

#4 EJ

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL



REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL

Revista Escuela Judicial

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Periodicidad: Semestral – Año: 03 / N° 4; 388 pp. 15 x 22 cm. –
La Plata, Noviembre de 2023 (editado) / Octubre de 2024 (impreso)

Entidad Editorial: Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura
de la provincia de Buenos Aires

Dir.: Diag. 79 N° 910, La Plata, B1900FLN, provincia de Buenos
Aires, República Argentina

Sitio Web: <https://revista.cmagistraturabsas.gob.ar/escuelajudicial>

Tel.: (0221) 427-3350 int. 306

Correo electrónico: revistaescuelajudicial@cldmag.gba.gob.ar

Esta obra se encuentra bajo licencia Creative Commons
Atribución - No comercial – Compartir bajo la misma licencia

EQUIPO EDITORIAL

Dirección editorial

Pablo PEREL

Edición general

Martín Nahuel LARA

Coordinación editorial

Lucía COPPA

Asistencia de edición

Cecilia Inés ABALOS

EQUIPO TÉCNICO

Dirección de comunicación

César CALDAROLA

Diseño y diagramación

Violeta RIZZO

Corrección y revisión de estilo

María Eugenia LÓPEZ

EQUIPO INFORMÁTICA

Responsable del área informática

Ivan TRIES

Diagramación web

Mariano Gabriel GILI

Pablo D. SÁNCHEZ

ASISTENCIA TÉCNICA

Silvana DI LORENZO

Juan Manuel MONTOYA

Santiago RIVAS

INTEGRANTES

Consejo de la Magistratura de
la provincia de Buenos Aires al 13/08/2024

PRESIDENTE

Dr. Daniel Fernando SORIA

VICEPRESIDENTE

Dr. Facundo Miguel TIGNANELLI

POR EL PODER JUDICIAL

*Suprema Corte de Justicia
de la provincia de Buenos Aires*

Dr. Daniel Fernando SORIA

Consejeros/as titulares

Dr. Camilo Eduardo PETITTI (Juez de Cámara)

Dra. Patricia Fabiana OCHOA (Ministerio Público)

Dr. Pablo Gabriel QUARANTA (Juez de Primera o Única Instancia)

Consejeras suplentes

Dra. Patricia Cecilia TOSCANO (Juez de Cámara)

Dra. Karina Paola DIB (Ministerio Público)

Dra. Mirtha Inés FRANCESE (Juez de Primera o Única Instancia)

POR EL PODER LEGISLATIVO

HONORABLE SENADO

Consejeros/as titulares

Dra. Gabriela DEMARIA

Dr. Ariel Gerardo MARTÍNEZ BORDAÍSCO

Dr. Gustavo SOOS

Consejeros/as suplentes

Dr. Walter Sergio TORCHIO

Dra. Sofia VANNELLI

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS

Consejeros titulares

Dr. Germán DI CESARE

Dr. Fernando Matías COMPAGNONI

Dr. Facundo Miguel TIGNANELLI

Consejeros/as suplentes

Dr. Ricardo LISSALDE

Dr. Valentín MIRANDA

Dr. Avelino Ricardo ZURRO

POR EL PODER EJECUTIVO

Consejeros titulares

Dr. Juan Martín MENA

Dr. Mariano CASCALLARES

Dr. Carlos Lisandro PELLEGRINI

Dr. Santiago Eduardo RÉVORA

Consejeros/as suplentes

Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR

Dr. Víctor Manuel MATASSI

Dra. Ana Laura RAMOS

Dr. Gustavo Ariel GAMINO

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS

Consejeros/as titulares por el conurbano

Dr. Jorge Omar FREGA

Dra. Guillermina SORIA

Consejeros/as suplentes por el conurbano

Dr. Martín RIVAS

Dra. Marina MONGIARDINO

Consejeros titulares por el interior

Dr. Santiago Andrés BERTAMONI

Dr. Leandro Augusto GABÁS

Consejeros/as suplentes por el interior

Dr. Hernán Alberto SALAVERRI

Dra. María Fernanda GIMÉNEZ

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL DE LA REVISTA DE LA ESCUELA JUDICIAL

Gloria POYATOS MATAS

(International Association of Women Judges - IAWJ)

Jorge JIMÉNEZ MARTÍN

(Director de la Escuela Judicial, España)

Lucía AVILÉS PALACIOS
(Asociación de Mujeres Juezas, España)
Ana Libertad LALIENA PIEDRAFITA
(Consejo General Poder Judicial, España)
Pilar BARRADO
(Asociación Iberoamericana de Juezas de Familia)
Tania GARCÍA SEDANO
(Universidad Carlos III de Madrid, España)
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS
(Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia)
Pierluigi CHIASSONI
(Università di Genova, Italia)
Riccardo GUASTINI
(Istituto Tarello per la filosofia del diritto, Italia)
Alessandra FACCI
(Università degli Studi di Milano Statale, Italia)
Cecilia PALOMO CLAUDILLO
(Istituto de la Judicatura Federal, México)
Julián TOLE MARTÍNEZ
(Universidad Externado, Colombia)
Ana María D'AVILA LOPES
(Universidade de Fortaleza, Brasil)
María Luiza PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA
(Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Helena ESSER DOS REIS
(Universidade Federal de Goiás, Brasil)
Felipe PAREDES
(Universidad Austral, Chile)

**CONSEJO DIRECTIVO
DE LA ESCUELA JUDICIAL**

Dra. Guillermina SORIA
Dr. Camilo Eduardo PETITTI
Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR

**ORGANIGRAMA CONSEJO DE
LA MAGISTRATURA DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Presidente

Dr. Daniel Fernando SORIA

Secretario

Dr. Osvaldo F. MARCOZZI

Director de la Escuela Judicial

Dr. Pablo R. PEREL

Asesor y consultor técnico jurídico

Dr. Gustavo A. MAMMONI

Subsecretaria administrativa

Cra. Graciela J. GONZÁLEZ

Prosecretaria

Dra. Romina MARTÍNEZ

Subsecretaria general

Dra. Agustína V. ZUMÁRRAGA

Director de comunicación

Mag. César A. CALDAROLA

Jefe área Informática

A.C. Iván D. TRIES

Jefe del área de Evaluación y Vacantes

A cargo de la prosecretaria

Jefe área Contable

Cra. María Fernanda BERARDI

Jefe área de Gestión Administrativa y RRHH

Lic. María Elisa SÁNCHEZ

Secretario Escuela Judicial

A.C. Mariano MARTÍNEZ CONTE

Contenidos

Secciones

- 01.** Actualización en derechos humanos
- 02.** Perspectiva de género en la investigación y juzgamiento
- 03.** Perspectivas socioantropológicas sobre la justicia
- 04.** Enfoques

SECCIÓN 01. Actualización en derechos humanos

- SBRILLER, *Lucia* - El reconocimiento del derecho a la verdad y la obligación estatal de investigar en el sistema interamericano 13
- ROIG, *Manuel* - ¿Es el litigio estructural una vía efectiva para impulsar que los Estados cumplan con los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático? 43
- ELIADES, *Analía* - *Amicus curiae*. Un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de “afianzar la justicia” 73
- PELAYO, *Agustín* - La regulación normativa de la respuesta al VIH/sida en la Argentina. Demoras, retenciones e incumplimientos desde una perspectiva de derechos humanos 105

SECCIÓN 02. Perspectiva de género en la investigación y juzgamiento

- RUBIO, *Mercedes* y TORKESEN, *Victoria* - Intervención inicial especializada en procesos penales de violencia por razones de género 143
- GIMÉNEZ, *Mariana* - El proceso de integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en las decisiones del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea 169
- CAPASSO, *Mauro G.* - Intervención del fuero penal en el marco de la Ley provincial N° 12.569. El problema de la sanción específica como causal de atipicidad para el delito de desobediencia 221

SECCIÓN 03. Perspectivas socioantropológicas sobre la justicia

- PAZOS CROCITTO, *José Ignacio G.* - La eutanasia y el suicidio como ámbitos de libertades 249
- KOSTENWEIN, *Ezequiel* - ¿Un talismán para la Justicia penal? Enfoques e interpretaciones sobre el uso de la prisión preventiva 285
- RELLI UGARTAMENDÍA, *Paola* - Los informes técnicos criminológicos en la provincia de Buenos Aires: Análisis del instrumento que revela la justificación del encierro 309

BOVER, *Tomás* - Sobre la reincidencia penitenciaria bonaerense: entre la recirculación penitenciaria y la expansión punitiva 335

SECCIÓN 04. Enfoques

SOOS, *Gustavo* - Desafíos en los procesos de selección de magistradas y magistrados. Instancias federales de intercambio de experiencias 371

Discursos de odio y discriminación: Entrevista al Dr. Ariel Gelblung 381

01.

Actualización
en derechos
humanos

El reconocimiento del derecho a la verdad y a la obligación estatal de investigar en el sistema interamericano

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 30/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.92>

El reconocimiento del derecho a la verdad y la obligación estatal de investigar en el sistema interamericano

Recognition of the right to the truth and the state obligation to investigate in the Inter-American System

Lucía Sbriller¹
Universitat de Barcelona

Resumen: Frente a los nuevos interrogantes que atraviesan las declaraciones de verdad en Argentina, el artículo propone realizar un recorrido por el reconocimiento del derecho a la verdad en el sistema interamericano bajo el impulso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y analizando la jurisprudencia de la Corte, considerando particularmente que este derecho no se encuentra explícitamente reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Se analizan las variaciones que ha tenido en relación con la determinación de sujetos interesados en la aplicación, incluyendo al conjunto de la sociedad, y cómo se ha avanzado de políticas de investigación y juzgamiento al ámbito de las reparaciones.

Palabras clave: Derecho a la verdad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Convención Americana de Derechos Humanos.

¹ Doctoranda (Universitat de Barcelona). Magister en Criminología y Sociología Jurídico Penal (UB). Estudios de grado como abogada, comunicadora social, profesora en letras y en filosofía (Universidad Nacional de La Plata). Empleado del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1. Egresada del ProFaMag, Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación. Correo electrónico: lusbriller@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0131-2777>.

Abstract: *Given the new questions that cross the statements of truth in Argentina, the article proposes to take a tour of the recognition of the right to truth in the inter-American system under the impulse of the Inter-American Commission on Human Rights and analyzing the jurisprudence of the Court, considering particularly that this right is not explicitly recognized in the American Convention on Human Rights. The variations that have occurred in relation to the determination of interested parties in the application are analyzed, including the whole of society, and how progress has been made from investigation and trial policies to the field of reparations.*

Keywords: *Right to the Truth – Inter-American Court of Human Rights– Inter-American Commission on Human Rights – American Convention on Human Rights.*

Las declaraciones de verdad resultan ser, en la actualidad, un tema de vigencia en nuestro derecho interno, que genera fuertes debates en torno al Poder Judicial en lo respectivo al fuero penal. Esto, por múltiples razones, pero fuertemente por dos: por causas alcanzadas por la prescripción y por causas que, si bien son reconocidas como imprescriptibles, la muerte de las personas presuntamente responsables comienza a ocasionar algo que se ha dado en llamar *impunidad biológica*. La construcción de memorias, entonces, aparece como contrarrelatos (Traverso, 2018) producidos en ese ámbito agonístico del debate judicial.

Mucho se ha hablado de lo que se ha conocido como el derecho a la verdad, incluso cuando los objetivos perseguidos por el derecho penal en particular distan de entenderse desde hace tiempo como la búsqueda de la verdad. Resulta relevante entonces recuperar el camino que ha atravesado el reconocimiento de este derecho, puntualmente en el sistema interamericano, que es uno de los pilares sobre los cuales se asienta el reconocimiento interno.

El derecho a la verdad como construcción jurídica tiene una tradición relativamente reciente: puede rastrearse hasta el Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949, refrendado en 1977, que en sus artículos 32 y 33 reconoce el derecho de las familias de conocer el destino de sus miembros. Ha sido históricamente ligado a la lucha contra la impunidad y a la obligación de los Estados de investigar las graves violaciones a los derechos humanos.

Progresivamente ha ido ganando reconocimiento tanto a nivel internacional como regional e interno, en nuestro país. Así, la Resolución 2005/66 del Alto Comisionado por los Derechos Humanos

de la ONU lo recoge explícitamente y, en ese marco, “reconoce la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y proteger los derechos humanos”.² En esa oportunidad también se

acoge con satisfacción la creación en varios Estados de mecanismos judiciales específicos, así como otros mecanismos extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y la reconciliación, que complementan el sistema judicial, para investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En este sentido, se alienta a los Estados a que estudien estas u otras posibilidades.

Si bien no existe una definición unívoca que delimite el contenido del derecho a la verdad, podemos, a modo de aproximación, entender que se trata del derecho de las víctimas directas en particular, pero también de los pueblos en general, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en su pasado, en particular en relación con las graves violaciones a los derechos humanos. Este derecho conlleva, como contracara, la obligación estatal de investigar, aun cuando determinadas circunstancias imposibilitaren el juzgamiento y castigo por las responsabilidades que de esos acontecimientos surgieran. Así, de algún modo este derecho se asigna en relación con toda una sociedad a conocer su historia y está íntimamente vinculado con la construcción de una identidad social.

² Alto Comisionado por los Derechos Humanos, ONU, Resolución 2005/66, “El derecho a la verdad”, 59ª sesión, 20 de abril de 2005. Aprobada sin votación. Cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

El derecho a la verdad ha avanzado en ser reconocido como autónomo. De modo que el hecho de que un país haya cercenado su propia capacidad de juzgar a las personas responsables no puede avasallarlo. Lo que podría llamarse “obligación de verdad” excede incluso las manifestaciones propias de los elementos internacionales contra la impunidad.

A nivel regional, el derecho a la verdad, en tanto tal, no resulta contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, se ha construido un extenso reconocimiento de este derecho tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana en distintas sentencias.

Frente a las leyes conocidas como *de impunidad*, las de “Obediencia debida” y “Punto final”, que imposibilitaron durante años el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad ocurridos durante la última dictadura cívico-eclesiástico-militar en nuestro país, Argentina ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de este derecho. Entre las múltiples estrategias que se desarrollaron, sin dudas se destacan los juicios por la verdad en pos de avanzar en la posibilidad de la sociedad de conocer lo sucedido, independientemente, al menos en parte, de que fuera posible realizar juicios penales respecto de hechos que, si bien resultaban imprescriptibles, el Estado se encontraba imposibilitado de juzgar.

Las declaraciones por la verdad, su necesidad y sus límites han sido a partir de ese momento, y aun una vez abiertos los procesos penales nuevamente, materia de continuos debates.

En esta oportunidad la intención es recuperar la trayectoria de ese reconocimiento a nivel regional, de la Comisión Interamericana pero particularmente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto da lugar a un desarrollo a nivel nacional que por supuesto es tributario centralmente de las inmensas luchas dadas por familiares y sobrevivientes en este sentido y del cual tanto el reconocimiento regional como el nacional resultan una consecuencia. La intención, en todo caso, es que este recorrido pueda representar una base para enfrentar de un mejor modo los debates actuales acerca de la posibilidad e incluso de la necesidad de nuevas formas de este derecho.

El impulso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el derecho a la verdad como medida reparatoria, para las víctimas, sus familiares y la sociedad toda

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es el primer organismo del sistema interamericano en recoger el derecho a la verdad, a partir de “un análisis integral de una serie de derechos establecidos tanto en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³. En un primer momento se presentó como una necesidad frente a las desapariciones forzadas de personas, y de este modo se reconocía la obligación de los Estados de buscar a esas personas, por un lado, y el derecho de sus familiares de conocer la suerte que habían tenido, por el otro.

³ CIDH, “Derecho a la verdad en las Américas”, 13 de agosto de 2014, OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2.

El fenómeno de las desapariciones forzadas resulta un problema grave y recurrente en nuestra región. Ya en el informe anual de 1977, la Comisión establecía que:

Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no solo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre que en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material.⁴

En este sentido, en un informe de 1980 respecto de la situación de los derechos humanos en Argentina, se establecían medidas que los Estados se encontraban obligados a tomar, entre ellas:

La averiguación y oportuna comunicación a los familiares de la situación en que se encuentran las personas desaparecidas. Es necesario establecer con toda certeza si estas personas viven o han muerto; si están vivas, dónde se encuentran, y si han muerto, dónde, cuándo y en qué circunstancias perdieron la vida y dónde fueron inhumados sus restos.⁵

Las preocupaciones centrales que darán lugar al reconocimiento del derecho a la verdad ya se encontraban presentes en esta instancia:

⁴ CIDH, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977”, 20 de abril de 1978, OEA/Ser.L/V/II.43.

⁵ CIDH, “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina”, 11 de abril de 1980, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, Cap. III, F.e., párr. 11.

por un lado, la tortura que representa para los familiares y amigos de la persona desaparecida el desconocimiento de su paradero, y, por otro, la necesidad de establecer certezas al respecto.

La primera oportunidad en que la Comisión se refiere explícitamente al derecho a la verdad será precisamente en un caso de desaparición forzada. En esa oportunidad, miembros del Cuerpo de Infantería Marina de Ecuador pusieron a Manuel Bolaños bajo custodia con la justificación de revisar sus documentos de identificación, luego de lo cual no volvió a saberse de él. Su familia interpuso recursos de *habeas corpus*, pero recién dos años después se les informó que había muerto bajo custodia de la Infantería y se anunció una investigación al respecto. Se estableció en ese momento que se encontraba vulnerado el artículo 25 de la Convención sobre protección judicial, y en una interpretación amplia se receptó que:

El Gobierno de Ecuador no cumplió con su obligación de proporcionar un recurso sencillo, rápido y eficiente a la familia de la víctima, para que pudiesen determinarse sus derechos. La familia de Manuel Bolaños tiene derecho a saber la verdad sobre lo que le ocurrió, las circunstancias de su detención y de su muerte, y a saber dónde se encuentran sus restos. Esto emana de la obligación del Estado de hacer uso de todos los medios que tiene a su disposición para llevar a cabo una investigación seria sobre las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a efectos de identificar a los responsables.⁶

⁶ CIDH, Informe 10/95, caso N° 10.580, Ecuador, 12 de septiembre de 1995, párr. 45.

Las instancias en que la Comisión recogió la importancia del derecho a la verdad a continuación son muchas y diversas y no es el objetivo de este artículo realizar un repaso de todas ellas. Simplemente resulta relevante retomar el Informe 25/98, emitido respecto de la ley de amnistía promulgada en Chile durante 1991. En esa oportunidad, los hechos que analiza la Convención ya no se refieren a un caso particular sino a masivas violaciones a los derechos humanos que afectaron a la sociedad chilena.

El derecho a saber la verdad sobre los hechos que dieron lugar a las graves violaciones a los derechos humanos que ocurrieron en Chile, así como también la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado tiene con los familiares de las víctimas y con la sociedad, como consecuencia de las obligaciones y deberes asumidos por dicho país como Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de dicha Convención.⁷

Es interesante cómo ya en esa oportunidad se determinó una reconceptualización del concepto de víctima, o de personas con posibilidades de reclamar el derecho a la verdad. Se entiende que, tanto para conocer lo sucedido como en relación con las personas que resulten responsables, no solo respecto a los familiares sino también a la sociedad toda, se encuentra obligado el Estado.

⁷ CIDH, Informe 25/98, casos N° 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 85.

