contexto e determinam a ação dos agentes no campo. Para sustentar meu argumento, portanto, parto da descrição de três “acordos” presenciados em audiências de instrução e julgamento e um caso de estupro, no qual não houve acordo, embora houvesse “convergência moral” quanto ao seu desfecho.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Moralidades; Valores Morais; Interação

Resumen:

Este artículo trata sobre los "acuerdos" informales entre defensa y acusación que ocurren en los casos en trámite en el Tribunal del Juri. El análisis de estos mecanismos informales da cuenta, en primer lugar, de la administración judicial de los casos y, en segundo lugar, de la presencia de la "sensibilidad jurídica" inquisitorial en el "hacer judicial" brasileño. Analizar los "acuerdos" informales y la forma como ellos se establecen muestra cómo las decisiones formales en el proceso judicial son, frecuentemente, informadas por "valores morales" y "moralidades situacionales" construídas en un contexto particular, las cuales determinan la acción de los agentes en el campo. Para dar cuenta de ello, describo tres "acuerdos" observados en audiencias de "instrucción" y "juicio" en un caso de violación, en el cual no hubo acuerdo consensado a pesar de existir "convergencia moral" en relación a su desenlace.

Palabras clave: Tribunal del Juri, Moralidades situacionales, Valores morales, Interacción

Abstract:

This paper focus is on informal agreements, between the prosecutor and the defender, in criminal cases judged by the Jury Trial in Brazil. This informal mechanisms analyses shows how the cases are really managed and the legal sensibility, which is inquisitorial in Brazil. Study the agreements, which are not allowed in Brazil, and how do they are established, shows how formal legal decisions are, many times, nourished by moral values and moralities in a context and those set the agents action in the field. In order to support my research I describe three informal agreements I watched during fieldwork, two of them during the pre trial hearings and one in relation to a trial.

Key-words: Trial by Jury, Moralities; Moral Values; Interaction

Introdução

O presente artigo busca demonstrar os caminhos informais do fazer judicial (Eilbaum, 2012) que levam a decisões formais, proferidas pelo sistema de justiça, a partir da análise de quatro casos administrados dentro do Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro. A metodologia utilizada no trabalho é a da etnografia¹¹⁷ (Oliveira, 1993), principalmente a partir da

116. Pesquisadora do Instituto Nacional em Administração Institucional de Conflitos – INCT/InEAC. Contato: izabelsn@gmail.com

117 O presente trabalho é parte de uma reflexão mais ampla, de minha tese de doutorado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, e que consiste em uma etnografia sobre a administração de conflitos no Tribunal do Júri. Isto é, a partir de observação e descrição densa, busco compreender as peculiaridades deste fenômeno que acontece naquele espaço, a partir da compreensão das

observação de audiências de instrução e julgamento (AIJ) e sessões plenárias de julgamento em uma das Varas do Tribunal do Júri da capital do Rio de Janeiro, além do cotidiano de trabalho dos agentes, em seu dia a dia.

O Júri é um “procedimento especial” previsto no artigo 5º da Constituição Federal e no Código de Processo Penal brasileiros (art. 406 e seguintes) e serve para “processar e julgar” apenas alguns crimes cometidos no Brasil. Trata-se de uma forma de processar e administrar conflitos, dirigida não a todos os casos criminais, como, por exemplo, se dá em outros países, mas somente ao julgamento dos chamados “crimes dolosos contra a vida¹¹⁸”. Essa característica já fala sobre a “sensibilidade jurídica” (Geertz, 2007) e tal classificação nativa implica, consequentemente, numa hierarquização (Durkheim e Mauss, 2009, p. 450; Dumont, 1997, p. 373) em relação aos tipos de conflitos que podem ser processados e julgados por esse ritual judiciário (Nuñez, 2015). Trata-se, ainda, de um procedimento “bifásico” conforme define a classificação nativa, dividido entre a fase de instrução e julgamento, até a “pronúncia” ou “impronúncia” do réu (1ª fase), que é então seguido do julgamento em plenário, caso o réu seja “pronunciado” (2ª fase).

O dia a dia das pessoas que trabalham no Tribunal do Júri consiste, além das movimentações processuais dos casos (elaboração de decisões “interlocutórias¹¹⁹”, recebimento das denúncias pelo juiz, agendamento das audiências, recebimento de ofícios e petições por parte do cartório e do gabinete do juiz) na realização das audiências, que ocorrem de uma a duas vezes por semana e, por fim, às sessões plenárias de julgamento. Tais sessões, assim como as audiências, são abertas ao público em geral, e consistem em rituais judiciários durante os quais os réus, acusados do cometimento de homicídios ou tentativas de homicídios são julgados por sete jurados leigos. Na pesquisa de campo, diferentemente de muitas etnografias e pesquisas que focaram no ritual¹²⁰ do plenário, observei também o trabalho prévio daqueles que lá atuam – defensores públicos, promotores e assessores dos juízes em seus “gabinetes”, assim como nas sedes da Defensoria Pública e do Ministério Público (MP), localizadas fora

práticas dos agentes que ali atuam. Trata-se, pois, da escrita de uma etnografia sobre o “fazer judicial” (Eilbaum, 2012) que acontece cotidiana e diariamente.

118. Crimes dolosos contra a vida, por sua vez, são todos aqueles em que o promotor supõe que há a intenção, por parte do agente, isto é, do autor do crime, de “produzir o resultado” ou quando o agente “assumiu o risco de produzi-los” (art. 17 do Código Penal). Vão a júri, portanto, os “crimes dolosos contra a vida”, sendo eles: a) homicídio; b) infanticídio; c) induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; d) aborto.

119 As decisões interlocutórias são decisões que não “terminam” com o processo, mas apenas dão andamento a ele, como aquelas que autorizam a realização de perícias, que determinam intimar testemunhas para depor, que requisitam laudos e que determinam o envio dos processos às partes – Ministério Público e defesa.

120 Muitos trabalhos têm voltado o olhar para o Tribunal do Júri como campo empírico, direta ou indiretamente e são também fontes para dialogar e pensar a presente pesquisa, no contexto brasileiro. Nesse sentido, vide Figueira, 2006; Schritzmeyer, 2001; Eilbaum, 2012; Lorea, 2003; Rinaldi, 1999; Moreira-Leite, 2006; Ribeiro, 2009; e Fachinetto, 2012.

do Foro Central, porém também localizados no centro do Rio de Janeiro, a poucas quadras do Tribunal de Justiça, oportunidade em que busquei identificar o que de cotidiano - e não de excepcional - tem essa forma de julgar.

O trabalho está então dividido em quatro partes: (i) descrição do que são os “acordos” e como ocorrem dentro do Júri; (ii) descrição e análise de acordos em sessões plenárias; (iii) descrição e análise de acordos em audiências de instrução e julgamento, dois deles referentes à “tentativas” de “feminicídio¹²¹”; e (iv) análise da relação entre os “acordos”, as “convergências morais” e a sensibilidade jurídica inquisitorial brasileira. Ao final do trabalho apresento algumas breves conclusões.