De este modo, a partir de una lectura integral de los distintos derechos y obligaciones estatales incluidos en la Convención, se construye la recepción de este derecho a la verdad que tendrá, al entender de la propia Comisión en documentos analíticos, una doble dimensión: en relación con familiares y amigos de las víctimas directas, pero también con el conjunto de la sociedad, que se ve afectada por las vulneraciones a los derechos humanos y luego por el desconocimiento de lo ocurrido.

Bajo dichas disposiciones, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales [...] En segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no solo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión ha sostenido que toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. (CIDH, 2014, párrs. 14-15)

De este modo empieza a establecerse una doble obligación estatal: la de investigar a los responsables pero también la propia de establecer la verdad de lo sucedido. Necesariamente comienza entonces la necesidad de establecer un contenido del derecho a la verdad, porque mal podríamos pensar que “la verdad” en tanto tal resulte el objeto directo de las investigaciones judiciales. Sin embargo, sí puede hablarse al menos de la obligación respecto de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial; pero incluso también eventualmente del derecho al acceso a la información y a la desclasificación de documentos.

Finalmente, puede reconocerse el derecho a la verdad como una medida de reparación en sí misma. Así, dentro del sistema interamericano se ha establecido consistentemente que las violaciones de las obligaciones estatales que produzcan daños deberán ser reparadas de manera adecuada.⁸ Entendió la Comisión en este sentido que:

Al ser una obligación de los Estados derivada de las garantías de justicia, el derecho a la verdad también constituye una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos. En efecto, el reconocimiento de las víctimas es relevante porque significa una forma de admitir la importancia y el valor de las personas en tanto individuos, víctimas y titulares de derechos. Asimismo, el conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores son elementos fundamentales para reparar integralmente a

⁸ Véase, entre otros, el fallo del caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras. *Indemnización compensatoria*.”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de julio de 1989.

las víctimas de violaciones de derechos humanos. La Comisión ya ha establecido que: “forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”. (CIDH, 2014, párr. 124)

En el mismo sentido, en su Informe 136/99, la Comisión estableció que:

El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en su artículo 13.⁹

La Corte ha retomado esta voluntad reparatoria ante la violencia que produce la violación de este principio, y ha ordenado medidas varias que buscan avanzar en este sentido. Entre ellas, indicó impulsar, iniciar o reabrir procesos o investigaciones con el fin de

⁹ CIDH, Informe N° 136/99, caso N° 10.488, “Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos”, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

averiguar la verdad de los hechos; abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores; tomar en cuenta el patrón sistemático de las violencias a los derechos humanos para que las investigaciones se conduzcan en consideración de la complejidad de los hechos; identificar o individualizar autores; asegurar que las autoridades competentes realizan las investigaciones; garantizar que las investigaciones se mantengan en jurisdicción ordinaria; asegurar que los órganos involucrados cuenten con los recursos humanos y económicos necesarios; asegurar el acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en los procesos; publicar los resultados; garantizar el acceso a los archivos pertinentes para las investigaciones; articular coordinaciones entre los organismos e instituciones estatales; elaborar protocolos de actuación con enfoque interdisciplinario; promover acciones pertinentes a la cooperación internacional; ejecutar ordenes de captura que se encuentren pendientes e iniciar acciones respecto de las autoridades estatales que pudieran haber obstaculizado o impedido la investigación debida de los hechos.¹⁰

El reconocimiento de la Corte IDH: la obligación de investigar mientras exista la incertidumbre

La Corte IDH también se ha manifestado en relación con la vigencia del derecho a la verdad como un derecho que puede inferirse de la lectura de los derechos, las obligaciones y las garantías presentes

¹⁰ Véase Corte IDH, casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, “Contreras y otros vs. El Salvador”, “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, entre otros.

en la Convención. Resulta paradigmático el caso “Velásquez Rodríguez”, en el que se demostró que en Honduras, entre los años 1981 y 1984, se produjeron numerosos secuestros y desapariciones de personas y que estas acciones eran imputables a las Fuerzas Armadas, que contaron, al menos, con la tolerancia del Gobierno. En este fallo, la Corte declaró que:

la obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹¹ (CIDH, 1988, párr. 166)

De este modo se establece, como contracara de la obligación de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos, la de investigar y sancionar las violaciones que se hubieran cometido. Esta disposición distingue las obligaciones de sancionar y de investigar aun cuando las trata como obligaciones conjuntas.

¹¹ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 166.

En el mismo fallo la Corte continua diciendo:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La de investigar no es una obligación formal de los Estados, sino que, por el contrario, deben implementarse políticas públicas que avancen en su efectivo cumplimiento. Esto, lejos de ser una potestad discrecional de los Estados, implica una responsabilidad que tiene como contracara el derecho de los ciudadanos a conocer la verdad de lo sucedido y ver reparados sus derechos vulnerados, en la medida en que esto sea factible.

Ahora bien, respecto de la vigencia de esta obligación en relación con las desapariciones, y puntualmente en lo que respecta a situaciones en las que el Estado ha autolimitado sus posibilidades de avanzar en el juzgamiento de los responsables, es claro el fallo analizado cuando dice:

El deber de investigar hechos de este género, subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál es el destino de

esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.¹²

De esta manera se disipa cualquier duda que pudiera existir respecto de la duración de esta obligación. El Estado debe investigar, aún sin poder sancionar, mientras el “desaparecido” siga siendo tal. No hay amnistía posible que libere al Estado de su obligación.

Más allá de su centralidad, no fue “Velásquez Rodríguez” la única oportunidad en que la Corte se manifestó respecto de este fallo, y cabe recuperar, someramente, algunos de los principales hitos que consolidan una jurisprudencia regional en este sentido.

Así, ya en 1997, en “Castillo Páez vs. Perú” la Corte refiere en su sentencia la invocación realizada por la Comisión de la violación del derecho a la verdad, debido al desinterés estatal para esclarecer los hechos –en relación nuevamente con una desaparición forzada– que dieron lugar al caso. Se explica que en esa oportunidad la Comisión no alegó una norma puntual de la Convención, pero que el derecho ha sido reconocido por distintos organismos internacionales. La Corte señaló:

se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar

¹² *Ibid.*, párr. 181.

los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana.¹³

En esa oportunidad, entonces, se considera que el pedido formulado en relación con el derecho a la verdad se encuentra subsumido en la obligación de investigar, pero se reconoce que se trata de un concepto en desarrollo.

Tres años más tarde, en el año 2000, se arriba a una solución amistosa en el marco del caso “Lapacó vs. Argentina”. En esa oportunidad, la cláusula del acuerdo pertinente al derecho a la verdad refería que

El Gobierno argentino acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible. Particularmente acuerdan este derecho en relación a la desaparición de Alejandra Lapacó.¹⁴

Resulta interesante observar el estado de cumplimiento de ese acuerdo, que se entendió en este punto como total, en relación a que el 21 de diciembre de 2010 se dictó sentencia condenatoria contra los acusados –absolviéndose en esa oportunidad a una persona–. Se tuvo por probada la privación ilegítima de la libertad de Alejandra Lapacó, en la que fue torturada, y la continuidad

¹³ Corte IDH, caso “Castillo Paez vs. Perú”, 2 de noviembre de 1997, Serie C N° 34, párr. 86.

¹⁴ CIDH, Informe 21/00, caso “Lapacó vs. Argentina”, acuerdo de solución amistosa, 29 de febrero de 2000, párr. 17.

de la desaparición, ya que no había podido determinarse el destino de su cuerpo.

Este caso resulta particularmente relevante para nuestro país, puesto que daría lugar a grandes avances en el reconocimiento a nivel local e incluso al inicio de los que serían conocidos como juicios por la verdad. Se determinaba en esa oportunidad la competencia exclusiva de las cámaras federales en lo criminal y correccional de todo el país para la averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, con la excepción de las causas de secuestro de menores y sustracción de identidad, que continuarían según su estado. Respecto de este punto, también se entendió que existía un cumplimiento total.

Durante el mismo año 2000 tuvo lugar otro de los fallos particularmente significativos de la Corte, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”. En esa oportunidad se entendió que la situación dada por la falta de respuesta de los recursos judiciales, a causa incluso de la actuación directa de agentes estatales de alto nivel tendientes a evitar resultados positivos, “impidió a Jennifer Harbury y a los familiares de la víctima conocer la verdad acerca de la suerte corrida por esta”¹⁵.

Sin embargo, de seguido se entendió que, por las particularidades del caso, el derecho a la verdad –ya nombrado como tal– se encontraba subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares

¹⁵ Corte IDH, caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, 25 de noviembre del 2000, Serie C N° 70, párr. 200.

a obtener el esclarecimiento de los hechos violatorios de sus derechos humanos, esto, a través de la investigación y el juzgamiento consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención. De este modo, la situación quedaba resuelta.

Cabe realizar, sin embargo, una brevísima mención al alegato realizado en esa oportunidad por la Comisión, donde se manifestó que:

el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a “tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos”, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación. La Corte Interamericana ha establecido el deber del Estado de investigar los hechos mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida, y la necesidad de brindar un recurso sencillo y rápido para el caso, con las debidas garantías. Siguiendo esta interpretación, la Comisión afirmó que este es un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos. (párr. 197)

Así, se entendía que el derecho es no solo a conocer la propia historia, al duelo, a la justicia, sino que es parte integrante del derecho a la libertad de expresión, particularmente vinculado con el derecho a la información en posesión del Estado, receptado en el artículo 13 de la Convención.

En “Barrios Alto vs. Perú”, del año 2001, la Corte declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención. Así, entendió:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indrogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁶

En esa oportunidad, la Corte resolvió que la consecuencia de estas incompatibilidades era la carencia de efectos jurídicos de las leyes internas, las que no podían seguir representando un obstáculo. Pero, además, reconoció explícitamente el derecho a la verdad, y sobre este punto manifestó que “es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos” (párr. 47).

Sin embargo, nuevamente se entendió que

el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y

¹⁶ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41.

las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento. (párr. 48)

De este modo, la cuestión quedaba resuelta con el señalamiento de la violación de los artículos 8 y 25. La Corte avanzaba en el reconocimiento del derecho a la verdad como tal, pero resultaba compleja la autonomía que este podía adquirir al no encontrarse entre los derechos consagrados en la Convención.

El derecho a la verdad como medida reparatoria

Más allá de la subsunción en la obligación estatal de investigar y juzgar, la Corte comenzó progresivamente a asentarse en esa jurisprudencia para entender el derecho a la verdad en el ámbito de la reparación. Así, en 2004, en “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”¹⁷, dispuso medidas reparatorias fuertemente vinculadas con el derecho a la verdad, entendiendo que la sentencia de reparaciones constituye en sí misma una forma de reparación, y se dispuso la investigación efectiva de los hechos; la necesidad de que el Estado realizase un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y de desagravio a las víctimas; que se tradujera al idioma maya achí la Convención Americana, así como la sentencia del caso y la sentencia de reparaciones; y que la sentencia se publicase en diarios de circulación nacional en ambos idiomas.

¹⁷ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, sentencia de reparaciones, 19 de abril de 2004, Serie C N° 116.

A partir de este punto, la Corte toma algunas características del derecho a la verdad como algo reconocido y asentado en su jurisprudencia, aun cuando luego, en los casos concretos, esto queda subsumido o resuelto a partir de otros derechos que sí se encuentran reconocidos en la Convención. De este modo, por ejemplo en “19 comerciantes vs. Colombia”¹⁸, de 2004, se refiere que “la impunidad continúa lesionando a los familiares de las víctimas” (párr. 257), y se recuerda que “Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos” (párr. 258). De seguido, esto va a vincularse nuevamente con la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables, y se señala que esta medida no solo beneficia a las familias, sino a la sociedad como un todo: “de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro” (párr. 259). Además, que el derecho a la verdad que se ha venido desarrollando constituye un medio de reparación.

En el mismo sentido, en “Carpio Nicolle vs. Guatemala”¹⁹ se vincula directamente con la obligación del Estado de investigar y juzgar, pero además se dispone una serie de medidas reparatorias como ya se había dispuesto, por ejemplo, en “Masacre Plan de Sánchez”.

En “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador” se retoma la obligación del Estado de combatir la impunidad y las características que

¹⁸ Corte IDH, caso “19 comerciantes vs. Colombia”, 5 de julio de 2004, Serie C N° 109.

¹⁹ Corte IDH, caso “Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala”, 22 de noviembre de 2004, Serie C N° 117.

deben tener los procesos de investigación. Nuevamente se toma la jurisprudencia, ya a esta altura asentada, respecto del derecho a la verdad:

Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas.²⁰

Se señala que este derecho se desprende de otros consagrados en la Convención Americana. Se trata de una necesaria construcción jurisprudencial que conlleva al desarrollo progresivo del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos.

De manera sintética, cabe recordar que en fallos como “Moiwana vs. Suriname”²¹ la Corte retoma el derecho de las víctimas de violaciones

²⁰ Corte IDH, caso “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, 1º de marzo de 2005, párr. 62.

²¹ Corte IDH, caso “Moiwana vs. Suriname”, 15 de junio de 2005, Serie C N° 124.

de derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad sobre esos hechos, y que estos resulten investigados adecuadamente. Esto se extiende además al derecho de las víctimas a ser escuchadas y participar ampliamente en los procesos (“Baldeón García vs. Perú”²² y “Miguel Castro Castro vs. Perú”²³).

La obligación de investigar, enjuiciar y sancionar es una constante, así como la lucha contra la impunidad. Sin embargo, cabe destacar que esta adquiere mayor relevancia en relación con la gravedad de los hechos y que no podría interpretarse como una necesidad en relación con el derecho penal en general y los delitos comunes. En este sentido, es claro el fallo de “La Cantuta vs. Perú”, que refiere que

es necesario recordar que los hechos han sido calificados [...] como crímenes contra la humanidad y ha sido establecido que fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil. Consecuentemente, la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados.²⁴

Asentada la jurisprudencia, cabe aun referir dos casos que permiten la apertura de nuevos estándares en este punto.

²² Corte IDH, caso “Baldeón García vs. Perú”, 6 de abril de 2006, Serie C N° 147.

²³ Corte IDH, caso “Miguel Castro Castro vs. Perú”, 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160.

²⁴ Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 157.

Así, en “Goiburú vs. Paraguay”, aun cuando el Estado paraguayo se había allanado respecto de muchos de los puntos en cuestión, la Corte decidió abrir el capítulo relativo a los hechos, en tanto

dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de contribuir a la preservación de la memoria histórica, de la reparación para los familiares y víctimas y, a la vez, de contribuir a evitar que se repitan hechos similares.²⁵

El carácter reparatorio de las sentencias se extiende en esta oportunidad a las dictadas por la misma Corte, y de este modo comienza a autonomizarse de la obligación estatal de investigar, juzgar y eventualmente sancionar.

Finalmente, en “La Rochela vs. Colombia”, la Corte retoma que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar en tiempo razonable el derecho de las víctimas, para que en un plazo razonable se haga lo necesario a fin de conocer la verdad de lo sucedido. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios disponibles, especialmente cuando puedan estar involucrados agentes estatales.

Se resaltó en esa oportunidad que

la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los

²⁵ Corte IDH, caso “Goiburú vs. Paraguay”, 22 de septiembre de 2006, párr. 53.

patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades [...] En cuanto a la participación de las víctimas, se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria.²⁶

Y nuevamente se señala que los resultados de los procesos deben ser divulgados públicamente para que toda la sociedad pueda conocer la verdad.

De este modo se establece una jurisprudencia sólida y conteste en relación con el reconocimiento del derecho a la verdad por la Corte Interamericana. Aun cuando el derecho no es reconocido en la Convención, sus alcances se entienden no solo en relación con las personas cercanas a las víctimas, sino con la sociedad toda, y particularmente se extiende en relación con las dinámicas reparatorias.

Conclusiones

El reconocimiento que ha tenido en nuestro país el derecho a la verdad, fuertemente impulsado por las luchas populares, se ha visto sostenido por los avances del sistema interamericano.

La idea de personas afectadas se ha reformulado y ya no resultan interesadas en el reconocimiento del pasado solo las víctimas

²⁶ Corte IDH, caso "La Rochela vs. Colombia", 11 de mayo de 2007, Serie C N° 105, párr. 195.

directas o quienes son cercanos a ellas, sino que la sociedad toda, al verse vulnerada por las graves violaciones de derechos humanos, también puede reclamar el derecho de conocer la verdad acerca de lo sucedido. Pero, además, el proceso de autonomización del derecho a la verdad ha pasado de dejarlo subsumido en la obligación estatal de investigar –que de hecho muchas veces se lee correlativa con la obligación de juzgar y sancionar, si fuera el caso– a acercarlo a las políticas reparatorias complejas y diversas que permiten horizontes mucho más amplios. Estas dos grandes transiciones son centrales a la hora de recuperar las preguntas por el derecho a la verdad en los debates presentes en nuestra región.

Precisamente, el hecho de que el derecho a la verdad sea una construcción forzada por su necesidad y por los reclamos populares, aun cuando no formaba parte del compendio de derechos reconocidos en los tratados internacionales, ha permitido sus transformaciones. Esto, que podría leerse en principio como una debilidad, se convierte en una potencia, al posibilitar repensar el derecho según las nuevas necesidades del presente. Conocer la historia de su reconocimiento, en este caso puntual, en el ámbito latinoamericano, permite dar cuenta de que el derecho a la verdad no se encuentra, de ningún modo, intrínsecamente ligado al poder punitivo en general ni al Poder Judicial en particular. Por el contrario, las agencias estatales que pueden desplegar políticas en este sentido, incluso en términos de investigación o de declaraciones de verdad, son diversas y permiten pensar en desarrollos diferentes que excedan una simple ampliación punitivista.

Los casos planteados en el ámbito regional responden a problemáticas específicas, generalmente insertas en el plano de los delitos

de lesa humanidad. Esto genera algunas cuestiones, sobre todo en la intención de pensar el derecho a la verdad respecto de delitos que son, según las legislaciones internas, prescriptibles. El instituto de la prescripción es una garantía hacía los ciudadanos y un límite al poder punitivo estatal, y cualquier cuestionamiento de este debería ser el resultado de un extenso proceso analítico que en absoluto es el objetivo de este artículo.

Sin embargo, el recorrido que ha sufrido el derecho a la verdad nos permite pensar en variaciones que puedan alejarse de la investigación penal pura por parte de los Estados, y que se enfoquen en cuestiones reparatorias. El derecho de las sociedades a conocer su propia historia no puede, en absoluto, anclarse exclusivamente al poder judicial penal. Por el contrario, resulta necesario desplegar un abanico de estrategias que se enfoquen en la reparación y no exclusivamente en investigar y sancionar. En este punto, debe leerse el derecho a la verdad, no como estático –lo cual sería en todo caso negar su propio desarrollo–, sino como una potencialidad para repensar las necesidades del presente.

Frente a las muertes de los responsables del genocidio, entonces, ¿cómo reconocemos lo sucedido?, ¿cómo reconocemos a las víctimas? La posibilidad de reescribir nuestras contramemorias frente a esos proyectos de olvido se impone desde los intersticios. Frente a hechos que nos resultan aberrantes, sobre aquellos que necesitamos establecer certezas, ¿cómo desarrollamos nuevos modos de reparación y cuidado?

Es necesario en este punto recuperar, siempre, el inmenso trabajo que vienen haciendo los activismos en la búsqueda de nuevas

respuestas para preguntas cada vez más complejas. El reconocimiento del derecho a la verdad, lejos de ser un fin en sí mismo, lejos de sacralizar las declaraciones de verdad, necesita pensarse desde sus transiciones para acompañar las necesidades de esta época.

Las luchas que durante el siglo pasado y lo que va de este han desarrollado la memoria colectiva (Halbwachs, 2004), como forma de respuesta a los “proyectos de olvido” (Reyes Mate, 2006) que organizaron las grandes masacres de ese siglo, han dejado muchas enseñanzas populares y, sin dudas, muchas nuevas preguntas. La voluntad de intentar el reconocimiento estatal de esas memorias también tiene un amplio recorrido y sin dudas se ha desarrollado fuertemente en el ámbito del Poder Judicial. Aparece aquí la posibilidad de una puesta en tensión de injusticias consolidadas por la impunidad y el silencio, pero necesariamente nuevas preguntas vuelven a atravesar los procesos colectivos. La búsqueda de la construcción de memorias que saquen a la luz la verdad respecto de sucesos violentos es un proceso con múltiples derroteros posibles. Conocer el desarrollo, aún vigente, del reconocimiento de ese derecho tan *sui generis* como es el derecho a la verdad permite también imaginar nuevas proyecciones.

Referencias

- Halbwachs, M. (2004).** *La memoria colectiva*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Reyes Mate, M. (2006).** *Medianoche en la historia*. Trotta.
- Traverso, E. (2018).** *El pasado, instrucciones de uso*. Prometeo.

¿Es el litigio estructural una vía efectiva para impulsar que los Estados cumplan con los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático?

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 14/09/2022 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.93>

¿Es el litigio estructural una vía efectiva para impulsar que los Estados cumplan con los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático?

Is structural litigation an effective way to encourage States to comply with the objectives of mitigation and adaptation to climate change?

Manuel Roig¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: El litigio climático por el cual los demandantes instan a los gobiernos a que adopten medidas de mitigación y adaptación al cambio climático se ha extendido en todo el mundo en los últimos años. A pesar de que su legitimidad y eficacia es discutida, la cuestión tiene un interés sumamente relevante desde el derecho, por cuanto implica no solo preguntarnos si el litigio es efectivo para fortalecer la resiliencia y reducir el impacto del cambio climático, sino también evaluar su efectividad para transitar y acompañar cambios sociales y reformas estructurales en las organizaciones burocráticas. Adelantando una respuesta favorable al litigio climático, nos inmiscuiremos en esta temática.

Palabras clave: Litigio climático – Litigio estructural – Adaptación – Mitigación – Cambio climático – Proceso colectivo.

¹ Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires). Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italia). Docente de Derechos Humanos y Garantías (Universidad Nacional de Lomas de Zamora y UBA). Correo electrónico: manuelroig@outlook.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4725-2796>.

Abstract: *Climate litigation in which plaintiffs urge governments to adopt climate change mitigation and adaptation measures has spread throughout the globe in recent years. Although its legitimacy and effectiveness is disputed, from the legal point of view, the issue is of extremely relevant interest, since it involves wondering not only if litigation is effective in strengthening resilience and reducing the impact of climate change, but also involves evaluating its effectiveness to experience and support social changes and structural organizational changes in organizations that are bureaucratic. We will get involved into this issue, anticipating a favorable response to climate litigation.*

Keywords: *Climate litigation – Structural litigation – Adaptation – Mitigation – Climate change – Collective process.*

El Acuerdo de París, adoptado en la 21ª Conferencia de las Partes, organizada por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, constituye, hoy en día, el principal fundamento jurídico internacional para que los Estados adopten medidas con el fin de llevar adelante las dos estrategias que sirven para combatir el cambio climático: la mitigación, que busca reducir el calentamiento global mediante la reducción de las emisiones y la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI), y la adaptación, que busca fortalecer la capacidad de las sociedades y ecosistemas (CEPAL, 2019).

En Argentina, el marco regulatorio del Acuerdo de París se consolidó a nivel nacional con la Ley N° 27.520 de Presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global, en línea con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución nacional.

Además, estas estrategias de reducción de GEI deben integrarse con los derechos humanos. Como explica Esain (2018), existen dos vertientes de la interrelación entre los derechos humanos y el ambiente que resultan dos caras de la misma moneda. Se produce, por una parte, lo que se denomina la “ecologización” del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, la incorporación de la cuestión ambiental para resolver problemas de derechos humanos; y, por la otra, el desarrollo de un enfoque de derechos humanos al tratar cuestiones ambientales.

La integración entre ambiente y derechos humanos ha tenido en América Latina y el Caribe algunos resultados interesantes, como el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en

América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 (en adelante, Acuerdo de Escazú), y la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.²

En este marco, a nivel mundial, la cantidad de litigios climáticos, es decir, litigios en donde distintos tribunales del mundo han exigido a los Estados y empresas privadas que tomen medidas para la reducción de los GEI, se encuentra en ascenso y los tribunales han tenido algunas respuestas favorables. Aquí veremos, en primer lugar, el desarrollo teórico procesal que justifica llevar adelante procesos colectivos ambientales en la Argentina con el fin de que el Estado reduzca las emisiones de GEI. En segundo lugar, algunos antecedentes mundiales que sirven de ejemplo para enfrentar los efectos del cambio climático en sede judicial y la recepción que han tenido los tribunales. Por último, los resultados que pueden llegar a tener estos casos, más allá de que, como veremos más adelante, los verdaderos resultados se observarán a futuro.

² Recientemente, la Corte IDH ha reconocido que los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos, dando cuenta de la innegable relación entre la protección del medioambiente y la realización de otros derechos humanos (caso "Baraona Bray Vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de noviembre de 2022. Serie C N° 481, párr. 114). Asimismo, el tribunal, previamente, ha reconocido el derecho a un medioambiente sano como autónomo, el cual constituye un interés universal y un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, pero que, a su vez, no solo protege a la persona humana, sino también los componentes del medioambiente, como ríos, mares, bosques, etcétera, los cuales merecen protección en sí mismos (Corte IDH, 2017, OC-23/17, Serie A N° 23, párrs. 62 y 63, y 2020, caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat [Nuestra Tierra] vs. Argentina", Serie C N° 400, párr. 203).

Enfoque teórico

Proceso colectivo y litigio estructural

Podemos distinguir tres tipos de litigios: el individual, el consorcial (pasivo o activo) o mancomunado y el colectivo. Los primeros dos se enmarcan en un proceso bilateral, mientras que el tercero ha dado lugar a los procesos colectivos.

En el proceso bilateral, la relación de causalidad vincula a dos partes y los conflictos refieren a bienes jurídicos individuales, que son ejercidos por su titular, cuestión que no se modifica por la existencia de una pluralidad de actores o demandados, o de un litisconsorcio pasivo o activo, ya que sobrevive “un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable”.³

Ya sea que estemos ante un litigio individual o consorcial, en el proceso bilateral el relato de la litis es bipolar (Puga, 2013), se presenta como la “lucha” entre partes que compiten frente al juez, como si el litigio fuese un “campo de batalla”, en donde vence quien mejor defiende sus intereses frente a un juez pasivo (Gozaini, 2012). Como explica Lorenzetti (2017): “desde el punto de vista metodológico, es un sistema de posiciones rituales, ordenadas dialécticamente al modo de tesis, antítesis y síntesis” (p. 29). Las partes son quienes

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional”, del 24 de febrero de 2009, fallos: 332:111, considerando 10. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?id-Documento=6625571&cache=1661562240737>.

impulsan el proceso, por eso se ha dicho que estos procesos tienen una forma triangular, donde el juez se sitúa entre ellas señalando quién tendrá la razón e imponiendo el derecho.

En cambio, con el advenimiento de los procesos colectivos emerge un “derecho de daños colectivo” (Berra, 2012, p. 145). Los procesos colectivos abarcan discusiones sobre derechos de incidencia colectiva, ya sea que tengan por objeto bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, el ambiente) o que refieran a intereses individuales homogéneos (por ejemplo, el derecho de consumidores y usuarios). En este sentido, la Constitución argentina se refiere a los derechos de incidencia colectiva al consagrar la acción de amparo colectivo contra “cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 43). Como puede verse, el catálogo es abierto.

Parte de la discusión doctrinaria estriba en determinar si los llamados derechos individuales homogéneos son una tercera categoría jurídica entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, o son derechos individuales pese a que justifican un proceso colectivo. Si bien se los entiende como una tercera categoría jurídica, es dable señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce: a) derechos individuales; y b) derechos de incidencia colectiva. Agregando que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 14). La categoría de derechos individuales homogéneos fue eliminada del anteproyecto del Código durante el proceso de revisión. Esto se debe a que

entre derechos individuales e individuales homogéneos no existe una diferencia de objetos.

Sin perjuicio de estas consideraciones, me referiré a esta tercera categoría jurídica como se la entiende desde el derecho constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, es decir, como derechos de incidencia colectiva que refieren a intereses individuales homogéneos. Dentro del género de los derechos de incidencia colectiva tenemos, entonces, dos especies: los que tienen por objetivo bienes colectivos y los referentes a intereses individuales homogéneos.

Los derechos de incidencia colectiva que refieren a intereses individuales homogéneos hacen alusión a casos en donde se afectan derechos individuales divisibles y no un bien colectivo. Sin embargo, el *quid* de la cuestión radica en que para iniciar acciones colectivas relativas a estos derechos debe demostrarse la existencia de un hecho único o continuado que sea susceptible de provocar una lesión a una pluralidad de sujetos y que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada, por lo que amerita una sola decisión judicial ante el peligro de comprometerse el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir.⁴ Por ello, algunos autores los denominan “derechos accidentalmente colectivos” (Barbosa Moreira, citado en Verbic, 2017, p. 229). Además, se ha señalado que debe constatar que el interés individual no justifique la promoción de demandas individuales.

⁴ *Ibid.*, considerando 12.

Por su lado, en los derechos de incidencia colectiva que refieren a bienes colectivos, la pretensión tiene por objeto un bien colectivo afectado que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible, en el sentido de que no puede fragmentarse entre cada reclamante. Como tiene dicho la Corte Suprema, “no existe un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social”.⁵ Su principal característica es la supraindividualidad, y abarca los derechos difusos y los colectivos *stricto sensu*. La diferencia entre los derechos difusos y los colectivos *stricto sensu* radica en que los primeros pertenecen a un grupo indeterminado de personas que se vinculan por una circunstancia común, como puede ser, por ejemplo, un reclamo de recomposición del medioambiente. No habría en este caso una relación jurídica preexistente entre las personas que pertenecen al grupo. En cambio, los derechos colectivos pertenecen a un grupo específico, existiendo entre ellos un vínculo jurídico previo; este es el caso de las comunidades indígenas, las personas privadas de libertad, personas con cierta discapacidad, etcétera (Verbic, 2017; Sbar, 2015).

En este marco, la Corte ha señalado que “el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”, al igual que el uso del agua, que como “micro bien”, también presenta las características de los derechos de incidencia colectiva de uso común e indivisible.⁶

⁵ *Ibid.*, considerando 11.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia”, del 16 de julio de 2020, fallos: 343:603, considerando 7. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?id-Documento=7591211&cache=1661563161240>.

En este sentido, en el *leading case* “Mendoza”, al emitir la primera sentencia del 20 de junio de 2006, admitió la competencia originaria de la Corte solamente respecto del daño de incidencia colectiva que admite la Ley General del Ambiente N° 25.675 (de 2002), mientras que rechazó la acumulación de los reclamos por derechos individuales, los cuales debían realizarse conforme las reglas del proceso individual ante el juez correspondiente en razón del territorio.⁷

Ahora bien, todo proceso colectivo implica lo que se ha denominado “litigio estructural”, “litigio de reforma estructural” o, simplemente, “caso estructural”. Puga (2017) adopta una definición amplia, al sostener que podemos entender por caso estructural “aquel que extiende el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales”, bastando “que la normatividad de la decisión pretenda regular relaciones jurídicas que trasciendan a las partes procesales” (p. 193). La autora los distingue como aquellos casos en donde la litis tiene una fisonomía, ya no “bipolar”, sino “policéntrica”.

cuando estamos ante una litis policéntrica, el relato judicial del caso expresa una relación causal compleja que se expresa a través de hechos que imbrican intereses y que funcionan como un interés colectivo único. Será la imbricación de dos o más intereses en uno a partir de la descripción compleja de un hecho [...] lo que constituya al hecho agravante en sí mismo en una

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, del 20 de junio de 2006, fallos 329:2316, considerandos 17 y 18. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoB-yldLinksJSP.html?idDocumento=6044131&cache=1661563377982>.

vulneración de derechos, o bien, considere al hecho como causa fuente de esa vulneración [...] La fisonomía del caso policéntrico es representada, frecuentemente, con la imagen de una telaraña. Una estructura formada por múltiples hebras cuyos tejidos están tan íntimamente conectados entre sí que la tensión aplicada sobre alguno de ellos repercute en la red entera. (p. 195)

La doctrina no se encuentra del todo de acuerdo acerca de cuáles son las características de estos litigios, aunque hay algunas indispensables. Resulta indispensable la existencia de una falla estructural en políticas públicas que afecte a un colectivo de personas y que estas denuncien la violación de sus derechos por sí mismas o mediante organizaciones; que se lesionen derechos de incidencia colectiva, teniendo en cuenta que cualquiera de los derechos constitucionalmente protegidos puede presentar una dimensión colectiva; y, por último, que las soluciones y los remedios también sean estructurales.⁸

El proceso ambiental

Entonces, tratándose de un bien colectivo de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, como el ambiente, el proceso pasa de la bipolaridad a la multipolaridad, por lo que la visión del caso debe ser policéntrica.⁹

⁸ Rodríguez Garavito (2014) agrega como requisito que la falla estructural involucre a varios organismos o departamentos de Estado, responsables de la violación a derechos humanos.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional", del 4 de junio de 2019, fallos: 342:917, considerandos 17 a 21. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7527102&cache=1661608726015>.

En estos casos, el actor actúa con una legitimación “extraordinaria”, ya que no es titular del bien en cuestión. El artículo 43 de la Constitución nacional reconoce expresamente una legitimación amplia, al señalar que podrán interponer la acción de amparo el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. El artículo 30 de la Ley General del Ambiente, por su parte, expresa que:

tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental [...] y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

En este mismo sentido, el artículo 8 del Acuerdo de Escazú destaca que los Estados, para garantizar el acceso a la justicia ambiental, deberán contar con una “legitimación amplia en defensa del medio ambiente”.

La Ley General del Ambiente se desvincula del proceso tradicional bilateral, dejando de lado sus característicos formalismos e inactividad procesal, típica de los procesos tradicionales de daños y responsabilidad civil, ya que su fin máximo es la prevención del daño o, en su defecto, la reparación. Esto justifica que posibilite que los jueces puedan asumir un papel activo en materia probatoria, al señalar que, con el fin de tutelar el interés general, podrán “disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso” (art. 32), incluidas las medidas cautelares de oficio para probar hechos. Además, alteró las cargas

probatorias y, especialmente, conforme el principio precautorio, entre otros principios ambientales, se flexibilizaron los criterios evaluativos de la sana crítica.

El Acuerdo de Escazú refuerza esta idea de flexibilización del derecho probatorio en su artículo 8 inciso 3.E, al señalar que, para garantizar el acceso a la justicia ambiental, los Estados deben contar con procesos que admitan que los jueces adopten medidas que faciliten la prueba del daño ambiental, mediante medidas como la inversión de la carga y la carga dinámica de la prueba.

En el *leading case* “Mendoza”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo uso de sus facultades instructorias y ordenatorias y avanzó en la cuestión a pesar de entender que la demanda tenía ciertos déficits. Así, en la sentencia del 20 de junio de 2006, solicitó informes a las empresas demandadas, requirió al Estado (nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) un plan integrado que tenga por fin la realización de actividades que tiendan a la solución del conflicto, citó a las partes a la realización de una audiencia pública y le concedió a la parte actora la oportunidad de mejorar la demanda y aportar más información (Verbic, 2013). Esta sentencia fue de suma importancia, ya que en su implementación se creó la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), institución creada con el fin de ejecutar el plan y cumplir con los objetivos fijados por la Corte.

Las dificultades probatorias radican en la fisonomía policéntrica de la litis y en la dificultad de determinar que un daño afectará a las generaciones futuras. Por ello, en materia probatoria resulta

importante la aplicación de los principios de derecho ambiental, sobre todo el principio precautorio estipulado en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente (*in dubio pro ambiente*). Este principio “funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido científicamente aún comprobada de modo pleno” (Andrade, 2015, p. 324). A su vez, se diferencia del principio preventivo por cuanto en este la peligrosidad es conocida y cierta, ignorándose si se producirá el daño en el caso en cuestión.

Uno de los efectos del principio precautorio es la determinación de la carga de la prueba. En el proceso ambiental se imponen las “cargas dinámicas de la prueba” y los principios de solidaridad y colaboración, revirtiendo el criterio dominante y clásico del proceso tradicional, según el cual “quien alega debe probar”. Así, en el proceso ambiental, en determinados supuestos excepcionales y con el fin de llegar a la verdad, se exige que la aportación de la prueba recaiga sobre quien está en mejores condiciones de probar hechos controvertidos (Andrade, 2015).

Otra importante cuestión del proceso ambiental es que los principios preventivos y precautorios inciden en el sistema de medidas cautelares. La Ley General del Ambiente, en el mismo artículo 32 que venimos referenciando, señala:

en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Como destacan Porthé y Goñi (2015):

cobran extrema relevancia las medidas cautelares y anticipatorias como herramientas eficaces para servir a la finalidad preventiva del Derecho Ambiental y obtener medidas de ejecución concretas para evitar daños que afecten al ambiente, justificándose su dictado por que está fuertemente comprometido un derecho de incidencia colectiva y el interés general de la sociedad (y de sucesivas generaciones) en evitar la degradación del ambiente. (pp. 385-386)

Al respecto, el fallo “Dino Salas” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo gran repercusión. Con base en el principio precautorio, ordenó el cese de los desmontes y talas de bosques nativos pertenecientes a la provincia de Salta sin decidir sobre el fondo de la cuestión. La Corte adopta, en el caso, una postura sumamente activista. Tratándose de una medida cautelar y sin decidir acerca de su competencia, hace lugar a la medida, ordena diligencias preliminares, decide el cese de las actividades, convoca a una audiencia y exhorta a los otros poderes a que controlen la situación y realicen informes.¹⁰

Asimismo, tanto en los casos en que la actividad se esté produciendo o esté por desarrollarse, resultan aplicables las medidas de no innovar, reguladas en diversos códigos procesales. Estas implican el cese inmediato de la actividad o bien su abstención. Por

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Salas Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, del 26 de marzo de 2009, fallos: 332:663. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6641951&cache=1661610453120>.

ejemplo, el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala:

quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Estas flexibilizaciones tienen justificación, a su vez, en el derecho internacional de los derechos humanos, que pone el énfasis en la tutela efectiva de los derechos y en la responsabilidad internacional de los Estados. Este es el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que consagra para los Estados obligaciones de respetar y obligaciones de garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, con el fin de que los Estados adopten medidas efectivas en su protección. En este sentido, se ha señalado que

la noción de “efectividad” que surge del art. 25 de la CADH requiere que las herramientas judiciales disponibles incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo. Lo anterior, aun cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión requiera de un período temporal más extenso. (Brola, 2018, p. 129)

El Acuerdo de Escazú se inscribe en esta sintonía, al destacar que los Estados deberán contar con “la posibilidad de disponer medidas

cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente" (art. 8 inc. 3.D).