1. Os acordos

Para pensar a sensibilidade jurídica (Geertz, 2007) brasileira neste trabalho, descreverei algo que, embora informal, isto é, não previsto dentro das formalidades expressamente definidas em lei para o funcionamento do Tribunal do Júri e, por isso, não descrito em nenhum código ou “doutrina¹²²” de qualquer tipo, acontece com frequência no campo. Trata-se dos acordos feitos entre acusação e defesa, tanto nas AIJ, quanto nas sessões plenárias, e que afetam sobremaneira o curso do processo penal pois podem acontecer em ambas as fases do julgamento: tanto nas (ou antes das) audiências de instrução e julgamento, antes da sentença de pronúncia (1ª fase); quanto nas sessões plenárias, quando os sete jurados farão o julgamento final do caso (2ª fase). Desse modo, os acordos podem afetar de diferentes formas, o processamento do crime, a depender da fase em que ocorram.

Acordos são muito mais frequentes entre promotor e defensor público titulares da Vara, que se conhecem e estabelecem ali laços cotidianos de convivência, às vezes até mesmo de amizade. Ao contrário, a relação com os advogados se constitui de modo bastante diferente e muito mais distante, posto que não compartilham o mesmo espaço cotidianamente, o que gera menor “confiança” e, como os possíveis acordos são justamente feitos nessas bases, no que os

121 Em 2015 foi assinada a “Lei do Feminicídio” que nada mais é do que a criação de uma “qualificadora” que agrava a pena do homicídio cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. E a lei explica que “Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Nestes casos o crime tem a pena aumentada, por ser qualificado, e vira hediondo, ou seja, não progride da mesma forma que o homicídio dito “simples”.

122 Doutrina é o nome dado aos textos usados pelos juristas para descrever o fenômeno jurídico no plano do “dever ser”. Os sentidos e os significados do que está contido nesses textos são relevantes pela maneira como o campo se estrutura. Os alunos estudam a “doutrina”. Os operadores usam a “doutrina” para construir seus argumentos ao longo dos processos judiciais. Os autores de tais textos são tidos como “autoridades” no campo, não em razão das suas ideias e argumentos, mas em razão do lugar que destaque que ocupam, como juízes, promotores e – alguns poucos advogados. Não é a autoridade do argumento que importa, mas o argumento de autoridade (Kant de Lima 1997).

agentes chamam de “poder confiar”, fazer um acordo com um advogado é algo muito difícil. Os júris “de advogado”, inclusive, são conhecidos pelos agentes por serem mais demorados, pois os procuradores privados raramente concordam com as propostas feitas pelo promotor – quando este as faz – e outras possíveis negociações na forma de proceder, como a dispensa de testemunhas e a quantidade de perguntas feitas a elas. Com isso quero dizer que os advogados em geral são vistos com certa desconfiança, impossibilitando que os acordos sejam firmados com eles.

2. Os acordos realizados nas sessões plenárias de julgamento

Nas sessões plenárias de julgamento a existência de um “acordo” é fator determinante no tempo que durará o ritual. Isso por que fazê-lo significa que ambos – acusação e defesa – elaborarão o mesmo pedido diante dos jurados, concordando as duas partes, sobre o que será sustentado no dia. Quando há “acordo” expresso entre eles surge a “convergência de pedidos” e, normalmente, isso significa que o caso desperta em ambos o que chamo de convergência moral quanto ao que será aplicado ao réu. Assim tampouco haverá “briga”, evitando-se os júris de “bola dividida”.

O acordo faz com que o tempo de explanação das partes seja menor, pois elas supõem que os jurados concordarão com a tese de ambos e votarão “com eles”. Reduz-se o tempo da sessão não só pela convergência dos pedidos, mas por que diante dela as partes aceitam dispensar algumas – ou todas – as testemunhas arroladas para serem ouvidas na sessão e, também por isso, os júris acabam mais cedo. A média de duração de um julgamento “de briga” é, portanto, muito maior que aqueles em que há acordo.

Assim, o acordo depende de que as duas partes, acusação e defesa, encontrem um caminho para o processo capaz de agradá-las mutuamente quanto ao desfecho da “lide” e, não necessariamente, quanto à administração do conflito. Este caminho satisfatório se define em torno das “moralidades situacionais” (Eilbaum, 2012) acionadas em cada caso e depende de como os casos “afetam” os agentes do judiciário. Se um caso sensibiliza o membro do MP de modo que lhe pareça razoável soltar o réu, ou aplicar-lhe uma pena menor, este pode concordar com o defensor e combinar com ele que sustentará o homicídio simples ao invés do qualificado, por exemplo. Se o caso o afetar moralmente, a possibilidade de acordo cai e é bem possível que o júri se torne um júri “de briga”. Há, ainda, aqueles julgamentos que afetam os “valores morais” da acusação e da defesa de maneira semelhante, levando a uma convergência moral, mas que, por outros motivos, não pode levar a um “acordo” explícito, em razão do papel institucional que desempenham.

Nos julgamentos que assisti, percebi em boa parte dos defensores uma forma que chamo de objetiva para pensar as estratégias de defesa. Esses profissionais não estão preocupados com a “verdade dos fatos”, com o sentimento dos assistidos ou o que é narrado por eles, mas com o que pragmaticamente pode ser feito para que o réu tenha a pena reduzida ou para que este possa cumpri-la fora do regime fechado. Não é a verdade que importa para o defensor, tanto que muitos deles sequer questionam seus “assistidos” sobre o que de fato aconteceu e, quando o fazem, demonstram pouco acreditar nas suas versões.

Mesmo quando (e se) ocorre uma conversa entre defensor e acusado, minutos antes da sessão de julgamento, o foco é “sentir” o que o réu falará se for interrogado, avaliar se ele deve ou não ficar em silêncio ou, ainda, “confirmar” o que o defensor já pensava quando estudou o caso. Não se trata de algo decisivo para pensar a estratégia de defesa do réu, levar em conta o que o assistido gostaria, como se sente ou, ainda, saber o que de fato aconteceu, mas de pensar a “defesa técnica” e apresentar-se ao acusado, que muitas vezes nunca viu o defensor antes daquele dia¹²³. Importa, por outro lado, o que pode resultar de cada julgamento: a absolvição ou a condenação ou ainda, e mais frequentemente, a medida desta condenação.

Há casos, inclusive, que são tidos pelos defensores como “perdidos”, isto é, a partir da experiência que os profissionais têm, avaliam as chances do réu ser condenado, de acordo com o que está no processo e será sustentado pelo membro do MP. Exemplo que ilustra essa forma de conduzir as defesas, foi o que presenciei durante o julgamento de um estupro combinado com homicídio, que passo a descrever sucintamente.