Por último, la cuestión de los remedios judiciales es esencial en el proceso colectivo ambiental. El remedio del litigio estructural mira al futuro, siendo difícil determinar el final del proceso. La dificultad radica en que el remedio judicial en un caso estructural no alcanza con que esté dirigido a la reparación de daños individuales. El remedio estructural tiene un poder expansivo por fuera de los actores procesales, es por ello por lo que la Ley General del Ambiente establece los efectos *erga omnes* de la sentencia. Tanto la sentencia que acoge favorablemente la pretensión como la que la desestima deben tener efectos expansivos, salvo, en este último caso, que el rechazo se deba a cuestiones probatorias (art. 33).

La expansión de la cosa juzgada a los miembros ausentes en el proceso es un principio inherente a todo proceso colectivo, siendo un principio vinculado a la legitimación amplia y necesario para que los ausentes de un grupo se encuentren adecuadamente representados y no se afecte la garantía del debido proceso (De los Santos, 2015).

En general lo que ocurre es que en los casos estructurales no hay una única sentencia, sino varias que se acercan a la solución definitiva. Una primera sentencia establecerá el marco legal, mientras que las decisiones que prosiguen se enfocan en su ejecución. Como explica Lorenzetti (2017): "si bien la primera produce cosa juzgada, las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas, y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior" (p. 249).

En “Mendoza”, la sentencia de fondo del 8 de julio de 2008 resolvió respecto de la recomposición ambiental y la prevención de daños ambientales futuros. La Corte condenó a la ACUMAR, con la responsabilidad concurrente del Estado nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la realización de un programa de cumplimiento obligatorio que contaba con diversos objetivos, delegando en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes todas las cuestiones concernientes a la ejecución de sentencia.

El litigio climático

En esta parte debemos determinar si la vía judicial es efectiva para contrarrestar la omisión de los Estados en el cumplimiento de sus compromisos nacionales e internacionales de mitigación y adaptación al cambio climático. De acuerdo con lo mencionado más arriba, los casos de mitigación son aquellos en los cuales los peticionarios piden a los tribunales que ordenen en forma directa la reducción de emisiones de carbono. Por su parte, los de adaptación son aquellos en los que los demandantes buscan el pago total o parcial de los costos de adaptación al cambio climático (Melcar Tan y Bustos, 2019).

Entre los casos de mitigación encontramos dos *leading cases* en la materia. El primer caso a nivel mundial donde se ordenó la reducción de emisiones de GEI es “Fundación Urgenda vs. Reino de los Países Bajos”, mientras que el primero en América Latina y el Caribe es “Generaciones futuras vs. Ministerio de Ambiente de Colombia”.

En el primer caso, la fundación, junto a 886 ciudadanos de los Países Bajos, demandaron al Gobierno en nombre del interés general, aduciendo la omisión del Estado de adoptar medidas de mitigación contra el calentamiento global, lo cual afectaba el goce de derechos humanos, como el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar. El Tribunal de Distrito de La Haya falló a favor de los accionantes y adujo que el Estado debía adoptar medidas que evitasen el peligro inminente causado por el cambio climático y controlar los niveles de emisiones de los ciudadanos, por lo que ordenó a los Países Bajos la reducción de las emisiones de GEI en un mínimo del 25 % para 2020, por debajo de los niveles de 1990, señalando que la meta que se había propuesto el Estado de reducir emisiones en un 16 % era insuficiente (Lorenzetti, 2017; PNUMA, 2017).

Tal decisión se amparó en normativa constitucional de los Países Bajos, objetivos de reducción de emisiones de la Unión Europea, principios de derechos humanos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principio de “no causar daño” del derecho internacional ambiental, la doctrina de la “negligencia peligrosa”, y principios consagrados en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, como el principio precautorio y el de sustentabilidad (PNUMA, 2017).

En 2019, tras siete años de litigio, la Corte Suprema de los Países Bajos ratificó la decisión de los tribunales inferiores, destacando que todos los Estados tienen una responsabilidad en la mitigación del cambio climático, no resultando la decisión adoptada desproporcionada o de imposible realización, teniendo en cuenta los distintos datos científicos que proporciona el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, el Estado adoptó una serie de medidas que incluyó: legislación de vanguardia, como una nueva ley de cambio climático, el cierre de centrales eléctricas de carbón y el incremento presupuestario para financiar un paquete de medidas que redujeran las emisiones en 2020.¹¹

Por su parte, en el caso “Generaciones futuras vs. Ministerio de Ambiente de Colombia”, los accionantes son veinticinco niños, niñas y jóvenes que viven en distintas ciudades de Colombia y se presentan como parte de la generación futura que enfrentará los efectos del cambio climático en el período 2041-2070 y 2071-2100, demandando a la Presidencia de Colombia, a distintas carteras gubernamentales y a Gobiernos locales de la Amazonía.

La demanda se fundamenta en la omisión del Gobierno de cumplir con sus compromisos nacionales (Ley N° 1753) e internacionales (Acuerdo de París) en materia de cambio climático y deforestación de la Amazonía, en detrimento de derechos individuales y colectivos, como el derecho a un medioambiente sano, a la vida, a la alimentación, al acceso al agua y a la salud.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia sostuvo que el ámbito de protección de los derechos fundamentales es cada persona, pero, además, deben incluirse los sujetos aún no nacidos y otras especies animales y vegetales. Señaló que “los derechos ambientales de las futuras generaciones se cimentan en el (i)

¹¹ Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2020/estado-paises-bajos-ministerio-economia-y-politica-del-clima-c-stichting-urgenda>.

deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la naturaleza”.¹²

Asimismo, reiteró su jurisprudencia, que, desde una postura eco-céntrica, reconoce a la naturaleza, en este caso la Amazonía, como sujeto de derecho.¹³ Las distintas cláusulas ambientales constitucionales colombianas, junto con el interés superior del medioambiente, permiten afirmar la trascendencia del medioambiente sano y su interdependencia con otros derechos fundamentales, constituyendo lo que la Corte denomina “constitución ecológica” o “constitución verde”.¹⁴

Así, la Corte hizo lugar a lo pedido por los accionantes, ordenando a los demandados, con la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general, que formularan un plan de acción de corto, mediano y largo plazo con el fin de contrarrestar la deforestación en la Amazonía y hacer frente al cambio climático.

Además, se ordenó la construcción de un “Pacto Intergeneracional por la vida del Amazonas – PIVAC”, con el fin de que se consensaran medidas que reduzcan a cero la deforestación y las emisiones de GEI.¹⁵

¹² Caso “Generaciones futuras vs. Ministerio de Ambiente de Colombia”, del 5 de abril de 2018, STC4360, 5.3. Disponible en: <https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/stc4360-2018.pdf>.

¹³ *Ibid.*, 14.

¹⁴ *Ibid.*, 12.

¹⁵ *Ibid.*, 14.

Con respecto a los casos de adaptación al cambio climático, encontramos “Leghari vs. República de Pakistán”. El demandante es un agricultor que se presentó invocando un interés público, señalando la omisión del Gobierno federal y del Gobierno de Punjab de adoptar medidas de adaptación al cambio climático.

Así, la Corte Superior de Lahore, en base a la vulneración de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la propiedad, a la información y al medio ambiente sano; a principios de raigambre constitucional (justicia social y económica e igualdad); a principios de derechos internacional ambiental (precaución, evaluación de impacto ambiental y equidad inter e intra-generacional); al principio del desarrollo sostenible y a la doctrina de la confianza pública insuficiente, ordenó la creación de una Comisión de Cambio Climático, con representantes de distintas cartteras gubernamentales, ONG y expertos técnicos en la materia, con el fin de que colaboren con la Corte, realicen informes y controlen los progresos del Gobierno (Lorenzetti, 2017; PNUMA, 2017).

A nivel nacional, si bien del máximo tribunal no surgen casos como los descritos, hubo algunos avances en la materia, sobre todo en el citado fallo “Barrick” de la Corte Suprema, en donde las empresas Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. iniciaron una acción declarativa ante el Juzgado Federal de San Juan, solicitando que se declarase la nulidad, y en subsidio la inconstitucionalidad, de la Ley N° 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial (llamada también Ley de Glaciares). Sin adentrarnos en la cuestión de la nulidad rechazada, en cuanto a la inconstitucionalidad, la Corte concluyó que ni las empresas ni la

provincia de San Juan probaron que existiera un acto de ejecución de la norma que las afectara, ni aún en ciernes, ni una inconstitucionalidad derivada del procedimiento de sanción de la ley.

Asimismo, destacó que, ante la posibilidad de afectar derechos de incidencia colectiva, que involucran “la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos”¹⁶.

En efecto, la Ley de Glaciares busca preservar y conservar estas reservas estratégicas, proveedoras de agua para el planeta, de ciertos procesos extractivos que pudieran afectarlas (como la minería a gran escala). Y señala la Corte que esta interpretación se inscribe en el consenso internacional que aprobó el Acuerdo de París, ratificado por la Argentina. Señala expresamente que “la perspectiva global emergente del derecho del cambio climático invita a reforzar la visión policéntrica propuesta para los derechos colectivos al tiempo que evidencia la dificultad del proceso bilateral tradicional para responder a la problemática ambiental”¹⁷.

Además, dice que el derecho de propiedad debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva, de modo de asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación, y los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley General del Ambiente

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional”, considerando 17.

¹⁷ *Ibid.*, considerando 21.

N° 25.675) y teniendo en cuenta los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.¹⁸

Por último, la Corte ha señalado, tomando la doctrina expuesta por primera vez en el caso “La Pampa c/ Mendoza”¹⁹, que

la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado [...] El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.²⁰

Resultados y conclusiones

Como sucedió en el caso “Mendoza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quizás el mayor mérito de los litigios climáticos no son los efectos sobre el ambiente, sino los efectos sobre las estructuras gubernamentales que tienen a su cargo establecer estrategias de adaptación y mitigación del cambio climático.

Por ejemplo, es una característica común, producto de la complejidad de estos asuntos, la creación de una “microinstitucionalidad”

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Considerando 7.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional”, considerando 17.

(Lorenzetti, 2017, pp. 256), como la creación de la ACUMAR a partir del caso “Mendoza”, o de la Comisión de Cambio Climático en el caso “Leghari vs. República de Pakistán”.

Otra nota interesante de los casos estructurales es la realización de planes de saneamiento y de protección del medioambiente bajo el control del Poder Judicial, dejando a los otros poderes amplios márgenes de discrecionalidad en la planificación de políticas públicas. Este es el caso del “Pacto Intergeneracional por la vida del Amazonas – PIVAC”, resultado del fallo “Generaciones futuras vs. Ministerio de Ambiente de Colombia”. Estos planes, a su vez, resultan importantes por cuanto favorecen el diálogo entre actores sociales y Gobierno.

Asimismo, casos como “Fundación Urgenda vs. Reino de los Países Bajos” han posibilitado la expansión del litigio climático en todo el mundo, sirviendo de guía para los distintos tribunales.²¹ Estos casos legitiman las denuncias y acciones de activistas por el cambio climático y ONG, independientemente del resultado del pleito, puesto que incluso en el caso de que un tribunal falle en contra de los litigantes por el cambio climático, como señalan Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010):

el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear

²¹ El PNUMA (2017) explica cómo este caso ha servido de antecedente en distintos países, como Bélgica, Nueva Zelanda, Suiza, Austria, Suecia, Pakistán, etcétera. Véase <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.

lazos perdurables entre organizaciones activistas que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de las cortes. (p. 93)

Además, cuando la omisión del Estado es producida por la falta de legislación o por la vigencia de legislación vetusta, el litigio sirve para exhortar a los poderes legislativos a la aprobación de legislación moderna en materia ambiental, tanto a nivel nacional como local. Como se ha mencionado, el caso “Fundación Urgenda vs. Reino de los Países Bajos” también sirvió para modernizar la legislación vigente en los Países Bajos.

En otro orden de cosas, es de destacar el encuadre del litigio climático. Estos litigios han sido abordados desde un enfoque integrador entre ambiente y derechos humanos, de modo que la lucha contra el cambio climático es cada vez con más fuerza una cuestión de derechos humanos, teniendo en cuenta que, generalmente, los grupos marginalizados y en situaciones vulnerables, que por lo general se encuentran en situaciones de discriminación estructural, son los que más sufren los efectos del cambio climático.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el litigio estructural es una vía efectiva para impulsar que el Estado asuma los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático establecidos, primordialmente, en el Acuerdo de París y en los ordenamientos internos. Pero también es necesario que el propio Poder Judicial se modernice y realice las reformas procesales necesarias en cumplimiento del Acuerdo de Escazú. Es preciso que se establezcan tribunales especializados en materia ambiental, constituidos por agentes judiciales con conocimiento técnico y especializado, es

decir, fueros ambientales que absorban aquellos litigios en donde se encuentra comprometido un interés colectivo ambiental, ya que la esencia de las problemáticas ambientales atraviesa todas las ramas del derecho.

Referencias

- Andrade, G. A. (2015).** Principio precautorio y prueba científica. En Berizonce, R. O. y Pasutti, J. L. (coords.). *Tutela Judicial del ambiente*. Rubinzal-Culzoni.
- Berra, M. V. (2012).** Relatos sobre el río, el derecho de la cuenca Matanza – Riachuelo. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, 1 (1). https://www.palermo.edu/derecho/anuario-derecho-ambiental/pdfs/REV1-2012-Derecho_Ambiental_04.pdf.
- Brola, D. E. (2018).** *Teoría y Práctica del Amparo*. Ediciones dyd.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [CEPAL] (2019).** *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe* (LC/TS.2019/94/Corr.1). <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44970-cambio-climatico-derechos-humanos-contribuciones-america-latina-caribe>.
- De los Santos, M. A. (2015).** Los principios del proceso colectivo ambiental. En Berizonce, R. O. y Pasutti, J. L. (coords.). *Tutela Judicial del ambiente*. Rubinzal-Culzoni.
- Esain, J. A. (2018).** La Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. *La ley. Suplemento de Derecho Ambiental*, 1 - 23 de nov. https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_La-opinion-consultiva-23-17.pdf.
- Melcar Tan, J. y Bustos, C. (2019).** Casos de litigio climático: un llamado al activismo judicial. *Fundación Ambiente y Recursos Na-*

- torales (FARN). Informe Ambiental Anual 2019.* https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/2019_IAF.pdf
- Gozaini, O. A. (2012).** *La función social del juez.* IJSA.
- Lorenzetti, R. L. (2017).** *Justicia colectiva* (2° ed.). Rubinzal-Culzoni.
- Porthé, I. y Goñi, I. (2015).** “Medidas cautelares y anticipatorias en el proceso. En Berizonce, R. O. y Pasutti, J. L. (coords.). *Tutela Judicial del ambiente.* Rubinzal-Culzoni.
- Puga, M. (2013).** *Litigio estructural* [Tesis de doctorado]. Universidad de Buenos Aires. https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga.
- (2017). Justicia estructural y derecho a la vivienda: el caso Quisberth Castro. En Benente, M. y Thea, F. G. (comps.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural.* Edunpaz. <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/13>.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010).** Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En Rodríguez Garavito, C., Arcidiácono, P. y Espejo Yaksic, N., *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina.* Siglo del hombre editores-Uniandes. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derechos-sociales-justicia-politica-y-economia-en-america-latina.pdf>.
- Sbar, C. B. (2015).** Procesos colectivos y políticas públicas. *XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. En homenaje a los Dres. Enrique M. Falcón y Pedro J. Bertolino: “Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales.* https://aadproc.org.ar/pdfs/biblioteca_virtual/Congreso_2015/Ponencias%20Generales/Procesal%20Constitucional/SBDAR%2C%20Claudia%20B..pdf
- Verbic, F. (2013).** El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones

- planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 43. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1.
- (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y a las acciones de clase. En Fandiño, M. y González, L. (dirs.). *Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5610>.

Amicus curiae. Un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de "afianzar la justicia"

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 16/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.94>

***Amicus curiae*. Un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de “afianzar la justicia”**

Amicus curiae. An instrument of citizen collaboration in the common task of “strengthening justice”

Analía Eliades¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: A cuarenta años del regreso del estado democrático de derecho, en el arduo camino de recepción y consolidación de los derechos humanos, la figura procesal del *amicus curiae* o amigo del tribunal se presenta con sólidos desarrollos jurisprudenciales y normativos que dan cuenta de la importancia de la participación ciudadana en la administración transparente de justicia. En la provincia de Buenos Aires, la Ley N° 14.736 sancionada en 2015 ofrece como fundamento legal la contribución de personas con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito en todos los procesos judiciales en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Afianzar esta figura con su ejercicio, con eficiencia técnica, respeto y responsabilidad es “afianzar

¹ Abogada y licenciada en Comunicación Social (Universidad Nacional de La Plata). Doctora (Universidad Complutense de Madrid). Especialista en Derechos Humanos (UCM). Docente de Derecho a la Comunicación (Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP) y de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Docente de posgrado (UNLP, Universidad del Salvador, Universidad Nacional de Quilmes, Universidad Nacional de Avellaneda y Escuela del Cuerpo de Abogadas y Abogados del Estado). Integrante del plantel de académicas en Derecho Contencioso Administrativo del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Investigadora. Correo electrónico: analiaeliades@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6956-7609>.

la justicia”, tal como lo establece el Preámbulo de nuestra Constitución nacional y provincial.

Palabras clave: Amicus curiae – Amigo del tribunal – Ley N° 14.736.

Abstract: *Forty years after the return of the democracy, in the arduous path of reception and consolidation of human rights, the procedural figure of the amicus curiae or friend of the court is presented with solid jurisprudential and regulatory developments that show the importance of the citizen participation in the transparent administration of justice. In the province of Buenos Aires, Law No. 14.736 enacted in 2015 offers as a legal basis the contribution of people with recognized competence on the matter debated in the lawsuit in all judicial processes in which issues of collective importance or general interest are debated. Strengthening this figure with its exercise, with technical efficiency, respect and responsibility is “strengthening justice”, as established in the Preamble of our national and provincial Constitution.*

Keywords: Amicus curiae – Friend of the court – Law No. 14.736.

En este caminar de cuarenta años de democracia, una de las novedades procesales que más concita la atención tanto de las personas del mundo del derecho como de la ciudadanía en general² es el desarrollo de la figura del *amicus curiae*³ o “amigo del tribunal” y su recepción por parte de los tribunales federales y provinciales en Argentina.⁴ En particular, en la provincia de Buenos Aires, la institución está establecida por la Ley N° 14.736, en vigencia desde el 15 de septiembre de 2015.

Este tipo de intervención contribuye a la tan necesaria transparencia de los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión social y abre el debate de la temática en litigio, máxime cuando se encuentra comprometido el interés público o existe una trascendencia que supera la particularidad del caso, proyectándose como un precedente en determinada materia.

² Resaltamos también el tratamiento de la figura en las informaciones periodísticas en todos sus formatos, incluso teniendo en cuenta que se han televisado o hay registro audiovisual de audiencias de las intervenciones de amigos del tribunal, siendo los casos más renombrados, entre otros, “Mendoza Beatriz” referente a la situación ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo; el caso “Clarín”, sobre la constitucionalidad de cuatro artículos de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual; el caso “Belén Rodríguez”, sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda; o el caso “Denegri Natalia”, sobre el derecho al olvido en internet. Al respecto se recomienda visitar la web del Centro de Información Judicial (CIJ), la agencia de noticias de la corte, en la que se encuentran disponibles los videos de las audiencias públicas realizadas, incluyendo los aportes de los amigos del tribunal: <https://www.cij.gov.ar/cijtv/>.

³ También puede utilizarse el plural *amici curiae*. Suele usarse en español “amigo/s del tribunal” o “amigo/s de la corte”.

⁴ Aun siendo una institución “en boga”, como señala Ricardo D. Rabinovich-Berkman (2010: VII), son muy escasas las obras integrales dedicadas a la temática. En la doctrina argentina se destaca al respecto la obra de Köhler (2010). La cita de Rabinovich corresponde al prólogo del mencionado libro.

Bazán (2006) recuerda, con cita de Nino, que

la figura presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud ésta que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. (p. 44)

La figura del *amicus curiae* no es ni supone una intromisión indebida en la función jurisdiccional, sino que, por el contrario, constituye una muestra de colaboración ciudadana, auténtica, en la tarea común de “afianzar la justicia” tal como lo establece el Preámbulo de la Constitución nacional.⁵ Una judicatura abierta a este tipo de presentaciones fortalece su rol institucional a la vez que le hace saber a la ciudadanía que la escucha y que no le son indiferentes las voces expertas y con trayectorias en determinadas materias.

Sin embargo, el instituto no está exento de detractores, o al menos críticos o desconfiados del mismo, voces escuchadas a lo largo de los años que apuntan que es un “tercero” que se incorpora al proceso “colándose” indebidamente; que constituye un nuevo retardo para el tribunal, que debe decidir ralentizando aún más los procesos; que afectaría la independencia judicial; y que una

⁵ “[El] propósito de ‘afianzar la justicia’ enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Del voto de la mayoría en la Causa B, 851, XXXI, “Bramajo”, 12 de septiembre de 1996, Considerando 6°).

de las partes puede tergiversar el proceso al ir (en términos futbolísticos) con “hinchada”, afectando el derecho al debido proceso y a la defensa.⁶

Con el acotado margen que nos da un artículo de estas características, y en honor de la brevedad, no es pretensión aquí agotar la temática y su tratamiento, sino al menos tratar de plasmar un estado del arte del tema en el marco normativo internacional, nacional y en la provincia de Buenos Aires, con foco en sus características distintivas y los recaudos procesales a tener en cuenta en las presentaciones.

Antecedentes

Señala Köhler (2010) que el *amicus curiae* tiene su raíz embrionaria en el derecho romano, de allí su denominación en latín, y que de manera simbólica hay que recordar a Cicerón (106-43 a. C.), cuando expresara que el juez estaba facultado para citar a un abogado, quien, reconocido por sus conocimientos y experiencia destacada, aconsejaría al tribunal convocante.

⁶ Por honestidad intelectual, profesional y académica debo señalar que la motivación para escribir el presente trabajo la he encontrado en las voces de detractores de la figura o sospechosos de la buena fe de la institución del *amicus curiae*. Pero además se han sumado otros factores, que tienen que ver con la praxis y se plasman a lo largo del trabajo. Entre otras cuestiones, consultas sobre cómo escribir un *amicus curiae*, sus legitimados activos, su oportunidad de presentación y el carácter de la misma. La esperanza de que el escrito dirimirá la cuestión o, por el contrario, el pesimismo depositado en estas intervenciones; el tono, la forma y la expresión de los contenidos o aportes técnicos sobre la cuestión de fondo; la tergiversación de ser amigo de una de las partes y no del tribunal; son otros datos fácticos que requieren tratamiento, lectura, estudio y dejar de lado las pasiones para centrarse en su auténtica naturaleza y loable aporte.

Tal antecedente surgiría durante la República, en circunstancias en que Cicerón pronunciara encendidos discursos en contra de Lucio Catilina, a quien acusara ante el Senado de Roma inicialmente por cohecho y luego por tentativa de homicidio y rebelión, cargos que finalmente provocaran la pérdida de la candidatura a cónsul y el destierro de Catilina.

Sin embargo, hay autores que no comparten tal criterio. Así, Gutiérrez Gutiérrez (2015) señala que

a pesar de su denominación latina, esta institución procesal – que, literalmente, significa “amigo del tribunal”– no tiene su origen en el Derecho Romano sino en la tradición jurídica anglosajona [*Common Law*]. En 1948, dos juristas estadounidenses, Edmund Ruffin Beckwith y Rudolf Sobernheim, publicaron un artículo sobre los *amici curiae* en la *Fordham Law Review* donde investigaron que esta figura ya era habitual en los procesos judiciales celebrados en la Inglaterra medieval, en tiempos de Eduardo III y Enrique IV (siglos XIV-XV), en los que estas personas intervenían para informar al tribunal de la verdad, como se menciona en el Prince’s Case de 11 de enero de 1606. Ochenta años después, otro célebre proceso inglés –el caso Horton y Ruesby, de 1686– se refirió a la participación de George Treby (*ut amicus curiae*) en un juicio por fraude. (p. 36)

Uno u otro criterio dan cuenta de la antigüedad de la institución, y su mención resulta de especial interés en tanto evidencian el increíble desarrollo del *amicus*, el que, con el correr de los siglos, cambió drásticamente la legitimación activa de su ejercicio, con profunda raigambre social, y se transformó en una herramienta fundamental

en la larga lucha –siempre inacabada– de los derechos constitucionales y humanos.

El *amicus curiae* en el sistema interamericano de derechos humanos

El sistema interamericano de derechos humanos tiene una sólida trayectoria en relación con los *amici curiae* y con ello ha motivado a los Estados parte a su recepción y consideración, no solo por sus implicancias procesales, sino porque también constituye un mecanismo para entender en contexto el caso en cuestión, fortalecer el conocimiento del tribunal y promover la participación universal en temas que, por su índole, afectan de un modo u otro nuestra convivencia en una sociedad democrática, con derecho a opinar y aportar su parecer, ilustrando a la Corte y contribuyendo en su tarea.

¿Qué es y qué aporta un *amicus curiae* según la Corte Interamericana? Es una

persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia. (art. 2.3)⁷

⁷ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Texto vigente, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=es#_ftn2.

En consonancia, el artículo 44⁸ del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé las condiciones de presentación, que son sencillas y, según se informa en la web oficial de la Corte IDH, se presentan por correo electrónico a tramite@corteidh.or.cr, indicando quién lo presenta con sus firmas respectivas.⁹

La Corte IDH, en su jurisprudencia, también se ha expedido acerca de la naturaleza, oportunidad procesal y caracteres fundamentales de los *amici curiae*. Así lo hizo, precisamente, en un caso contra el Estado argentino, el caso “Kimel”,¹⁰ en el que retomó la conceptualización de la figura sosteniendo que “son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma” (consid. 16).

⁸ “1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos.

2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación.

3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso, pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia.

4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*”.

⁹ Ha de destacarse que el sistema interamericano ha facilitado históricamente la presentación de *amicus curiae*, teniendo registro en lo personal de la remisión de los mismos vía fax cuando aún no existían los correos electrónicos.

¹⁰ Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

Queda claro para el sistema interamericano que esta presentación no es a favor de alguna de las partes, no son argumentos a favor o en contra de las partes y no participan en el litigio, son ajenos al mismo. Son presentaciones dirigidas a ayudar y a colaborar técnicamente con la corte.

También se refirió a la oportunidad procesal de presentación de un *amicus*, pues la representación del Estado argentino había alegado la extemporaneidad de la presentación de una organización no gubernamental argentina, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Al respecto, la Corte se detuvo a ponderar que no era extemporánea porque los *amici*

pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente. Además, conforme a la práctica de esta Corte, los *amici curiae* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento mismo de la sentencia. (consid. 16)¹¹

Y finalmente se expresó sobre las implicancias, valor y significado de la figura:

Por otra parte, la Corte resalta que los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que

¹¹ Entre los antecedentes que la Corte Interamericana recuerda en cuanto a la pertinencia de presentación de *amicus curiae* durante la etapa de ejecución de sentencia, se rescata el caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 28 de noviembre de 2005, visto décimo cuarto, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf; y caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de septiembre de 2006, visto décimo, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/herre-ra_22_09_06.pdf.

justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un importante valor para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte. (consid. 16)

Señala Faúndez Ledesma (2004) que

Si bien en todos estos casos la Corte se ha limitado a dejar constancia de que se han recibido escritos en calidad de *amici curiae*, sin hacer posteriormente ninguna referencia a los mismos, hay que destacar que ellos han sido admitidos y se les ha incorporado al expediente; asimismo, hay que convenir en que este tipo de intervenciones no son irrelevantes, y que –aunque lo más probable es que no hayan sido leídos por los jueces– tienen que producir algún efecto en el ánimo del tribunal. (p. 716)

Estimamos que tal afirmación del autor citado merece algunas reflexiones. Si bien es cierto que la Corte se limita a dejar constancia de la recepción de escritos de *amicus* y esto acontece también en los tribunales internos, la falta de referencia explícita de sus contenidos en la decisión que tome el tribunal no indica que no se hayan seguido o tomado aportes y sugerencias de manera implícita. De hecho, esto sería comprobable si emprendiéramos la tarea de cotejar las sentencias y los votos de los jueces con los *amici* presentados. Asimismo, la alegada falta de lectura de tales escritos por parte de los jueces es una apreciación prejuiciosa que no se está en condiciones de afirmar a la ligera, y bien pueden los relatores o auxiliares leerlos para comparar con su propia búsqueda

bibliográfica o de antecedentes jurisprudenciales o descubrir un material o perspectiva que no había sido tomada en cuenta.

A su vez, la lectura de los *amici*, como hemos dicho, no es provocar un “efecto en el ánimo del tribunal”, sino que, con respeto a la independencia judicial, el objetivo es suministrarle luz, aportes, miradas sobre contextos y realidades, indicar bibliografía y antecedentes especializados, o resultados de investigaciones en el campo de que se trate y que incumba al tema, informes técnicos, traducciones de sentencias en otros idiomas, explicitación y abordajes de otros saberes, proponiendo una mirada interdisciplinaria, abriendo el horizonte de perspectivas de quienes tienen el alto deber de administrar justicia.

El *amicus curiae* en el ámbito nacional

Recepción de la figura en leyes nacionales

En el ámbito normativo nacional encontramos diversas leyes que expresamente aluden a la figura del *amicus curiae*. Así, la Ley N° 24.488 sobre “Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos” (publicada en el Boletín Oficial el 28 de junio de 1995), establece que

en el caso de una demanda contra un estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter amigo del tribunal. (art. 7)

Por su parte, la Ley N° 25.875, de creación de la “Procuración Penitenciaria” con actuación a nivel federal (publicada en el Boletín Oficial el 22 de enero de 2004), establece que el procurador penitenciario y el adjunto, por orden del primero, están facultados para “expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de amigo del tribunal” (art. 18.e) que concierna a actuaciones y reclamos de las personas privadas de la libertad.

Las citas normativas que anteceden también son pertinentes para resaltar que la figura no se encuentra de ningún modo limitada a personas físicas y jurídicas del derecho privado, sino que también pueden comprender a organismos y funcionarios oficiales.

Ello lo advertiremos también en el ámbito bonaerense, puesto que la Ley N° 14.736 (publicada en el Boletín Oficial el 15 de septiembre de 2015) habilita al Estado provincial y los municipios de la provincia de Buenos Aires para que, a través de sus organismos y órganos de control especializados, puedan intervenir en calidad de amigos del tribunal con el alcance establecido en la ley.

Mención especial posee la Ley N° 26.485 de “Protección integral de las mujeres” (publicada en el Boletín Oficial el 1° de abril de 2009), cuyo artículo 38 establece: “El/la juez/a podrán solicitar o aceptar en carácter de *amicus curiae* la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres”.

Asimismo, la Ley N° 26.912 y modificatorias (cfr. art. 17.a, segundo párrafo, inciso sustituido por art. 12 de la Ley N° 27.619, publicada en

el Boletín Oficial el 23 de abril de 2021), que establecen el “Régimen Jurídico para la Prevención y el Control del Dopaje en el Deporte”, dejan asentada la posibilidad de que la Agencia Mundial Antidopaje pueda comparecer en calidad de *amicus curiae* o aportar pruebas en el procedimiento específico previsto por esta norma.

Reconocimiento jurisprudencial de amigos del tribunal

Con anterioridad a la recepción explícita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004, se encuentran numerosos antecedentes en la jurisprudencia de los tribunales federales autorizando la presentación de memoriales bajo la invocación del *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en la causa caratulada “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)”, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de CABA, en pleno, resolvió, en su decisión del 18 de mayo de 1995, aceptar la presentación de *amicus curiae*. El mismo tribunal ratificó posteriormente esta doctrina al reconocer como *amicus curiae* a la asociación Periodistas –Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente– y a la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa en la causa “Incidente de Thomas Catán”, resuelta el 28 de octubre de 2002 (J.A. 2003-II-660).¹²

No podemos dejar de mencionar la vasta experiencia de las organizaciones de derechos humanos que tanto han fomentado y contribuido para la incorporación de esta figura, con la presentación de memoriales de *amicus curiae* destacables, con sólidos y

¹² Para repasar la jurisprudencia previa a la reglamentación de los amigos del tribunal, recomendamos ver, entre otros autores, Köhler (2010, Cap. III “Jurisprudencia Argentina”, pp. 73-182); Capuano Tomey (2005); Bazán (2003).

adecuados fundamentos, tales como los que caracterizan la labor del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS),¹³ la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), las asociaciones Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo, entre muchos otros.

El Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: antecedentes y contenido

La Acordada 28/2004 del 14 de julio de 2004 constituye el primer precedente por el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó la intervención de amigos del tribunal, con arreglo al reglamento que, como anexo, forma parte integrante del mismo.¹⁴

Entre sus fundamentos se destaca que la figura es un

provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre

¹³ Respecto a las presentaciones del CELS de diversos *amici curiae*, recomendamos consultar: <https://www.cels.org.ar/web/tag/amicus-curiae/>.

¹⁴ Véase: <https://www.csjn.gov.ar/decisiones/acordadas>.

la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

También se encontró sustento en el sistema interamericano, al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75.22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte IDH (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los artículos 44 y 48 de la Convención Americana.

El reglamento se aprobó por mayoría (Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco, Boggiano), pues los entonces magistrados Belluscio, Fayt y Vázquez votaron en disidencia, sosteniendo básicamente que la Corte carecía de atribuciones para regular la intervención procesal del amigo del tribunal.

El 3 de mayo de 2006, la Corte emitió la Acordada N° 14/2006, que modificó la Acordada N° 28/2004 incorporando la difusión pública de las causas aptas para la actuación de que se trata, mediante su inclusión en la página web prevista en la Acordada N° 1/2004. Así, se agregó como inciso 7 del artículo primero el siguiente texto:

Una lista con todas las causas en trámite ante esta Corte que, con arreglo a lo dispuesto en la acordada n° 28/2004, sean aptas para dar lugar a la intervención de los Amigos del Tribunal. La información necesaria para integrar ese listado y mantenerlo actualizado será remitida semanalmente a la Dirección de Sistemas por los secretarios generales, previa conformidad del Tribunal.

En el ínterin, el 5 de noviembre de 2007 la Corte emitió la Acordada N° 30 /2007, con la cual da otro paso significativo en pos de la transparencia judicial reglamentando las audiencias públicas ante la misma. Para ello, fundamentó que

la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal.

En cuanto incumbe al objeto del presente artículo, el tribunal dispuso que en las audiencias informativas los amigos del tribunal pueden ser citados para que presenten alegatos orales, circunstancia que ya ha acontecido en varias oportunidades con diversos casos emblemáticos.

Posteriormente, una nueva acordada de la Corte reemplazaría a la 28 de 2004 y su modificatoria, instaurando un nuevo Reglamento de amigos del tribunal. Se trata de la Acordada 7/2013, del 23 de abril de 2013 (publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 2013), que a la fecha se encuentra vigente. Ya con otra integración del tribunal, esta vez hubo unanimidad en su aprobación, incluso del otrora disidente Fayt.

La Corte entendió pertinente modificar el régimen regulatorio de los amigos del tribunal con el fin de

procurar una mayor y mejor intervención de estos actores sociales y, con ello, de alcanzar los altos propósitos perseguidos

de pluralizar y enriquecer el debate constitucional, así como de fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por esta Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional.

Sostiene en sus fundamentos, asimismo, que ha recogido las opiniones de diversas organizaciones gubernamentales y agencias públicas mediante una convocatoria abierta al efecto y cuyos aportes fueron considerados.

A continuación nos resulta pertinente realizar una reseña agrupando los tópicos más importantes para dar cuenta de los principales contenidos del Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal:

- *Tipos de causa en los que se admite la presentación*: todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general (art. 1).
- *Legitimados activos y justificación de su interés*: persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. En el primer capítulo de su presentación fundamentará su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará –directa o mediatamente– beneficios patrimoniales (art. 2).
- *También comprende al Estado nacional, a los Estados provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los*

municipios. Quedan incluidas las agencias de cada una de las mencionadas organizaciones estatales, siempre que estuvieren suficientemente autorizadas para actuar ante un tribunal de justicia. Deberán tomar participación por medio del funcionario debidamente habilitado para representar a la oficina de que se trate (art. 3).

- *Objeto*: enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas. No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes (art. 4).
- *Determinación de las causas aptas y plazos para actuación de amigos del tribunal*: las establece la Corte mediante una providencia que –salvo situaciones de excepción– será dictada con posterioridad al dictamen de la Procuración General de la Nación que contempla el artículo 33 inciso A, apartado 5° de la Ley N° 24.946. En la mencionada providencia se fija el plazo para efectuar las presentaciones correspondientes, que –salvo situaciones de urgencia– no podrá ser menor de un mes e indicará el día en que fenece. Durante dicho lapso el expediente permanecerá en secretaría a disposición de los interesados, que podrán revisar las actuaciones y obtener las copias correspondientes (arts. 5 y 6).
- *Comunicación*: los asuntos seleccionados que habilitan la presentación de *amici curiae* deben ser publicados en la web

oficial de la Corte,¹⁵ junto con una exposición sinóptica de las cuestiones que, como federales, se pretende someter a examen y decisión del tribunal, e indicando el día en que vence el plazo para efectuar las presentaciones respectivas. Sin perjuicio de esa difusión, se remitirá notificación por cédula a diligenciarse en el domicilio electrónico de todas las entidades que se inscribieren en el registro de amigos del tribunal creado por el Reglamento (art. 7).

- *Invitación de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*: el tribunal podrá invitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección para que tome intervención en los términos de este ordenamiento a fin de expresar una opinión fundada sobre un punto determinado.
- *Solicitud de intervención con carácter previo a la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Formalidades a cumplir*: deberá solicitarse a la Corte la inclusión de la causa en el listado correspondiente. La petición se llevará a cabo mediante una presentación por escrito que no excederá las cinco páginas de veintiséis renglones cada una, con firma de letrado autorizado para litigar ante el tribunal según lo dispuesto por la Acordada 54/85, en que deberá expresar la naturaleza del interés del peticionario y las razones por las cuales considera que el asunto es de trascendencia o de interés público. Hasta tanto la Corte no tome una decisión expresa que admita la solicitud, no se aceptarán presentaciones en el carácter propuesto (art. 9).