Naquele dia, o réu a ser julgado era “guardador de carros” numa rua do Bairro de Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro, onde funcionam muitas clínicas de serviços de atendimento psicológico. Numa delas estava a vítima, substituindo há dois dias a faxineira que havia entrado em férias. Na noite do crime, a moça ficara trabalhando até mais tarde no estabelecimento e o acusado, conhecido na rua por lá exercer o referido trabalho informal, entrou na casa sob o pretexto de retirar o lixo, a estuprou e matou, seja lá em que ordem os eventos tenham acontecido. Posteriormente, com a vítima já morta, carregou seu corpo em uma lata de lixo de cor laranja, que a empresa de limpeza urbana¹²⁴ fornece para o descarte de lixo na cidade do Rio de Janeiro, até a Praia de Botafogo, jogando o corpo da mulher no mar, que veio a ser localizado dias depois, boiando e já em estado avançado de decomposição, em uma parte da Baía de Guanabara. O réu foi identificado a partir das câmeras da rua onde a

123 Os defensores que os atendem nos presídios do estado são vinculados a outro núcleo da Defensoria Pública, o NUSPEN. Esse núcleo conta com profissionais que atendem dentro do “sistema” e informam os presos sobre o andamento dos respectivos processos.

124 COMLURB - Companhia Municipal de Limpeza Urbana.

clínica funcionava, por ter carregado a lixeira e uma bolsa feminina para fora do estabelecimento e veio, então, depois de preso preventivamente e pronunciado, a ser julgado pelo Júri.

No dia do julgamento o defensor explicitamente declarou em uma conversa informal comigo, tratar-se de um caso “impossível de absolver”. Além disso, deixou clara a sua percepção sobre o réu, para ele “um verme”, cuja defesa sequer gostaria de fazer, exceto pelo fato de ser essa a sua função e, portanto, ser obrigado a fazê-lo para levar a cabo o “princípio do contraditório” e a “soberania dos vereditos do júri” vigentes no direito processual penal brasileiro. Já de início o promotor que fazia a acusação também deixou clara a impossibilidade de qualquer acordo que pudesse “aliviar” a pena do réu, pois também considerava tratar-se de um “caso horroroso”.

O defensor, embora soubesse que não havia meios de absolver seu “assistido”, fez uma sustentação “técnica” e que para mim, ao ouvi-la, soou crível. Seus argumentos diziam que “não se pode saber o que acontece entre quatro paredes” e, portanto, “não podemos afirmar que a morte não tenha ocorrido durante o ato sexual”. Essa hipótese, sustentada pela defesa, configuraria um estupro seguido de morte, e mesmo que não aliviasse a pena do réu, apresentava-se como uma forma do defensor cumprir o seu papel institucional. O MP naquele dia sustentou, por outro lado, que seria um “estupro” combinado com um crime de “homicídio”. As duas teses expostas pelas partes eram divergentes naquele julgamento, embora houvesse entre elas convergência moral sobre o caso, isto é, ambos consideravam o crime “horroroso” e o réu “um verme”.

Talvez por que, a partir do que o caso despertou na acusação e na defesa, qualquer tipo de “acordo” para reduzir a pena do réu, seria inviável, para ambos. A acusação não aceitaria a redução de pena e, pelas características do caso, a defesa também não estava empenhada em fazê-lo. O destino do “verme” não demandava qualquer acordo, pois era clara (e unânime) a vontade de todos ali: que ele permanecesse na prisão. O interessante é que, nesse caso, havia acordo de vontades, convergência moral no sentido da culpabilidade daquele réu, mas, mesmo assim, houve a simulação de uma “briga” em plenário de modo que ao menos formalmente, parecesse aos presentes na sessão que ambas as partes estavam desempenhando seus respectivos papéis, com a esperada probidade.

Diferentemente deste caso, em que há a simulação de uma defesa para dar conta da forma imposta ao julgamento, em outros o membro da defensoria pública estrutura a sustentação buscando reduzir a pena que será aplicada ao acusado, utilizando, por exemplo, a técnica da

“retirada de qualificadoras” (previstas no art. 121, § 2º do Código Penal) e “outras circunstâncias agravantes”¹²⁵ para abrandar a pena que considera injusta ou descabida, isto é, embora exista acordo entre acusação e defesa quanto à condenação, a pena imposta ao réu pode ser disputada pelas partes ou acordada entre elas, de acordo com as suas moralidades.

Essa “redução de qualificadoras” é algo muito importante pois se relaciona com a “hediondez” dos crimes, isto é, os homicídios qualificados são considerados “crimes hediondos”¹²⁶ e por isso a progressão no regime de cumprimento da pena é mais lenta. Tirar a (ou as) qualificadora(s) dessas condenações e fechar um “acordo” sobre um homicídio simples, é fazer com que o crime deixe de ser hediondo, progredindo o réu mais rapidamente para o regime semiaberto, o que resulta na concessão de sua liberdade face à escassez de estabelecimentos prisionais para o cumprimento do semiaberto no Brasil.

As negociações, portanto, passam pela avaliação da margem de manobra que de fato existe para cada caso. A defesa avalia se há alguma chance de absolver o réu, se o caso é tido como “perdido” e se há alguma possibilidade de reduzir as qualificadoras descritas na “denúncia” que é a “peça processual” oferecida pelo MP para inaugurar o processo criminal, embasada no Inquérito Policial. Avalia, pois, se da negociação pode resultar algo que, na interpretação do defensor, possa ser considerado como mais benéfico para o seu “assistido”.

Outro aspecto que pesa na barganha diz respeito aos casos de “tentativa” de homicídio, isto é, quando não houve a morte da vítima. Estes costumam ser tratados de forma distinta dos casos “consumados”, pois a pena a eles aplicada é menor e, portanto, os réus ficarão menos tempo presos. Inclusive, o fato de um réu poder, ou não, responder ao processo em liberdade normalmente está relacionado com a “consumação” ou não do delito. Isso por que o tamanho da pena que pode vir a ser aplicada, de acordo com as respectivas suposições da acusação e defesa, é fundamental para a medida do acordo e sua realização. Se ambos consideram justo reduzir a pena, fecham um acordo para a “retirada das qualificadoras”. Se, por outro lado, uma parte acha que a pena pode acabar pequena demais, pelas circunstâncias que o crime foi

125 As agravantes estão previstas na “parte geral” do Código Penal e se aplicam a todos os crimes. Além das citadas acima, nas qualificadoras do homicídio, há ainda, por exemplo, cometer o crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; contra criança ou mulher grávida, entre outros. Todas essas “circunstâncias” revelam os valores morais da sociedade brasileira, ao menos ao tempo da elaboração do Código Penal (1940) mas que certamente se mantêm fortes ainda hoje.