¹⁵ Conforme lo previsto en el artículo 1º inciso 7º de la Acordada 1/2004, según la modificación introducida por la Acordada 14/2006.

- *Recaudos formales a cumplir para la presentación:* además de fundamentar el interés conforme lo establecido en el artículo 2º, deberá contar con firma de letrado autorizado para litigar ante la Corte. El escrito no podrá superar las veinte páginas de veintiséis renglones cada una, y deberá ser acompañado también en soporte magnético. Debe constituirse domicilio electrónico en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el régimen instituido por Acordada 31/11.
- *Incorporación del escrito de amicus en el expediente:* si la Corte considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente mediante una providencia única, que se notificará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 11).
- *Carácter y objeto del amigo del tribunal:* el amigo del tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (art. 12). Las opiniones o sugerencias del amigo del tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a esta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del tribunal (art. 13).
- *Publicidad:* en todas las sentencias dictadas en causas en que hubieran intervenido amigos del tribunal, se incluirá en la información que exige la Acordada 2/2004 el nombre de los sujetos que intervinieron en dicha condición, sus representantes y letrados patrocinantes (art. 14).
- *Creación del Registro de Amigos del Tribunal* en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión, un registro de personas, entidades, oficinas, órganos o autoridades que tengan interés

en intervenir como amigo del tribunal. La solicitud de inscripción deberá ser acompañada de los antecedentes que fundan la petición, de los estatutos correspondientes si se tratare de una persona jurídica, y de la materia en la cual la peticionaria posea reconocida competencia. Deberá constituirse domicilio electrónico en los términos del régimen instituido por Acordada 31/11, a fin de notificar a los inscriptos de todas las causas que se consideran aptas para la intervención de estos terceros (art. 15).

¿Neutralidad o apoyo a algunas de las partes?

Uno de los elementos más provocadores sobre los que reflexionar en torno a la figura de amigo del tribunal es si su presentación debe ser neutral o si explícitamente debe manifestar su apoyo a alguna de las partes del litigio de que se trate. También hay que considerar la complejidad de la cuestión que se debata, que puede tener multiplicidad de partes o litisconsorcios con variados y diversos intervinientes por el carácter colectivo de los asuntos en debate.

Una inicial concepción de neutralidad o de tercero imparcial fue cambiando su alcance a lo largo del tiempo y comenzó a autorizarse el pronunciamiento a favor de una de las partes. Así lo encontramos expresamente establecido en la Acordada 7/2013 del 23 de abril de 2013 (no así en su antecesora, la Acordada 28/2004). En efecto, el artículo 2 establece que en la presentación se deberá expresar a qué parte o partes se apoya en la defensa de sus derechos. Idéntica postura encontramos en la Ley bonaerense N° 14.736, que seguidamente abordaremos. Este sinceramiento, sumado al

requisito de dar cuenta de si ha recibido financiamiento de la parte a la que coadyuva, también implica dar cuenta de la transparencia y honestidad de quien se presenta, y el tribunal, de este modo, está prevenido desde dónde enuncia su aporte. De todas maneras, el *amicus* no puede ser un simple adherente a argumentos de alguna de las partes, debe ser un memorial adecuadamente fundado y razonado que se expida, desde la perspectiva que presente, sobre el fondo de la cuestión, su trascendencia y proyecciones.

Como hemos apuntado, el Reglamento de la Corte IDH no obliga a la indicación de acompañamiento de parte, como así tampoco tiene exigencias referidas a la imparcialidad o apoyo explícito de parte. Hace foco en el aporte de elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante el tribunal, centrado en los aspectos que conforman el objeto del litigio.

Si se observa el derecho comparado,¹⁶ la corte estadounidense posee una larga tradición en cuanto a la autorización de la figura del *amicus curiae* desde comienzos del siglo XX. En la actualidad, esta tendencia de explicitar abiertamente el apoyo a determinada parte del pleito se encuentra ratificada en las disposiciones de las Rules of the Supreme Court of the United States, que expresamente lo contemplan de este modo en sus reglas 28 y 37.¹⁷

¹⁶ Entre quienes abordan la figura en el derecho comparado se encuentran Pagés Lloveras (2013), Baquerizo Minuche (2006) y Llugdar (2023).

¹⁷ Disponible en: https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx.

El *amicus curiae* en la provincia de Buenos Aires

En el ámbito bonaerense, la Ley N° 14.736 (promulgada el 21 de agosto de 2015 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de septiembre de 2009) estableció legalmente la institución procesal del *amicus curiae*,¹⁸ y se encuentra complementada por la reglamentación de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, tal como se abordará a continuación. En este punto encontramos una distinción importante con el sistema a nivel federal, puesto que el establecimiento de la figura mediante ley encuentra un fundamento normativo superior a la vez que le otorga mayor legitimidad, producto de la participación, el carácter representativo y la voluntad popular al haber sido tratada y aprobada en el ámbito de la Legislatura bonaerense. Al mismo tiempo, la ley da seguridad y certeza jurídica sobre la consagración de la figura y exime tanto a los presentantes como al tribunal la argumentación de sus antecedentes, de su recepción jurisprudencial, de su fundamento constitucional y de sus características en el sistema regional de derechos humanos y en el derecho comparado.

Asimismo, evita la disparidad de criterios de los tribunales y juzgados, minimiza las discrecionalidades judiciales en torno a su recepción, posibilitando que los mismos se enfoquen en el cumplimiento de los recaudos establecidos y en la ponderación de la procedencia de las presentaciones.

¹⁸ Carlos Camps (2017) repasa, desde la sanción de la Ley N° 14.736, la jurisprudencia del tribunal.

El desarrollo de la figura en las diversas provincias es dispar y excede el propósito del presente trabajo.¹⁹

En el repaso de los contenidos más relevantes de la norma, si bien se encuentran muchas similitudes con la Acordada 7/2013 de la Corte nacional, también se advierten particularidades propias del ámbito bonaerense.

Así ocurre en materia de legitimación activa, que incluye no solamente a toda persona física o jurídica con interés y que reúna las condiciones establecidas en la ley, sino que también prevé que pueda presentarse el Estado provincial y los municipios de la provincia de Buenos Aires a través de sus organismos y órganos de control especializados.

El artículo 2 de la ley establece que

el Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. Su intervención deberá limitarse a expresar una opinión fundada por escrito, basada en argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate. Dichas opiniones tienen por finalidad ilustrar al Tribunal, por lo tanto, carecen de efecto vinculante.

¹⁹ Entre los trabajos que abordan la figura en distintas provincias, mencionamos: Cabrera Mirassou (2015); Montecino Odarda (2021). En el caso de la provincia de Entre Ríos, se destaca la sanción de la Ley N° 10.464 de "Procedimiento para la intervención de amigos del Tribunal 'AMICUS CURIAE'" (publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 2017). En el ámbito bonaerense, con notable antelación a la sanción de la Ley N° 14.736, Francisco Verbic expuso y publicó su trabajo "Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires" (2008).

Y resalta que el mismo “no reviste calidad de parte, ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas”.

Designa a la Suprema Corte de Justicia para establecer cuáles son las causas aptas para la intervención de amigos del tribunal respecto de las que estén a su consideración y resolución y, a tal efecto, le encomienda el dictado de una providencia a publicarse en el sitio web del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires y remitida por cédula a diligenciarse en el domicilio electrónico de todas las entidades que se inscriban en el Registro de Amigos del Tribunal creado en el artículo 11 de la ley.

Particular atención merece el artículo 7 de la ley, pues sistematiza los requisitos y condiciones que debe reunir la presentación del amigo del tribunal, a saber:

- Constituir un domicilio electrónico en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, si no se encontrara inscripto en el Registro de Amigos del Tribunal.
- Fundamentar su interés por participar en la causa y exponer el vínculo entre el caso y su especialización o competencia, ya sea una persona física o una organización.
- En este último caso, deberá presentar la documentación que acredite la representación ejercida.
- Expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos.
- Informar si ha recibido financiamiento o ayuda económica de cualquier especie proveniente de alguna de las partes.

- Informar si ha recibido asesoramiento en cuanto los fundamentos de la presentación, identificando en su caso a la persona que elaboró la opinión.
- Informar si el resultado del proceso le representará directa o indirectamente beneficios patrimoniales.
- Omitir la introducción de hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis o a los que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos.
- Omitir opinión sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes.
- Precisar los argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate.

En caso de que el amigo del tribunal incurriera en una falsedad comprobada respecto de uno o alguno de los requisitos establecidos en los incisos d, e y f del presente artículo, se excluirá la presentación de la causa, pudiendo sancionarse a la persona física o jurídica que hubiese intervenido en tal calidad, hasta con su exclusión del Registro de Amigos del Tribunal creado en el artículo 11.

A diferencia de lo establecido por la Acordada 7/2013, la actuación del amigo del tribunal “no requerirá patrocinio jurídico” (art. 8).

Asimismo, crea el Registro Público de Amigos del Tribunal en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (arts. 11 y 12), y finalmente encomienda a la misma la adopción de las medidas necesarias para garantizar la difusión e implementación de la ley.

Mediante Acuerdo 3.977 del 3 de junio de 2020, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires procedió a reglamentar

la intervención de los amigos del tribunal, conforme lo normado por Ley N° 14.736.²⁰

Reflexiones finales

Tal como señalan Abregú y Courtis (1997)

la posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquel tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. (p. 388)

Con los propósitos señalados, la intervención de una persona u organización con carácter de amigo del tribunal, brindando una perspectiva externa al caso en debate, aportando información relevante o tendencias jurídicas que las partes hayan omitido, se constituye en aportes que pueden arrojar luz y otras miradas a los procesos de

²⁰ Los acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires se encuentran disponibles en: <https://digesto.scba.gov.ar/>.

trascendencia social y colectiva. En esta tarea también se encuentran convocadas las universidades, facultades y cátedras que con sus saberes tanto pueden aportar en las más diversas materias.

Las intervenciones de *amici curiae* pueden jugar un papel central en el establecimiento de precedentes duraderos para la protección y promoción de los derechos humanos, e incluso pueden contribuir a la elaboración de nuevos estándares. La presentación no puede ser improvisada, requiere objetivos claros, una adecuada exposición, planificación, dedicación, compromiso y seguimiento del caso.

La asistencia al tribunal a través de esta figura no debe limitarse a aportes jurídicos, sino que también pueden ser interdisciplinarios, brindando perspectivas sociológicas, comunicacionales, ambientales, filosóficas, históricas, antropológicas, por mencionar solo algunos enfoques que pueden incidir o deben ser ponderados en el tema de trascendencia social y colectiva de que se trate.

En la vida cotidiana todos los días se aprende algo nuevo, y en el derecho también, máxime en esta sociedad vertiginosa en la que vivimos, en esta era digital, de bitcoins, big data e inteligencia artificial, de información abrumadora, pandémica y pospandémica, de vulnerabilidad social, de violencias, de abismales brechas económico-sociales, y de un planeta que clama por la situación ambiental, por el cuidado de nuestra única casa común. En este contexto, el clásico principio *iura novit curia* entra en tensión y desafía hasta a los más avezados. Quienes tienen la encumbrada, loable y necesaria misión de administrar justicia

pueden encontrar a través de esta figura aportes que les permitan extender y proyectar sus miradas.

Referencias

- Abregú, M. y Courtis, Ch. (1997).** Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino. En Abregú, M. y Courtis, Ch. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto.
- Baquerizo Minuche, J. (2006).** El amicus curiae: Una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 21.
- Bazán, V. (2003).** El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad. TR LALEY 0003/009704.
- (2006). El amicus curiae en el Derecho Comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10.
- (2009). El amicus curiae. LA LEY2009-D, 1325.
- Cabrera Mirassou, M. (2015).** La recepción del amicus curiae por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. TR LALEY AR/DOC/2460/2015.
- Camps, C. E. (2017).** Amicus curiae: incipiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. TR LALEY AR/DOC/2728/2017.
- Capuano Tomey, C. (2005).** El amicus curiae. TR LALEY AR/DOC/2512/2005.
- Faúndez Ledesma, H. (2004).** *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales* (3ª ed.). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Gutiérrez Gutiérrez, A. (2015).** Decálogo para entender qué es un amicus curiae. *CONT4BL3*, 56.

- Köhler, R. C. (2010).** *Amicus Curiae. Amigos del Tribunal.* Astrea.
- Llugdar, E. J. R. (2023).** El amicus curiae en los tribunales domésticos. TR LALEY AR/DOC/161/2023.
- Montecino Odarda, J. E. (2021).** El amicus curiae y otras herramientas de participación ciudadana en materia ambiental en Río Negro: obstáculos y desafíos. TR LALEY AR/DOC/1282/2021.
- Pagés Lloveras, R. M. (2013).** El amicus curiae. TR LALEY AR/DOC/5529/2013.
- Verbic, F. (2009).** Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la provincia de Buenos Aires. TR LALEY AR/DOC/2833/2008.

La regulación normativa de la respuesta al VIH/sida en la Argentina.
Demoras, reticencias e incumplimientos desde una perspectiva de
derechos humanos

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 18/04/2023 **Aprobado:** 16/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.87>

La regulación normativa de la respuesta al VIH/sida en la Argentina. Demoras, reticencias e incumplimientos desde una perspectiva de derechos humanos

The normative regulation of the response to HIV/AIDS in Argentina. Delays, reluctances and non-compliances from a human rights perspective

Agustín Pelayo¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El presente trabajo busca analizar, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la antigua normativa sobre VIH/sida en Argentina, así como el proceso que dio lugar a la sanción de una nueva legislación. En esa línea, se analiza la responsabilidad por omisión del legislador nacional. Para ello, se recaban los estándares sentados por diversos órganos internacionales de promoción y protección de derechos humanos, así como las obligaciones asumidas por el Estado argentino, mientras se contemplan algunas de las deficiencias que exhibe la política pública de VIH/sida y los problemas no resueltos en las últimas tres décadas.

Palabras clave: VIH/sida – Derechos humanos – Adecuación normativa – Omisión legislativa – Órganos internacionales.

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Derecho Internacional Público e integrante del Instituto de Derechos Humanos (UNLP). Empleado del Poder Judicial de la Nación. Correo electrónico: aguspelayo@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4630-1151>.

Abstract: *This work seeks to analyze, from the perspective of International Human Rights Law, the old regulations on HIV/AIDS in Argentina, as well as the process that led to the sanction of the new legislation. Along these lines, the responsibility for omission of the national legislator is analyzed. For this, the standards set by various international bodies for the promotion and protection of human rights are collected, as well as the obligations assumed by the Argentine State, while observing some of the deficiencies exhibited by the public policy on HIV/AIDS and the unresolved problems in the last three decades.*

Keywords: *HIV/AIDS – Human Rights – Regulatory adequacy – Legislative omission – International bodies.*

Seguramente, el final común que compartieron la Palma, la Pilola Alessandri y la Chumilou habla del sida como de un repartidor público ausente de prejuicios sociales. Una fatídica generosidad ostenta la mano sidada en su clandestina repartija. Parece decir: Hay para todos, no se agolpen. Que no se va a agotar, no se preocupen. Hay pasión y calvario para rato, hasta que encuentren el antídoto.

Pedro Lemebel, *Loco afán. Crónicas del sidario*

Hay gente que no tiene para comer y nosotros necesitamos comer bien, no harinas, sino bien, para poder tolerar las pastillas. ¿Cómo hace una persona por debajo de la línea de la pobreza que ni agua potable tiene? No busca su medicación. No la toma. Se enferma y se muere.

Camila Arce (en Hintze, 2019)

El 30 de junio de 2022, y después de años de incidencia política de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la respuesta al VIH, el Senado de la Nación Argentina sancionó la Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, otras infecciones de transmisión sexual –ITS– y Tuberculosis –TBC–, Ley N° 27.675. En dicha oportunidad, al aprobar la nueva norma, la Cámara Alta dio tratamiento plenario al cuarto proyecto legislativo consecutivo en ser presentado, desde el año 2016, con el objetivo de *aggiornar* desde una perspectiva interdisciplinaria, de género y de derechos humanos la Ley Nacional de Sida N° 23.798 (del 16 de agosto de 1990), que contaba con treinta y un años de vigencia.

En el presente trabajo procuraremos analizar dicha regulación a la luz de las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de derechos humanos, para repensar el papel jugado por el Congreso nacional. Al efecto, se empleará una metodología de análisis cualitativo de diversas fuentes jurisprudenciales y normativas, tanto de origen nacional como internacional, con enfoque basado en derechos humanos.

La Ley de Sida. Paulatina construcción de un marco normativo

La sanción, el día 16 de agosto de 1990, de la Ley N° 23.798 puede marcarse como el punto de partida de la política pública de respuesta a la epidemia de VIH/sida en la Argentina. Tres años después se crearía el Programa Nacional de Sida. El contexto era de incertidumbre y desesperanza: las personas que viven con VIH/sida (en adelante, PVVS) venían siendo fuertemente excluidas, a raíz de la generalización del estigma basado en la falta de información sobre las vías de transmisión del virus, y recién en 1987 se había descubierto la Zidovudina o AZT, el primer medicamento antirretroviral utilizable en terapias que inhiben la reproducción del patógeno y el aceleramiento de la enfermedad del sida. Asimismo, el prejuicio respecto a la “peste rosa”, como un virus que afectaba solamente a personas homosexuales, facilitó la propagación de la epidemia en otros grupos poblacionales que no adoptaron conductas de cuidado.

Como señala Falistocco (Falistocco *et al.*, 2011), la Ley N° 23.798 “tiene como objetivo el control de la epidemia e incluye taxativamente la responsabilidad del Estado en garantizar la atención integral y

asegurar la confidencialidad para las personas que viven con VIH y sida” (p. 93). La norma (reglamentada por el Decreto 1244/91, del 18 de julio de 2022) declaraba en su artículo 1º de interés nacional la “lucha contra el sida”, incluyendo el diagnóstico, el tratamiento, la prevención, la asistencia, la rehabilitación y la investigación, y disponía de herramientas estatales orientadas a controlar la transmisión.

Había, indudablemente, elementos propios de un enfoque de derechos humanos en la letra de la ley. Se contemplaban reglas de interpretación basadas en el respeto a la dignidad humana, en la no discriminación y en la privacidad y confidencialidad de las personas (art. 2). Asimismo, se regulaba la codificación de datos personales, el destino de recursos presupuestarios para cumplimentar objetivos, y la obligación de promover políticas de prevención e información, de investigación y capacitación de recursos humanos (arts. 2.e y 4). Y, aunque la ley no abordaba el consentimiento del paciente, este fue incluido en el artículo 6 de su decreto reglamentario.

No obstante, cualitativamente hablando, consideramos que el mayor énfasis del legislador ha sido puesto en los instrumentos de actuación estatal de carácter biomédico: directivas sobre detección del virus y diagnóstico de casos, reunión de información, notificación de casos, elaboración de estadísticas epidemiológicas y medidas de profilaxis (arts. 5 a 13). E, incluso, la norma contaba con disposiciones que evidencian la recepción de los prejuicios socialmente vigentes: la obligación de prescripción de pruebas diagnósticas a “personas integrantes de grupos de riesgo” o a inmigrantes, o el deber de los profesionales de brindar información cuando “posean presunción fundada de que el individuo es portador”, quedando

esta presunción al arbitrio médico y no como deber general (arts. 6, 8 y 9).²

La Ley de Sida se complementaba con el régimen de la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, Ley N° 26.529 (del 21 de octubre de 2009). En ella se les reconoce a las personas usuarias de servicios de salud, en relación con profesionales e instituciones, los derechos de asistencia sin discriminación, de trato digno y respetuoso, de intimidad y de confidencialidad de la documentación clínica y en relación con el secreto profesional. Asimismo, establece el principio de autonomía de la voluntad y la regulación del consentimiento informado.