126 É a Lei 8.072/90, resultado de uma forte pressão social encabeçada pela diretora de telenovelas veiculadas na Rede Globo, Glória Perez, cuja filha foi assassinada pelo namorado e pela amante, que dispõe que o crime de homicídio qualificado é hediondo. E, por isso, a progressão de regime se dá “após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 da pena, se reincidente. Essa disposição faz com que os condenados por um homicídio qualificado demorem muito mais tempo para mudarem do regime fechado para o semiaberto, fazendo com que esse seja um elemento de “briga” e “barganha” pelos defensores.

cometido, isto é, pelo que o caso desperta em suas convicções, não há negociação quanto à retirada de tais “qualificadoras”.

No caso das “tentativas”, como elas têm, por força de um dispositivo do Código Penal, a pena obrigatoriamente reduzida de um a dois terços (art. 14, p. único do CP) o tempo que ficarão presos preventivamente os acusados de terem cometido uma “tentativa de homicídio” pode vir a ser maior que a pena que lhes será objetivamente aplicada ao final do processo, ainda que sejam condenados, em razão das formas pelas quais a pena privativa de liberdade progride no Brasil, como disse anteriormente. Dito de outra forma, quando negociam entre eles, uma “tentativa” dá ao defensor um poder maior de barganha, face a sua menor gravidade na representação de todos ali.

O promotor que “sustentará” o caso no dia do seu julgamento é a outra parte, para que essa negociação possa, ou não, ocorrer. A visão que o integrante do MP tem do caso, os agentes envolvidos, o tipo de homicídio em jogo podem dar maior, ou menor, margem para que este proponha (ou aceite) um “acordo” com o defensor. É possível perceber que somente entre alguns promotores e alguns defensores são produzidos acordos, seja por seu claro posicionamento no campo (uma promotora que jamais, segundo ela mesma expressamente diz, pede absolvição) e outras questões relacionadas com a forma como esses agentes se relacionam.

Por vezes o juiz também é peça importante para forçar um “acordo”. O magistrado pode dar a entender que quer “absolver” ou “impronunciar” o réu e assim fazer com que o pedido do promotor convirja com a sua vontade. Esses acordos acontecem também nas AIJ e podem determinar se o réu continuará preso, se será pronunciado ou não. O juiz pode conversar com as partes antes da audiência ou já no plenário, antes do início dos trabalhos, explicando o que ele pensa do caso em questão sugerindo que ajam em concordância. Explorarei, a seguir, tais acordos.

3. Os acordos em audiências de Instrução e Julgamento.

Nas audiências os acordos podem ser feitos sobre a “liberdade provisória” do réu, sobre o pedido de pronúncia ou impronúncia e sobre a forma como o caso será finalizado. Descreverei então três audiências que acompanhei durante o trabalho de campo, que mostram essa forma de proceder.

Era o dia da semana reservado para a realização das AIJ e, naquela tarde havia seis audiências agendadas, embora somente quatro tenham de fato acontecido. Dentre estas, três chamaram

minha atenção. Enquanto a primeira era realizada – que não importava aos presentes pois não se tratava de um caso a ser julgado no Júri – o promotor que aguardava a realização da audiência seguinte sentou-se à bancada onde ficam os jurados, vazia naquele dia, de modo a examinar o caso que seria posto em pauta em seguida. Antes que fosse estudar tal processo, conversou com o juiz e ouviu o pedido dele para dar fim o crime em questão sem levá-lo a júri. Essa manifestação do magistrado já denotava a especialidade do caso, pois se trata de um pedido raramente feito e, em geral os agentes tocam nos processos somente no momento da realização da audiência, não antes dela.

O referido caso, que já mobilizava o juiz, haja vista seu claro – e direto – pedido para que o representante do MP o analisasse antes da audiência, tinha como réus dois policiais militares – que responderam ao processo em liberdade. Os dois senhores eram acusados de terem disparado contra um carro na Avenida Brasil e matado duas pessoas: um outro policial militar (desconhecido dos réus) e o suposto sequestrador do primeiro. Os acusados, no momento do crime, estavam em patrulha, em frente ao prédio do antigo Automóvel Clube, localizado nas proximidades da Avenida Brasil, região tida como insegura e perigosa pelos moradores da capital fluminense. Enquanto faziam a patrulha, fizeram sinal para que o Opala preto de vidros fumê, no qual estavam as vítimas, parasse, o que não ocorreu. Diante da desobediência, alvejaram o carro com 18 tiros. Dentro do veículo, constatou-se depois, havia um policial militar no banco do motorista, desconhecido dos réus, acompanhado de outro homem armado, que estaria sequestrando o policial, segundo “restou apurado”. Segundo o membro do MP, em conversa informal comigo, este dado não estava tão claro assim. No porta-malas do carro havia armas pesadas, embora só houvesse uma pistola junto das vítimas.

O caso havia sido previamente julgado na justiça militar em razão da morte do policial e da função profissional dos acusados, ou seja, o homicídio do militar foi julgado pela justiça especializada, por serem todos militares, ainda que os réus não o conhecessem e não soubessem que dentro do carro havia um colega de farda. Ocorre que, o promotor que naquele dia atuava no Júri, havia anteriormente atuado no caso quando este tramitou na Auditoria Militar e, portanto, já havia tido contato com o processo nesta outra esfera. Como foram duas vítimas, sendo uma delas civil e outra militar, o homicídio do civil deveria ser julgado no Júri e era aquele o caso, então, que seria ali analisado naquele dia. Enquanto conversávamos sobre o processo, disse-me o representante da acusação que “eu me solidarizei com eles no dia da auditoria militar por que se eu estivesse no lugar deles, no automóvel clube, um opala preto passa e não para, eu atiraria também pra proteger a minha vida”. Como transmite a fala do representante da acusação, o caso lhe despertava “solidariedade” em relação aos réus e assim,

de modo a pensar o que faria naquele julgamento, na justiça comum, passou a ler o processo, de modo a embasar sua manifestação no dia: “Eu tô até ajudando ele [juiz] mas eu to vendo pra me resguardar disso, não pra ajudar (...)”.

Quando a primeira audiência foi encerrada, o texto que a acusação ditaria à secretaria do juiz já estava pronto, escrito de próprio punho. O juiz mandou então que o advogado que acompanhava os réus entrasse no plenário, para que a audiência tivesse início. Já sabedor do que a acusação faria, o magistrado cumprimentou o advogado e sugeriu que os acusados não respondessem ao interrogatório pois “18 tiros tá ruim de acreditar, né?!” e recomendou que a defesa desistisse de suas testemunhas. Em seguida, o membro do MP passou a ditar a sua promoção, pela absolvição sumária dos réus, exatamente como o juiz havia pedido. Quando terminada a “promoção ministerial” o magistrado encerrou a audiência e disse que decidiria depois, embora já houvesse informado para o advogado e aos réus que eles seriam absolvidos. Chamou minha atenção a forma como a acusação analisou os “autos” do processo, para encontrar subsídios para a sua promoção de modo a, como disse, “resguardar-se” ao acatar o que pedia o magistrado.

O acordo nesta audiência foi mediado – e por que não, incentivado – pelo próprio juiz. O caso, então, mobilizava nele e na acusação os valores morais necessários para que arquitetassem a melhor solução para a “lide”, de acordo com seu entendimento. Não só o MP solidarizou-se com os réus como também buscou os elementos necessários para dar ao processo o curso que entendia mais adequado, já em acordo com o que fora conversado com o juiz. O advogado, por sua vez, não teve qualquer participação na negociação e foi apenas comunicado da decisão previamente tomada, entre juiz e acusação. A forma de tratar a defesa privada mostra como os advogados não são considerados parte desse sistema e, por isso, os acordos não passam por eles mas, sim, por aqueles que ali estão cotidianamente.

Depois de finalizado o caso dos policiais, naquele mesmo dia ocorreram mais duas audiências nas quais os “acordos” também podem ser demonstrados. Ambos os casos tratavam de “tentativas de feminicídio”, isto é, crimes de homicídios cometidos contra mulheres, tendo por motivação a relação de poder entre elas e os agressores (vide nota 5). Esses casos não são uma novidade na pesquisa de campo, mas a mudança da lei agravou a pena a eles aplicada atualmente, tornou-os homicídios qualificados e mudou a forma como são chamados, embora não tenha mudado o tratamento judicial a eles dispensado.

O primeiro caso de feminicídio objeto de análise naquele dia, já era por mim conhecido em razão das sessões de observação que empreendi na sede da Defensoria Pública. Certo dia,

quando lá estava, os estagiários comentaram sobre a ida da vítima até a instituição, para pedir que a “queixa” fosse retirada¹²⁷ e solicitar que uma carta por ela escrita fosse anexada ao processo, junto com os documentos pessoais e profissionais do réu. Tal relato me marcou por que a estagiária havia descrito o acontecimento justamente por ter ficado surpresa diante da informação prestada pela vizinha do casal, que naquele momento acompanhava a vítima. Segundo a ela – testemunha arrolada no processo mas que não compareceu na audiência judicial mas somente na Defensoria Pública como acompanhante da mulher agredida – a vítima havia, ao contrário do que dizia, apanhado muito, não só na oportunidade em que foi hospitalizada, mas outras vezes, sendo frequente sofrer tais agressões por parte de seu companheiro.

Após todas as testemunhas presentes adentrarem no recinto, assim como o réu, que foi conduzido algemado pelos policiais, o juiz, como de costume, passou a ler a denúncia que já continha a classificação do fato como “feminicídio”, pois havia ocorrido na vigência da nova lei. Enquanto lia, a vítima que seria ouvida só repetia, “meu deus” e acenava com a cabeça negativamente. Feitas as perguntas pelo juiz, ele passou a palavra para a acusação. Quando a acusação encerrou suas perguntas, já demonstrava estar bastante incomodada com as respostas da vítima que, não apenas negava o ocorrido, dizendo não lembrar de nada, mas também alegava que a lesão não havia sido grave – contrariando, portanto, o laudo médico juntado ao processo sobre o tempo de internação e, conseqüentemente, a gravidade das lesões. O defensor então, diante da postura da vítima, que demonstrava não querer “levar o processo a diante”, levantou-se até a mesa do MP para pegar os “autos” e negociar o que seria feito, se pediria a impronúncia do réu e se a acusação estaria de acordo com tal pedido. O membro do MP lhe disse: “[Nome do Defensor] se esse cara sair e matar a mulher eu que tô perdido né?! Eles continuam morando juntos, como que eu vou dar a medida de afastamento?”.

O defensor não respondeu à provocação e voltou para sua mesa para iniciar as perguntas que faria para vítima. Enquanto fazia os questionamentos, o juiz o interrompeu e logo se iniciou uma conversa, entre a defesa e o juiz, seguida da participação da acusação, todos discutindo o caso, cada um em sua respectiva mesa, tendo a vítima sentada diante deles.

Defesa – O fato pode ter existido mas não do jeito que está aqui.

127 Não é este o objeto do presente trabalho. Mas, a título de esclarecimento, pesquisas desenvolvidas nos Juizados de Violência Doméstica já apontaram a confusão feita pelas vítimas sobre a “queixa” e a “representação” como se elas tivessem o direito de decidir se prosseguem ou não com o processo (vide, nesse sentido, Vasconcellos, 2013; Vasconcellos, 2015). No caso da tentativa de homicídio, ou melhor, feminicídio, não há como a mulher decidir sobre o início do processo, uma vez que se trata de “ação penal incondicionada”, isto é, o Ministério Público oferece a denúncia independentemente da vontade da vítima.

Juiz – Se a ideia é ajudar o lindão (...) eu entendo que tem mulher que gosta de apanhar, mas né (...) daqui a pouco até eu já quero casar com ele.

Ministério Público – Tem que tomar cuidado com denúncia caluniosa¹²⁸, (...) tá na cara que ela tá mentindo (...) pergunta o que aconteceu e se ela disser que não aconteceu nada e ela foi parar no hospital (...) é sinal que ela tá mentindo.

J – Agora, como vamos administrar isso aí, é outro problema, eles se merecem.

MP – Ela não fez o AECD [Auto de Exame de Corpo de Delito], eu fiz a pergunta pra ela, não vai ter nem a materialidade, a gente vai encerrar o processo (...).

J – Com os corno tudo arrebetado (...) cachaça boa essa (...) pode olhar no relatório o que a PM ouviu dela (...).

MP – Não foi a delegacia desmentir nada (...) depois a vizinha não viu (...) e ninguém passa um dia e meio no hospital se não foi nada (...) e dizer que não existe o fato? Tudo bem não lembrar mas inexistência do fato não dá!

J – Faz aí que eu vou seguir mesmo [o que a acusação pedir] faz aí que eu sigo.

(Notas do Caderno de Campo)

A defesa reiniciou suas perguntas e confirmou se a vítima juntou uma carta de próprio punho, pedindo que o marido, então réu, fosse solto. Diante da resposta positiva, encerrou as os questionamentos e passou a conversar com a acusação, sobre o que eles iriam fazer com o caso em questão.

MP – Vou dispensar as testemunhas (...) por que eu não sou otário. Bora fazer oralmente isso aí (...) a própria vítima, a maior interessada acabou de declarar que não se lembra de nada (...) a vítima disse que não tinha feito AECD (...) não se dirigiu a realizá-lo, portanto a materialidade não vem consubstanciada (...) o Tribunal do Júri não é local de conflitos de casais (...).

Juiz – [para a defesa] deixa ele [réu] mais um pouco de castiguinho (...) tu estás salvando uma família (...) ele vai encher a cara e vai prancar ela de novo (...) amor no cárcere.

P – Se ela quer ficar com ele (...) eu não vou perder minha energia com isso.