Los subsistemas de salud de obras sociales y de medicina prepaga están obligados, por las leyes 24.455 (Prestaciones Obligatorias de Obras Sociales, del 8 de febrero de 1995) y 24.754 (Prestaciones Obligatorias de Empresas de Medicina Prepaga, del 28 de noviembre de 1996), respectivamente, a garantizar la cobertura de tratamientos médicos, farmacológicos y psicológicos de las PVVS, dentro de sus programas médicos obligatorios de leyes 23.661 (Sistema Nacional de Seguro de Salud, del 29 de diciembre de 1988) y 26.682 (Marco regulatorio de Medicina Prepaga, del 4 de mayo de 2011). Asimismo, la Ley N° 25.543 (Obligatoriedad del Ofrecimiento del test de diagnóstico de VIH a toda mujer embarazada, del 27 de noviembre de 2001) establece la obligación de los profesionales de salud de ofrecer la

² En ese sentido, Núñez (2016) ha resaltado el carácter peyorativo de la terminología utilizada: la idea de "grupos de riesgo" refuerza el estigma en relación con determinadas personas y colectivos, y debilita el enfoque preventivo de la población general respecto a las actitudes de cuidado que debieran priorizarse; en tanto que el concepto de individuo "portador" del virus –de reminiscencia bélica, como si portara un arma– alimenta el estigma del "peligro de contagio" que fundamenta la exclusión y discriminación de las PVVS.

prueba de VIH, con consentimiento y confidencialidad, a toda mujer embarazada, a fin de prevenir casos de transmisión vertical.

Finalmente, en el año 2015, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la Resolución 270/15 (del 13 de abril de 2015), estableció que la exigencia de la prueba de VIH como parte de los estudios preocupacionales de los postulantes a puestos laborales es violatoria de las leyes de Sida, de Actos Discriminatorios (Ley N° 23.592, del 3 de agosto de 1988) y de Protección de Datos Personales (Ley N° 25.326, del 4 de octubre de 2000). Precisamente, la aprobación de dicha norma infralegal es señal de la ineficacia del marco legal citado frente a los casos de discriminación laboral.³

Problemas no resueltos

Saliendo del plano formal, creemos pertinente analizar algunas problemáticas persistentes treinta y un años después de sanciona-

³ Al marco normativo reseñado en este acápite, debe sumarse –como variable de análisis, y pese a exceder la dimensión de este trabajo– la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada su naturaleza de último intérprete del ordenamiento jurídico argentino. Si bien la Corte rescató –en sus sentencias “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” (fallos 3231339, del 1 de junio de 2000) y “V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ Sumarísimo” (fallos 327:5373, del 2 de diciembre de 2004)– el carácter de interés público de la “lucha contra el sida”, las obligaciones prestacionales del Estado federal, y calificó como categoría discriminatoria las distinciones contra PVVS, también debe hacerse foco en la doctrina sentada el 17 de diciembre de 1996 en autos “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo” (fallos 319:3040), que a la fecha no ha sido modificada y explicita el enfoque biomédico/epidemiológico que signó la sanción de la Ley de Sida. Aún cuando el tribunal otorgó la razón al amparista (un numerario de la Policía Federal que había sido dado de baja de servicio luego de la realización de un testeo de VIH no consensuado), resaltó que el propósito del legislador al dictar la Ley N° 23.798 no era resguardar la intimidad de las personas sino adoptar “medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, del 1° de junio de 1988, p. 861), y consideró enunciativas –y no taxativas– las causales de detección obligatoria receptadas en los artículos 5, 7 y 9. Finalmente, la Corte sostuvo que “al trato discriminatorio no se lo combate mediante el ocultamiento de la característica personal que lo suscita, sino por la superación cultural del prejuicio que lo motiva” (cons. 12), en un desconocimiento cabal –desde nuestra mirada– de las implicancias del estigma en la vida e integridad de las PVVS.

da la Ley N° 23.798, habida cuenta de la influencia que tienen en la salud, más allá de los factores biológicos, las condiciones socioeconómicas de vida.⁴

Acceso al empleo

Una reciente sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 22 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó civilmente por primera vez a un empleador por discriminación en el acceso al trabajo en razón del estado serológico, utilizando como fundamento normativo, más allá de las leyes y convenciones internacionales vigentes, la referida Resolución 270/2015. En el caso, el Hospital Alemán de Buenos Aires fue encontrado responsable al no haber podido desvirtuar la presunción discriminatoria. La exclusión de un aspirante a un cargo de cajero en el nosocomio, en beneficio de otro aspirante que se encontraba en una posición inferior en el ranking elaborado por el área encargada de selección de personal (el demandante estaba tercero y la persona que accedió al puesto, cuarta), fue precedida por la realización de un estudio de laboratorio con el objeto de detectar el VIH, que tuvo resultado positivo.

⁴ Recuerda Morlachetti (2007) que "en América Latina y el Caribe, muchos de [los] problemas de salud están vinculados a situaciones de pobreza y exclusión, dado que estas se relacionan con la desigualdad en el acceso a los servicios sanitarios y a los factores determinantes de la salud" (p. 67). Se ha señalado el efecto negativo que pueden tener en la salud de las personas, especialmente de las que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, las violaciones a los derechos humanos (Vázquez, 2004). Así, una política de salud pública que no contemple integralmente las condiciones de posibilidad del pleno disfrute del resto de los derechos de las personas y no procure activamente eliminar todo estigma sufrido por motivos de salud tendrá serias dificultades para garantizar el más alto nivel de bienestar físico, psíquico y social a las personas usuarias de los servicios sanitarios. Lo antedicho se evidencia en tres cuestiones que abordaremos someramente: el acceso al empleo, los faltantes de medicación y la política diferenciada de discriminaciones múltiples.

Así las cosas, y aún cuando el demandante había firmado –va de suyo, imposibilitado de obrar en sentido contrario– el consentimiento informado para la realización de dicho análisis dentro de los diversos estudios preocupacionales prescriptos, el magistrado pudo constatar un nexo causal entre el resultado positivo del testeo y la no contratación posterior, que examinó a la luz de la presunción discriminatoria por estar “en presencia de una persona o de un integrante de un grupo que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación”. Analizando el consentimiento informado brindado por el demandante, recordó que “mal podría exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, esto es, un dato sensible”. En consecuencia, el magistrado actuante condenó al Hospital Alemán al pago, con costas, de una indemnización resarcitoria del daño moral, daño psíquico y pérdida de chance, y puso en conocimiento de lo resuelto a los ministerios de Salud y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y a la Secretaría de Salud de la CABA.⁵

Coincidiendo con Muñoz (2018), el hecho de que solo un 30 % de las personas en tratamiento antirretroviral (TARV) lo reciban de los subsectores de obras sociales y prepagas, cuando la cobertura de esos subsectores en la población general alcanza el 60 %, es una señal de las dificultades de acceso de las PVVS al empleo registrado y a las prestaciones de seguridad social. En la misma línea, el *Índice de Estigma y Discriminación* (2021), elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis Virales y Tuberculosis del Ministerio

⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 22 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “[Identidad reservada] c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ Daños y Perjuicios”, sentencia definitiva del 15 de septiembre de 2021.

de Salud de la Nación (DRVIH) y la Red Argentina de Jóvenes y Adolescentes Positivos (RAJAP), ha indicado que el 17 % de las PVVS ha sido obligado a hacerse la prueba del VIH o a divulgar su estado serológico para aplicar a un trabajo.⁶

Estos datos, junto con el alto nivel de denuncias por discriminación laboral, fortalecen la presunción de que el estado serológico de las personas VIH+ lleva a desistir en la búsqueda de empleo o disminuye en alto grado las posibilidades de contratación, poniendo en cuestión la efectividad estatal en su deber de protección frente a agentes del sector privado de la economía.

Faltantes de medicación

En diversas ocasiones durante los últimos años, tanto usuarios y usuarias como agentes de los servicios del subsistema público de salud han denunciado faltantes de medicación antirretroviral (ARV) y de insumos y reactivos para la realización de pruebas de VIH.⁷ En el primer caso, ha consistido en interrupciones en la entrega de los

⁶ Disponible en: <https://www.undp.org/es/argentina/publicaciones/indice-de-estigma-y-discriminacion>.

⁷ Fundación Huésped, "Sobre el faltante de medicamentos ARV", comunicado de prensa del 19 de enero de 2018, disponible en: <https://www.huesped.org.ar/noticias/faltante-medicamentos-arv/>; "Comunicado sobre las denuncias de faltantes de medicamentos para el VIH", comunicado de prensa del 31 de julio de 2019, disponible en: <https://www.huesped.org.ar/noticias/comunicado-sobre-las-denuncias-de-faltantes-de-medicamentos-para-el-vih/>; "Comunicado sobre la renuncia del Dr. Sergio Maulen a la Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis y Tuberculosis", comunicado de prensa del 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.huesped.org.ar/noticias/comunicado-renuncia-de-sergio-maulen/>; "Sobre la renuncia de la Dra. Santamaría a la Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis y Tuberculosis", comunicado de prensa del 19 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.huesped.org.ar/noticias/comunicado-direccion-vih/>.

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Preocupación ante posibles faltantes de medicación antirretroviral", comunicado de prensa del 30 de enero de 2018, disponible en: https://defensoria.org.ar/archivo_noticias/preocupacion-ante-posibles-faltantes-de-medicacion-antirretroviral/.

medicamentos, en entregas parcializadas (semanales, quincenales, en vez de mensuales), en modificación de esquemas por cambio de sus componentes, y en carencia de Zidovudina jarabe, droga antirretroviral de uso pediátrico. Los faltantes fueron atribuidos a problemas licitatorios en la adquisición internacional de los fármacos, y se repitieron en los últimos años, evidenciando un problema logístico reiterado que se suma a la dependencia nacional por falta de producción farmacológica local. Las compras que habitualmente hace el Ministerio de Salud de la Nación para distribuir a las provincias tuvieron que ser reemplazadas por adquisiciones de emergencia de estas últimas.

La accesibilidad y sostenibilidad de la medicación resulta esencial para asegurar la adherencia al tratamiento antirretroviral, y dicha adherencia, condicionada siempre por los múltiples determinantes sociales de la salud, es clave para mantener el sistema inmunológico fuerte y la carga viral indetectable en las PVVS. Asimismo, los faltantes se dieron en el subsistema público, por lo que es posible colegir que afectaron en forma desproporcionada a personas que se ven atravesadas por condicionamientos de situación socioeconómica, nivel educativo o cultural, identidad de género, y a personas migrantes y racializadas.⁸

⁸ Como señala Colautti (2012), las políticas farmacéuticas de Argentina coinciden con patrones de suministro insuficiente de países dependientes o periféricos, y el suministro de medicación ARV del Programa Nacional fluctúa por la subordinación a la política económica y por las variaciones presupuestarias.

Abordaje de las discriminaciones múltiples⁹

A 2017, el 4,6 % de las y los bebés que nacieron de personas gestantes que viven con VIH fueron diagnosticados positivos, lo que evidencia que persiste la vía de transmisión vertical (de madre a hijo/a), hoy en día prevenible. Por su parte, las estimaciones actualizadas a 2019 indican que 136.000 personas viven con VIH en el país. Si la prevalencia del VIH en la población total de jóvenes y adultos/as es de 0,4 %, se eleva al 2,7 % entre las personas en contexto de encierro, al 12 o 15 % entre hombres que tienen sexo con otros hombres, y al 34 % entre las mujeres trans (DRVIH, 2020).

Estos datos ponen de manifiesto situaciones de mayor vulnerabilidad que atraviesan determinadas personas para el goce de sus derechos, en razón de la interseccionalidad que incluye su estado serológico VIH+ y la posibilidad de sufrir discriminación múltiple.

Sin caer en la estigmatizante y científicamente errónea conceptualización de “grupos de riesgo”, es preciso señalar que la incidencia del virus en determinados colectivos exige una política pública focalizada que garantice la efectividad del disfrute de derechos en condiciones de igualdad. Que un tercio de las mujeres trans sean

⁹ El enfoque de interseccionalidad fue indicado expresamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Al analizar el cuarto informe periódico presentado por Argentina, el 1º de noviembre de 2018, el órgano de monitoreo recomendó al Estado “prestar atención especial a las necesidades e intereses de los grupos que sufren discriminaciones múltiples e implementar políticas coordinadas para enfrentarlas” (E/C.12/ARG/CO/4, párr. 25). En la misma línea: Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, 9 de octubre de 2002, CRC/C/15/Add.187; y Observaciones Finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto de la Argentina, 21 de junio de 2010, CRC/C/ARG/CO/3-4; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto de la Argentina, 16 de agosto de 2002 (A/57/38, párr. 360-361).

PVVS¹⁰ se relaciona con los altísimos niveles de exclusión y discriminación sufrida históricamente por el colectivo, la expulsión del mercado laboral formal (siendo la actividad más frecuente el trabajo sexual o la situación de prostitución) y la exposición sistemática a violencia institucional y de particulares (AA. VV., 2017).

Por su parte, frente a la situación de las infancias verticales, es decir, de los niños, niñas y adolescentes que adquirieron el VIH por vía materna y requirieron o requieren servicios infectológicos pediátricos, urgen respuestas integrales que aborden los diversos factores determinantes de la salud. Se trata de personas que han atravesado tratamientos antirretrovirales desde los primeros meses de vida, en muchas ocasiones bajo la crianza de familiares menos directos por el fallecimiento de sus progenitores a causa de enfermedades relacionadas con el sida, y sufriendo condicionantes socioeconómicos que repercuten negativamente en el sostenimiento a largo plazo de la adherencia, generando incluso resistencias a diversos esquemas de medicación.¹¹

Rescatando algunos estándares internacionales

Llegados a este punto, procuraremos identificar diversos estándares específicos sobre la situación de derechos humanos de las

¹⁰ Conforme la estimación efectuada por el Ministerio de Salud de la Nación, en DR-VIH (2020, p. 7, cit. *supra*).

¹¹ Es cierto que, al decir de Muñoz (2021), son “personas a quienes en los ‘90 no se les daba más de 6 meses o 1 año de vida, hoy ya son niños, adolescentes y hasta personas adultas con proyectos de vida”. No obstante, una inadecuada atención de su salud física y mental y de las condiciones de vida les sigue colocando en serio riesgo para su salud, y resulta necesario registrar tal situación de vulnerabilidad signada por sus trayectorias biográficas; “una historia relacionada a la lástima y al dolor”, al decir de Camila Arce, activista vertical rosarina (Hintze, 2019).

PVVS, sentados por los órganos internacionales. Si bien somos conscientes de la existencia de múltiples instrumentos de *soft law* aplicables a la temática,¹² nos centraremos en un recorte de la producción de los órganos internacionales convencionales.

El desarrollo en el ámbito de Naciones Unidas

En primer lugar, nos referiremos a la producción elaborada por algunos de los denominados “órganos de tratados” del Sistema Universal de Derechos Humanos. Los nueve comités tienen por función la interpretación y aplicación de igual número de pactos y convenciones.¹³ Especial relevancia cobran sus “observaciones generales” en cuanto logran sistematizar y actualizar las interpretaciones vertidas por otras vías, siendo luego aplicables sus estándares a dictámenes y observaciones finales futuras. Asimismo, su elevado valor convictivo deriva de que son el producto de la búsqueda –indudablemente trabajosa– de consenso entre las y los expertos integrantes del órgano, desarrollando “un entendimiento común de las normas por vía de definiciones prescriptivas” aplicables a la generalidad de los Estados parte.¹⁴ Resultan, en este sentido, fuentes de

¹² Objetivos de Desarrollo del Milenio N° 6; ONUSIDA, Directrices sobre VIH y Derechos Humanos, 2002; OIT, R200 – Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010.

¹³ Los comités efectúan esa tarea a través de diversos mecanismos y procedimientos, siendo los más utilizados el sistema de evaluación de informes periódicos de los Estados, el mecanismo cuasicontencioso de peticiones o quejas individuales, y la elaboración de observaciones o recomendaciones generales. En esta oportunidad, nos centraremos en estos últimos.

¹⁴ Su carácter vinculante u obligatorio para los Estados se deriva del principio de “cosa interpretada”, expresión que torna concretos en relación con los pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos los principios generales de buena fe de los Estados y de *pacta sunt servanda*.

una interpretación “autorizada” o “auténtica” del contenido de los tratados (Gialdino, 2004, p. 715).¹⁵

Por ello, las observaciones y recomendaciones generales son un insumo esencial de cualquier operador/a jurídico/a en la tarea de dilucidar el contenido y alcance de las obligaciones internacionales del Estado y de los derechos en cabeza de las personas, así como un mecanismo de cooperación y asistencia técnica internacional orientado a promover y facilitar la aplicación de los tratados por parte de los Estados. Su consulta resulta ineludible al analizar la actividad estatal, sea en la esfera legislativa, de la política pública o en la labor jurisdiccional.¹⁶

En sus observaciones generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) se refirió expresamente, en

¹⁵ En la misma línea, Salvioli (2022) ha sostenido, respecto a las observaciones generales, que “difícilmente haya un documento que exprese mejor el contenido de una disposición del tratado concreto con un alcance que abarque a todos los Estados parte”, por lo que para estos últimos “no es factible cumplir con las disposiciones de un tratado de derechos humanos, sin seguir fielmente las observaciones generales adoptadas por el órgano creado en virtud del mismo, y que interpreta como parte de su mandato, el alcance de cada una de las disposiciones de aquel” (pp. 418-419).