J – [Nome do membro da defensoria], você vai voltar pra casa, para de ser paternalista, o bom pai é aquele que pune severamente o erro dos seus filhos.

(Notas do Caderno de Campo)

No final da audiência a acusação manifestou-se pedindo a impronúncia do réu, após analisar sua folha de “antecedentes criminais” e verificar que não havia outro registro da vítima por fato relacionado à violência doméstica. A defesa manifestou-se concordando com a proposta do MP e ficou acertado entre eles que, durante a instrução, finalizariam a “lide” embora não tivesse ficado claro, ao menos para mim, o tempo que o réu ainda ficaria preso. Após pesquisa

128 Denúncia caluniosa é um crime previsto no artigo 339 do Código Penal, que consiste em “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente” e tem pena de dois a oito anos.

no sistema do Tribunal de Justiça, munida do número do processo que havia tomado nota no dia verifiquei que, da data que a audiência aconteceu até a impronúncia do réu, isto é, do dia em que fizeram o acordo até que o processo fosse encerrado, transcorreram-se dois meses.

Após o fim desta audiência, teve início o caso seguinte que, coincidentemente, também versava sobre uma tentativa de “feminicídio”. Logo que a vítima, arrolada pelo MP como testemunha, adentrou no plenário, o juiz, lendo a denúncia que estava em suas mãos, viu do que se tratava e disse: “Mais uma que fez as pazes. Você teve amnésia também? Eles batem e elas esquecem. Eles [Policiais Militares] tinham que fazer isso com esses caras (...)”. Após finalizar a leitura da denúncia, o magistrado iniciou a oitiva da vítima e, logo em seguida, passou a palavra para a acusação:

Juiz – Mais uma que fez as pazes! A senhora pode nos contar o que aconteceu nesse dia?

(...)

Vítima – Realmente aconteceu (...) a gente veio de um relacionamento que a gente brigava bastante (...) ele não foi diretamente com a faca para me matar (...) ele não foi para cometer suicídio comigo (...).

MP – Então você afirma que ele não foi lá com as duas facas? (...) A pergunta é se nessa terceira vez que ele foi lá ele estava com as duas facas? A senhora viu?

(...)

V – Ele não chegou até a minha casa, ele foi abordado pelos policiais com a faca na mão (...).

(Notas do Caderno de Campo)

Após o encerramento dos questionamentos da acusação, a defesa fez suas indagações. O foco foi, sobretudo, se a vítima ainda mantinha algum relacionamento ou vínculo com o réu. A pergunta, estrategicamente usada pelos defensores para demonstrar a permanência do vínculo entre a mulher e seu agressor, é se ela fez a “carteirinha”, em referência ao documento expedido pela SEAP¹²⁹ que é necessário para visitar os presos no sistema penitenciário. Nesse caso, a vítima respondeu que sim, embora tenha dito não ter ido ao presídio visitá-lo de fato.

Encerradas as perguntas da defesa, o defensor foi até a mesa da acusação e iniciou uma conversa entre ele, acusação e magistrado sobre o caso:

MP – Ele tem outros ROs [Registros de Ocorrência] contra ela (...) quero que você entenda a minha preocupação, são três ROs que ele tem, se acontecer algo com essa mulher de novo eu terei problemas, eu conheço a corregedoria do MP.

Defesa – Mas aí se a gente não resolve agora e você entra de férias e vem alguém pior no seu lugar?

129 Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

MP – Aquele caso do [Goleiro] Bruno o promotor foi perseguido por que não fez nada com dois ROs. (...) eu vou pedir a liberdade mas não posso fazer sem olhar, esse aqui tem quatro ROs e ela tem dois depoimentos.

Juiz – Eu não vou soltar ele, já teve quatro medidas, ele vai matar ela.

MP – Isso não significa que eu não vá soltar ele (...).

J - [volta-se para a acusação] Esse cara não é psiquiátrico não?

MP – Pode ser.

MP [volta-se para a pesquisadora] – Essa mulher foi duas vezes na delegacia para usar a justiça e agora vem aqui e diz que nada aconteceu. (...) o [nome do Defensor] está dizendo que é a mesma coisa [que o caso anterior] mas não é não.

(Caderno de Campo)

Acusação e defesa passaram então a discutir se dispensariam, ou não, as testemunhas presentes e, contrariando o membro da defensoria, a acusação decidiu ouvir uma delas, o policial militar que fez a ocorrência. Questionou sobre a faca que o réu portava, se era “faca de pão” ou “faca de cozinha” e se o sangue era do agressor ou da vítima. Ao final de tal oitiva as partes retomaram a negociação. A conversa entre eles, diante da mesa onde senta o promotor, é que definiu o caminho dado ao processo. A acusação disse: “Você tem que confiar mais em mim (...) a gente tem que se resguardar (...) o policial falou que o sangue nem era dela, era dele (...) não é igual a anterior não (...) o cara é sacana com a mulher, mas eu não vou prejudicar a minha carreira por causa de um cara desse”. Acordaram, então, que a defesa pediria que o réu fosse solto, bem como a impronúncia do acusado e que a acusação concordaria com ele, embora fosse pedir uma “cautelar de afastamento” do réu em relação à vítima. Enquanto isso, a moça (vítima) estava na plateia, rezando. O promotor então virou-se pra mim e disse: “essa mulher não é boa bisca mas não estou nem aí, se quer brigar, que brigue!”. Ao final da audiência, ambas as partes – acusação e defesa – conversaram sobre a forma que utilizariam, dentro da informalidade dessa negociação oral, para dar “fim” ao processo, sem que ele fosse a júri. A acusação encerrou dizendo: “A gente vai se valer dos atos preparatórios para as alegações finais, não vamos levar isso a júri”.

Neste segundo caso, como verifiquei por meio de consulta posterior, o réu foi solto a partir de um pedido da defensoria, por despacho proferido pelo juiz três meses depois da ocorrência da audiência que descrevi. Ainda não há decisão sobre a impronúncia ou pronúncia do réu. De todo modo, como se vê, o resultado da negociação foi diferente nos dois casos. No primeiro, em que o réu não possuía outros “registros de ocorrência” relacionados à violência doméstica, ele foi mantido preso por dois meses mas, por outro lado, logo foi impronunciado, acabando com o processo. Neste último, em que havia registros prévios de ocorrência, demonstrando

outras possíveis agressões contra a mesma vítima, o acusado foi solto, três meses depois da audiência, mediante o deferimento de medidas cautelares de afastamento da mulher. Mesmo assim, permanece respondendo ao processo até o fechamento deste texto.

4. As convergências morais, os acordos e a sensibilidade jurídica brasileira.

Todas as situações descritas neste *trabalho* demonstram as hierarquizações dos casos que chegam ao Júri, diante do que mobilizam nos agentes que com eles lidam. Além disso, espero ter explicitado a maneira como se firmam os acordos, que surgem a partir do que chamei de convergências morais entre acusação e defesa, tanto em relação ao desfecho deles, quanto à medida da pena a ser aplicada.

A maneira como são resolvidos esses processos, ainda que informalmente para depois receberem um resultado formal, trata-se de uma leitura da realidade, feita pelas lentes do direito positivo e pelo aparato da justiça criminal. Mais uma leitura, aliás, entre tantas outras. É o tráfego entre símbolos significantes e significados, que faz também a cultura jurídica e que, por isso, também é “saber local” (Geertz, 2007, p. 329).

A esse processo de interpretação, presente nos casos de acordo, ainda que de maneira informal, ocorre entre o encaixe de “fatos” em “leis”, que Geertz (2007) chama de adjudicação, ou seja, a forma como se dá a transformação do “se então” (lei) em “como portanto” (vida) ou o inverso. A maneira como se dá essa conversão, os elementos para que seja justa em cada contexto, é que ele chama de sensibilidade jurídica (Geertz, 2007, p. 260). É ela, a sensibilidade jurídica, que confere legitimidade às formas de administrar os conflitos em cada contexto, que dá sentido aos sistemas de justiça, que define o que é justo.

Kant de Lima (2010), ao dialogar com os trabalhos de Geertz (2007), Foucault (2009) e Berman (1983), descreve a existência de, pelo menos, três sensibilidades jurídicas ocidentais: a americana, nos termos apresentados por Geertz, outra francesa (descrita por Foucault) e a brasileira, que não coincide sequer com uma quanto com outra, mas constituiu-se como algo diferente. Aqui, a partir da inquirição devassa de origem portuguesa, surge um procedimento que culminará no processo inquisitorial hoje existente.

O Tribunal do Júri, embora seja uma forma de processar e julgar crimes própria de uma sociedade igualitária como a americana, foi adaptado no Brasil para refletir a sensibilidade jurídica que aqui vigora (Nuñez, 2012), de caráter inquisitorial, que se manifesta também na maneira como são firmados os acordos – tácitos e em segredo, que não devem ser publicizados – entre acusação e defesa (Kant de Lima, 2010).

No Brasil o Tribunal do Júri é resultado de uma combinação paradoxal entre um direito formalmente previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII) mas que na prática processual penal se atualiza como uma obrigação do Estado de processar o acusado, por meio do Ministério Público, uma vez que o promotor de justiça deve oferecer a denúncia, caso estejam presentes os indícios de “materialidade” e “autoria”¹³⁰. Diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, o acusado não pode escolher levar, ou não, o seu caso à julgamento no Júri (Bisharat, 2014). Isso significa que, embora o discurso jurídico constitucional descreva o Júri como um direito, na prática o réu é a ele submetido sem qualquer chance de escolha e, também as partes (acusação e defesa) dele não podem formalmente abrir mão e precisam dar continuidade ao julgamento, mesmo que já saibam previamente a pena que querem ver aplicada aos casos. No caso americano, por ser um direito do acusado, que dele pode dispor, os acordos são permitidos e podem ser feitos abertamente entre acusação e defesa, além de dependerem da anuência do acusado, que se submete à pena por escolha, caso firme o acordo (Bisharat, 2014). No Brasil, por outro lado, como não se trata de um direito mas de algo que é imposto ao réu, quando há negociação sobre a sua pena, dela não participa.

A obrigatoriedade em realizar o julgamento depois da sentença de pronúncia ocorre por que o processo penal brasileiro considera que, não levando aos jurados a decisão sobre o conflito, é violado o direito constitucional de “soberania dos veredictos” do júri (art. 5º, XXXVIII, CF/1988) embora a acusação possa pedir a absolvição do réu em plenário. De todo modo, não há previsão jurídica que permita às partes realizar um acordo para encerrar o caso sem que a sessão de julgamento ocorra pois o fim do processo precisa ser “formalmente” decidido pelos jurados mesmo que todos – acusação, defesa e juiz – concordem quanto ao resultado desejado.

Há momentos como no caso do estupro, em que mesmo diante de uma convergência moral, a obrigação funcional dos agentes que operam no sistema de justiça demanda que atuem como se não houvesse acordo, sustentando suas argumentações, mesmo que com elas não concordem pessoalmente. Nesses casos é acionada a categoria da “defesa técnica”. Além disso, a forma como o sistema processual penal brasileiro se estabelece, consagrando o

130 Na classificação nativa, o MP atende aos princípios da “obrigatoriedade” e da “indisponibilidade” da ação penal pública, por meio da interpretação doutrinária e da combinação de diversos artigos de lei. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 129, I, que uma das “funções institucionais do Ministério Público” é “promover, privativamente, a ação penal pública”. Esse dispositivo, combinado com outros do Código de Processo Penal, a saber, o art. 42, que diz: “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e, ainda com outro, que dá ao juiz o poder de não aceitar o pedido de arquivamento porventura apresentado pelo Ministério Público (art. 28) dão substratos ao entendimento nativo quanto à obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Isto é, “presentes os indícios de materialidade e autoria” o MP é obrigado a oferecer a denúncia e não poderá posteriormente dela desistir.

“princípio do contraditório” e a “soberania dos veredictos” obriga a busca de uma solução através do estabelecimento de um dissenso, mesmo quando há convergência moral entre acusação e defesa. Diante de tais determinações o sistema obriga que seus agentes “sustentem” em plenário, mesmo que de modo fictício, fazendo uma *performance* para dar conta de seus papéis institucionais. Como aqui no Brasil, ao contrário do caso americano, o júri não se trata de um direito disponível, não há como assumir o acordo e, por isso, as partes entregam a resolução do conflito nas mãos de um agente externo à lide: os jurados ou o juiz.

São, portanto essas decisões informais, tomadas entre as partes, que integram informalmente nossa sensibilidade jurídica brasileira inquisitorial. Esta informalidade, embora pareça aos olhos “positivistas” e “formalistas” dos juristas brasileiros algo sem forma, ou fora da forma, na prática obedece à outra lógica, própria dos fazeres informais que, mesmo que não caibam na lei, cabem no direito e em suas práticas. Essas “informalidades”, apreensíveis somente a partir do método etnográfico, retratam o “fazer judicial” de uma sociedade hierarquizada e desigual, que não pode publicizar o acordo e sequer admitir sua existência, pois na prática não se trata de um direito do acusado.

Assim que, mesmo quando há acordo, o que está em jogo não são questões relacionadas ao conflito apresentado pelas partes ou, ainda, se o processo levará réu e vítima a solucionarem seus problemas relacionais ou pessoais – como a mulher que, mesmo tendo sido violentamente agredida pelo seu marido, o quer de volta – ao contrário e, sobretudo, trata-se de buscar a extinção da “lide”, isto é do próprio processo judicial, de modo que este não continue a se desenrolar. Isso se dá especialmente em casos considerados indignos de serem julgados naquele Tribunal, como os conflitos entre cônjuges aqui descritos, já que “o Tribunal do Júri não é local de conflitos de casais”.

Existe ainda um encontro (ou desencontro) entre os valores dos agentes – acusação, defesa e magistrado – que nem sempre coincide com os valores daqueles que estão envolvidos em conflitos administrados no sistema de justiça criminal. Como fica claro nos casos de feminicídio, os valores das mulheres e e de seus companheiros não se comunicam com aqueles expressos pelos agentes do sistema. Essa “não” confluência gera desconfortos nas vítimas e réus que, muitas vezes, sentem-se novamente (e até mais) violentadas pela forma como são conduzidas a audiência e o processo.

Breves conclusões

A partir da descrição das situações vivenciadas no campo, espero ter demonstrado como, embora a formalidade seja a regra do direito ao menos diante da lei, é a informalidade que, muitas vezes, dita a maneira como se dá o funcionamento das varas criminais. Especialmente no Júri, os “acordos” - mecanismos informais - interferem diretamente no andamento dos processos. Como os acordos não são permitidos no processo penal brasileiro pois, conforme o ordenamento jurídico nacional os “crimes dolosos contra a vida” devem ser processados de forma “incondicional”, isto é, presentes os “indícios de materialidade e autoria”, o promotor de justiça é obrigado por lei a denunciá-los e levar os casos a julgamento, não podendo acordar com a outra parte publicamente, embora o façam de modo informal.

Estes andamentos informais, ajustados oralmente, no cotidiano dos agentes, demonstram essa forma de “fazer justiça”, que fala sobre a nossa sensibilidade jurídica (Geertz, 2007) inquisitorial, negociada a partir de valores morais e “moralidades situacionais” (Eilbaum, 2012) acionadas em cada agente, durante a sua atuação no campo. O caso do estupro combinado com homicídio ilustra bem a forma como se estabelecem convergências morais que, não necessariamente, levam a acordos. Naquele caso o acordo quanto aos pedidos da acusação e defesa não era possível pois, embora todos implicitamente concordassem que o caso era de condenação, fazia-se necessário cumprir com a “formalidade” às partes imposta – de acusar e defender, respectivamente. O que os impede de convergir é o paradoxo entre ter o júri como um direito ou garantia e a obrigatoriedade do processo judicial. Essa dicotomia é administrada, não solucionada, pelo princípio do contraditório e a delegação da decisão para um julgador externo.

Um “acordo” portanto, depende de “convergência moral” embora a “convergência moral” nem sempre leve a um acordo, em razão da forma como se organiza o processo penal no caso brasileiro. E a ocorrência da convergência depende daquilo que o caso mobiliza nas partes. Ademais, quando cabe o acordo, muitas vezes ele é feito não para absolver o réu mas para negociar a pena a ser aplicada em cada caso. Tanto as tentativas de homicídios quanto os homicídios simples podem ser, muitas vezes, negociados em razão da pena. Em ambos os casos, o tempo que o réu permanecerá preso é fundamental para decidir o fim a ser dado ao processo.

Os “acordos” como espero ter deixado claro, dependem do elemento “confiança” para que possam acontecer e, por isso na maioria das vezes se dão entre promotor e defensor que estão, cotidianamente, presentes na Vara Criminal. Entre eles há laços de confiança e até mesmo de

amizade, diferentemente do advogado, visto por todos como um “estranho”, não afeito às informalidades e, inclusive tido como um “complicador” no andamento dos trabalhos. Além disso, o juiz pode ter um papel importante na mediação do acordo, explicitando sua interpretação sobre a maior ou menor gravidade do caso ou, ainda, esclarecendo a pena que será por ele aplicada, caso o acordo se produza.

Estas informalidades são, portanto, as formas pelas quais a justiça se faz, na nossa sensibilidade jurídica inquisitorial. O que está em questão não é o conflito mas a extinção da “lide”, de um processo, de um caso a mais, que lhes toma tempo e demanda trabalho e atenção. Não são os conflitos que aparecem nesses acordos, mas o fim do processo ou ainda, a medida da aplicação da pena, da reprimenda que será aplicada, de acordo com o que, moralmente, cada caso lhes despertou.

Bibliografia

BERMAN, Harold Joseph. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983

BISHARAT, George. The plea bargain machine. *Revista Dilemas*. v. 7, n. 3, jul/ago/set 2014., p. 767-795. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-7-3-Art6.pdf>>. Acesso em: 02, abr., 2015.

DUMONT, Louis. *Homo Hierarquicus: o sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: EDUSP, 1997.

DURKHEIM, Emile; MAUSS, Marcel. “Algumas formas primitivas de classificação”. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio de Sociologia*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

EILBAUM, Lucia. *"O bairro fala": conflitos, moralidades e justiça no conurbano bonaerense*. São Paulo: Editora Hucitec, 2012.

FACHINETTO, Rochele Fellini. *Quando eles as matam, quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri*. 2012. 421f. Tese (Doutorado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3a ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. (2007) *O saber local: novos ensaios sobre antropologia interpretativa*. 9ª. ed., Petrópolis: Vozes, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto. *Da Inquirição ao Júri, do Trial by Jury à Plea Bargaining: Modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos*. Tese apresentada ao concurso de professor titular de Antropologia. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.

_____. (2004). “Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição jurídica pré-republicana?”. *São Paulo em Perspectiva*, 18, vol. 1, 2004, p. 49-59.

_____. (2010). “Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada”. *Anuário Antropológico*. 2009, v 2, 2010: 25-51.

LOREA, Roberto Arriada. *Os jurados leigos: uma antropologia do Tribunal do Júri*. 2003, 103f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2003.

MOREIRA-LEITE, Angela. *Tribunal do Júri: O Julgamento da Morte no Mundo dos Vivos*. Tese (Doutorado em Antropologia) Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2006.

NUÑEZ, Izabel. **Dogmas e Doutrinas**: verdades consagradas e interpretações sobre o tribunal do júri. 2012.176 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói: 2012.

_____. (2015) “Latrocínio” e “Homicídio”: uma distinção processual que separa “criminosos” e pessoas “que cometeram um crime”. *Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 17, n. 2, p. 128-149, 2015.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. Unesp, 1993.

RIBEIRO, Ludmila. *Administração da Justiça Criminal na Cidade do Rio de Janeiro: uma análise dos casos de homicídio*. Tese de doutorado, IUPERJ, Rio de Janeiro, 2009.

RINALDI, Alessandra de Andrade. *“Dom”, “Iluminados” e “Figurões”. Um estudo sobre a representação oratória no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro*. Niteroi: EDUFF, 1999.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado*. Tese (Doutorado em Antropologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. “A família, a violência e a justiça: conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”. *Civitas: Revista de Ciências Sociais* (Impresso), v. 13, p. 136-153, 2013.

_____. *PUNIR, PROTEGER, PREVENIR? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal*. [Tese de Doutorado. Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil. 2015.](#)