¹⁶ Si bien en los próximos párrafos abordaremos prioritariamente cuestiones vinculadas a derechos económicos y sociales, también ha habido importantes abordajes desde la perspectiva de los derechos civiles. A título meramente ejemplificativo, podemos resaltar que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares hizo un análisis de la negativa incidencia en la salud física y mental de las PVVS que puede resultar de las situaciones de privación de la libertad (OG 2/13, “Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, párr. 46). Asimismo, al resolver el caso “Andrea Vandom vs. Rep. de Corea”, el Comité de Derechos Humanos condenó al Estado por violar los derechos a la privacidad y a la igualdad ante la ley en un caso de prueba obligatoria de VIH para la obtención de visado de ingreso al país, e indicó la necesidad de modificar dicha práctica revisando su legislación y garantizar la no repetición (Comunicación N° 2273/2013 del 12 de julio de 2018, CCPR/C/123/D/2273/2013).

múltiples ocasiones, a la situación de las PVVS.¹⁷ Respecto a la característica de asequibilidad del derecho a la vivienda adecuada, refirió que las personas VIH positivas deben tener garantizado “cierto grado de consideración prioritaria” en tanto grupo desfavorecido o en situación de desventaja.¹⁸

Más tarde, al interpretar el artículo 12 del Pacto, en relación con el más alto nivel posible de salud, sostuvo que debe tenerse en cuenta el nuevo obstáculo al ejercicio del derecho que ha significado la aparición del VIH/sida. Así, contempló a las PVVS entre los grupos a los que se debe garantizar la accesibilidad física a los establecimientos, bienes y servicios de salud, y garantizar la prevención y tratamiento de la epidemia en los términos del párrafo 2.c) del artículo en cuestión.¹⁹

El análisis específico sobre salud sexual y reproductiva incluyó la debida disponibilidad de medicamentos (inclusive genéricos) para prevenir y tratar el VIH, el derecho a la información accesible sobre la prevención de la transmisión del virus (especialmente en

¹⁷ Profusa ha sido también la elaboración de estándares por parte de otros órganos: nueve observaciones generales del Comité de Derechos del Niño (y la Niña) y siete Recomendaciones Generales del Comité CEDAW contienen referencias que, por razones de extensión, no pudieron incluirse en el presente trabajo. Puede profundizarse en: Recomendaciones Generales del Comité CEDAW N° RG 15/90, RG 24/99 (párrs. 18 y 31), RG 26/08 (párrs. 11, 17 y 24), RG 27/10 (párrs. 21, 45 y 46), RG 28/10 (párr. 21) y RG 30/13 (párrs. 25, 37 y 50); y la específica Observación General del Comité CDN N° OG 3/03 (“El VIH/sida y los derechos del niño”), a la que se suman estándares de las observaciones generales N° 1/01 (párr. 10), OG 4/03 (párrs. 2, 16, 24, 26 y 33), OG 7/06 (párrs. 11.b, 19, 24, 27 y 36.b), OG 9/06 (párr. 59), OG 11/09 (párrs. 53 y 54) y OG 15/13 (párrs. 8, 31, 34 y 54).

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General N° 4 (1990), “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, párr. 8.

¹⁹ CDESC, Observación General N° 14 (2000), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párrs. 10, 12, 16 y 36.

adolescentes) y la calidad de los servicios conforme a los avances científicos en el TARV.²⁰ Además, consideró como vulneraciones al deber de respeto las pruebas obligatorias del VIH y las leyes que penalizan “la no revelación de la condición de seropositivo, la exposición al VIH y a su transmisión”.²¹

Asimismo, incluyó el estado serológico como categoría discriminatoria prohibida (implícitamente) en el artículo 2.2 del Pacto, y el deber de justificar toda restricción (en los términos del art. 4) a derechos de las personas por el hecho de vivir con VIH/sida, como encarcelamientos o límites a la circulación.²² El estado serológico fue receptado también como situación de discriminación incompatible con el Pacto en otras oportunidades,²³ siendo reforzado en la OG N° 20, del año 2009, con la mirada adicional de las situaciones de discriminación múltiple o acumulativa, en las que se conjuga más de un motivo prohibido, refiriendo la necesidad de políticas específicas para combatirla. En particular, el órgano profundizó la obligación estatal de “adoptar medidas también para combatir la estigmatización generalizada que acompaña a ciertas personas por su estado de salud”.²⁴

²⁰ CDESC, Observación General N° 22 (2016), “El derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC)”, párrs. 11 a 21, 44 y 45.

²¹ CDESC, Observación General N° 22 (2016), párrs. 40 y 41.

²² CDESC, Observación General N° 14 (2000), “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párrs. 18 y 28.

²³ CDESC, Observación General N° 15 (2002), “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC)”, párr. 13; y Observación General N° 19 (2007), “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, párr. 21.

²⁴ CDESC, Observación General N° 20 (2009), “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2, del PIDESC)”, párrs. 17 y 33; en igual sentido, Observación General N° 22 (2016), párrs. 30 a 32.

Al analizar el carácter de accesibilidad del derecho al trabajo, el Comité, citando la obligación estatal (recogida en el art. 2 del Convenio N° 111 de la OIT) de formular políticas que promuevan la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, proscribió la discriminación en el acceso y la conservación del empleo por motivos de estado serológico, en tanto tenga la intención o el efecto de oponerse o imposibilitar el ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad.²⁵

En cuanto al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre los riesgos e imprevistos que debe abarcar todo sistema de seguridad social se encuentra la atención de la salud, debiendo establecerse sistemas de salud que prevean un acceso adecuado, inclusive en subsistemas privados o mixtos, haciendo énfasis en las medidas preventivas y curativas que debe proporcionar tal sistema a las PVVS. También se ha referido al deber de conceder prestaciones de supervivencia y orfandad, sin discriminación, cuando el fallecimiento por enfermedades como el sida de personas que son el sostén de la familia priva de apoyo a niños, niñas, adolescentes y personas adultas mayores.²⁶

Más recientemente,²⁷ el órgano se refirió al derecho a disfrutar del progreso científico, particularizando que los Estados deben

²⁵ CDESC, Observación General N° 18 (2005), "El derecho al trabajo (artículo 6)", párr. 12; en la misma línea, Comité sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (CMW), Observación general N° 1 (2011), "Sobre los trabajadores domésticos migratorios", párrs. 22 y 61.

²⁶ CDESC, Observación General N° 19/07, cit. *supra*, párrs. 13 y 21.

²⁷ CDESC, Observación General N° 25 (2020), "La ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4 del PIDESC)", párrs. 67 y 70.

proveer sin discriminación las mejores aplicaciones disponibles para garantizar el más alto nivel posible de salud, lo que implica priorizar los medicamentos genéricos frente a los de marca para optimizar la utilización de los recursos disponibles. Planteó, a su vez, que las patentes de propiedad intelectual en medicamentos pueden resultar un obstáculo para el acceso a dichos productos de países en desarrollo y personas de bajos ingresos si se fijan precios muy altos, estableciendo el deber estatal de financiar e incentivar la investigación y de garantizar la “dimensión social de la propiedad intelectual”.²⁸

Finalmente, debe tenerse presente que las obligaciones se extienden al ámbito empresarial y a la actividad de los particulares, conforme fue desarrollado en la OG 24/17.²⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

A efectos de evidenciar el desarrollo de estándares internacionales en materia de VIH en el sistema interamericano, es preciso traer a colación las recientes sentencias que la Corte IDH³⁰ emitió en los

²⁸ CDESC, Observación General N° 25 (2020), párrs. 61 y 62.

²⁹ CDESC, Observación General N° 24 (2017), “Las obligaciones de los Estados en Virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresarias”.

³⁰ Nos centraremos en la labor de este órgano jurisdiccional, más allá de los múltiples abordajes hechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos humanos de las PVVS, v.g., el célebre caso Jorge Odir Miranda Cortez. CIDH, Informe de Fondo N° 27/09, “Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”, del 20 de marzo de 2009.

casos “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”³¹ y “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”³².

En el primer precedente, la Corte contempló el deber de garantía en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios de salud privados. Apoyándose en estándares del sistema de Naciones Unidas, sostuvo que el acceso a tratamiento antirretroviral es apenas un elemento del enfoque integral que debe tener la respuesta eficaz a las PVVS, y que comprende “una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo”.³³ Asimismo, reprobó la falta de accesibilidad a un entorno seguro y cálido en su atención sanitaria, debido a malos tratos y estigmatizaciones por parte del personal hospitalario.

Respecto al derecho a la educación, luego de reconocer a las PVVS como categoría protegida en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), consideró que el vivir con VIH no implica una situación de discapacidad, pero que las barreras actitudinales y sociales que surgen del estigma pueden

³¹ Corte IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, del 1º de septiembre de 2015, Serie C N° 298. En dicha oportunidad, la Corte condenó a Ecuador por la violación –entre otros– de los derechos a la vida, la integridad personal y la educación de Talía Gabriela González Lluy, así como por la afectación a la integridad personal sufrida por su madre y su hermano. Talía adquirió el VIH a la edad de tres años por medio de una transfusión sanguínea no controlada realizada por un efector privado, el Banco de Sangre de la Cruz Roja Ecuatoriana. Los directivos de la escuela, enterados del diagnóstico, impidieron la asistencia de la niña a clases presenciales argumentando un riesgo para la salud del resto del alumnado. Asimismo, por la discriminación y su condición de pobreza, su madre tuvo dificultades en el acceso al empleo y a la vivienda, siendo expulsada en repetidas ocasiones por los propietarios que le arrendaban casas y debiendo irse a vivir a un área rural lejana a los centros de empleo, educación y salud.

³² Corte IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359.

³³ Corte IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, del 1º de septiembre de 2015, Serie C N° 298, párr. 197.

generar que “las circunstancias del entorno le coloquen en una situación de discapacidad”, de acuerdo con el modelo social aplicable a la materia.³⁴ En ese sentido, la expulsión de Talía de su escuela y los reiterados rechazos a la inscripción en otros establecimientos educativos llevó a que deba ocultarse su condición serológica para posibilitar el acceso a la educación de la niña en un entorno hostil. De allí que la Corte haya entendido que Talía sufrió discriminación interseccional por su situación de pobreza y su condición de PVVS, de mujer y de niña, en el goce del derecho a la educación.³⁵

En otro orden de ideas, el impacto en el proyecto de vida, la exclusión social y las afectaciones psicológicas y físicas sufridas por la madre y el hermano de Talía González Lluy se aunaron con la falta de orientación y apoyo del Estado, quien omitió garantizar la igualdad de trato por parte de particulares y el acceso a derechos sin discriminación, colocándolos “en una posición de vulnerabilidad que se vio agravada con el paso del tiempo”.³⁶

Por su parte, en “Cuscul Pivaral...”, la Corte IDH abordó las violaciones a derechos humanos de 49 PVVS (quince de ellas, fallecidas al momento de emitir sentencia) y sus familiares. Se consideró vulnerado el derecho a la salud por el acceso nulo, irregular o inadecuado al TARV y a pruebas periódicas de CD4 y carga viral, la inaccesibilidad a centros de salud y el nulo o inadecuado apoyo social a las víctimas. Frente a los fallecimientos y las secuelas físicas y psíquicas, también se entendieron vulnerados los derechos a la vida

³⁴ *Idem*, párrs. 236 y ss.

³⁵ *Idem*, párrs. 285 a 291.

³⁶ *Idem*, párr. 227.

y a la integridad. Además, por el impacto diferenciado que implicó la falta de atención médica adecuada de dos mujeres embarazadas diagnosticadas VIH+ y el deber especial de garante del Estado frente al riesgo de transmisión vertical a los hijos e hijas, se declaró violada la prohibición de discriminación basada en género en relación con el derecho a la salud.

Una nota de particular interés de este fallo radica en el análisis respecto a la violación autónoma a la obligación de realización progresiva de los DESCAs, siguiendo la línea jurisprudencial sentada en “Poblete Vilches vs. Chile”,³⁷ por la omisión estatal en la provisión del TARV antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud de las PVVS. Sobre la progresividad nos referiremos nuevamente en el próximo apartado.

Desmenuzando el deber ser estatal

Como ha quedado expuesto, la temática abordada en el presente trabajo se centra en un grupo en situación de vulnerabilidad, las PVVS, y procura analizar desde ese sujeto colectivo los derechos en juego. Llegados a este punto, resulta útil rever someramente las obligaciones genéricas que el Estado ha asumido en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, a fin de encuadrar la actividad del Poder Legislativo nacional.

En principio, vale decir que el análisis de los derechos humanos en función de la pertenencia de las personas a grupos o colectivos

³⁷ Corte IDH, caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, del 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349.

resulta disruptivo de las concepciones individualistas y formalistas del derecho a la igualdad. Siguiendo a Roberto Saba (2007), para los grupos históricamente discriminados, y más allá de la igualdad ante la ley, los derechos humanos son “solo palabras”,

no como consecuencia de la “desigualdad de hecho”, sino como resultado de una situación de exclusión social o de “sometimiento” de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, [los desplazan] de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan. (p. 141)

Se trata aquí del estigma de peligrosidad y contagio que ha pesado sobre las PVVS desde la aparición de los primeros casos de transmisión, a principios de los años ochenta, colocándolas como grupo en una posición de inferioridad social, sea más abierta o más veladamente.

Ahora bien, los deberes generales del Estado, sea estructurados en el binomio de respeto y garantía (propio del sistema interamericano) o en la tríada de “respetar, proteger y cumplir”, implican una serie de obligaciones inmediatas y mediatas, de resultado y de medios o de conducta. En materia de derechos civiles y políticos, tanto el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son claros en marcar una obligación inmediata y de resultado; no se admite al Estado la más mínima demora en miras a hacer efectivo el disfrute del derecho. No obstante, en relación con derechos económicos, sociales y culturales (como la salud, la educación, la alimentación, la vivienda o el trabajo), la referencia al

logro o desarrollo progresivo de su plena efectividad (arts. 26 de la CADH, 1 del Protocolo de San Salvador y 2 del PIDESC) marca una diferencia en cuanto al nivel de exigibilidad.

Sin embargo, esa progresividad de objetivos no implica que no existan obligaciones de resultados, inmediatamente exigibles, respecto a los derechos económicos y sociales. Varias de ellas fueron desarrolladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:³⁸ las obligaciones de adoptar medidas inmediatas orientadas a alcanzar la plena efectividad,³⁹ y de garantizar un nivel esencial o mínimo de satisfacción del derecho; más tarde se agregaría el deber de no regresividad.

Por una parte, la exigencia de medidas para garantizar la protección de grupos vulnerables frente a la discriminación es una obligación de resultados, que puede cumplirse –en parte– mediante la actividad de adecuación de la normativa interna. Por otro lado, dicha adecuación normativa es un corolario de la norma consuetudinaria que manda introducir modificaciones al derecho interno al celebrar tratados internacionales.⁴⁰

³⁸ CDESC, Observación General N° 3 (1990), “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”.

³⁹ En cuanto al deber de adoptar medidas, han expresado Abramovich y Curtis (2004) que “no es declamativo: significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que esos pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible” (p. 34). Este avance continuo ha sido caracterizado –en forma enunciativa– en diversas acciones, todas exigibles y monitoreables: la garantía de disfrute en igualdad y sin discriminación por ninguna causa, la adecuación del marco normativo interno, la provisión de recursos judiciales o administrativos efectivos, y la adopción de cualquier otro medio apropiado que permita alcanzar la efectividad plena.

⁴⁰ Según señalan Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller (2014), la jurisprudencia de la Corte IDH considera la adecuación normativa una obligación de resultado que, conforme los estándares del artículo 2 de la CADH, debe hacer cumplir las disposiciones del instrumento, por lo que son evaluables a la luz del principio de *effet utile* o efectividad.

Hecha esta introducción, la cuestión problemática radica en determinar si el deber de adecuación normativa implica una obligación estatal instantánea o continua; en otras palabras, si el cumplimiento de dicho deber se consuma, de una vez y para siempre, con la sola adopción de medidas legislativas que ajusten el marco jurídico interno a los compromisos internacionales, según la literalidad de los instrumentos suscriptos, o si el cambio de las condiciones de vigencia de las normas internacionales deriva en una obligación de constante y permanente adecuación que puede redundar, va de suyo, en la necesidad de adoptar medidas legislativas sucesivas a lo largo del tiempo.

Este tópico está inextricablemente vinculado al valor de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, y a las concepciones interpretativas puestas en juego a la hora de adoptar dichos decisorios. Sobre la primera cuestión (ya introducida *ut supra*), vale recordar que la interpretación auténtica o autorizada que efectúan los órganos competentes respecto a los instrumentos internacionales determina las condiciones de vigencia de las normas convencionales, lo cual, en el derecho interno argentino, está expresamente reconocido para los tratados receptados con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de nuestra carta magna,⁴¹ aún cuando, desde una mirada *ius* internacionalista, lo consideramos aplicable a toda norma del *ius gentium* y no solo a las convencionales.

Respecto a las concepciones interpretativas, la recepción jurisprudencial de la interpretación evolutiva, que se suma a los más

⁴¹ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros" (fallos 315:1492, del 7 de julio de 1992); y "Girolodi, H. D. s/ recurso de casación" (fallos 318:514, del 7 de abril de 1995), entre otros.

tradicionales métodos gramatical, originalista y teleológico, ha abierto el juego a lecturas que, contemplando la inmutabilidad de los textos convencionales, aseguren su aplicación en perspectiva *pro persona* y acorde al principio de progresividad. Así, la Corte IDH ha sostenido que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁴²

Retomando la cuestión planteada, Salvioli (2019) sostuvo que

en lo tocante a la labor de adecuar el derecho interno, ha de requerirse una actitud atenta y permanente por parte del Poder Legislativo, ya que pueden surgir incompatibilidades de las normas internas con las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como estas últimas se van interpretando de la mano del progreso científico. (p. 294)⁴³

Desde esta perspectiva, consideramos que el advenimiento de incompatibilidades crecientes o progresivas de las normas nacionales frente al derecho internacional en evolución, por el transcurso

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 1º de octubre de 1999. Serie A N° 16, párr. 114. Así mismo, ha aplicado dicha concepción –entre muchas otras materias– a la propiedad comunitaria indígena, a la discriminación por razones de orientación sexual y a los métodos de fecundación in vitro, que no están contemplados en el texto original de la CADH. Véanse, entre otros casos: “Mayagna Sumo (Awas) Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de FRC, del 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 148; “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia de FRC, del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 83; y “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, sentencia de EPFRC, del 28 de noviembre de 2012, Serie C N° 257, párr. 245.

⁴³ Cita el profesor platense un caso resuelto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con la fecundación in vitro, en el que se señaló la obligación estatal de “actualizar periódicamente sus normativas para armonizarlas con sus obligaciones en materia de derechos humanos y con la evolución de la sociedad y el progreso científico” (“S.C. y G.P. vs. Italia”, Comunicación N° 22/17, del 28 de marzo de 2019, E/C.12/65/D/22/2017, párr. 11.4).

del tiempo y la inactividad del legislador interno, no es pregonable exclusivamente en relación con materias nuevas o no reguladas de la vida social, propias de la “textura abierta” del derecho. Tales inconsistencias también pueden analizarse en relación con ámbitos regulados, pero cuya regulación no responde a la evolución progresiva y *pro persona* de los estándares internacionales sobre derechos humanos.

Los proyectos de ley, el nuevo paradigma y la mora del legislador

Siguiendo a Falistocco (Falistocco *et al.*, 2011),

la principal lección aprendida a lo largo de estos 30 años ha sido la necesaria evolución del abordaje de la enfermedad desde un único aspecto individual hasta la concepción de la misma como un problema social [pero] existe aún una clara brecha entre la oferta universal y el acceso universal al cual nos hemos comprometido. (p. 94)

La universalidad en el acceso a los bienes y servicios que permiten abordar las consecuencias de vivir con VIH/sida requieren una respuesta estatal integral, activa y constante que, a través de políticas públicas, garantice el disfrute de derechos sin discriminación. La legislación forma parte de esa política pública de salud, siendo ambos (ley y política pública) instrumentos necesarios para una protección y promoción efectiva de la salud y otros derechos humanos (Vázquez, 2004).

Entonces, basta preguntarse cuánto ha variado en las últimas tres décadas el conocimiento científico sobre la epidemia del VIH/sida y la respuesta social a ella, así como la misma vida cotidiana de quienes conviven con el virus, para concluir que la normativa que integra esa política pública requería hace tiempo, cuanto menos, una revisión que reafirme o modifique sus disposiciones.

Esa convicción llevó a la gestación de tres proyectos de ley ingresados en la Cámara de Diputados de la Nación en 2016, 2018 y 2020, respectivamente.⁴⁴ El proyecto de 2020 fue aprobado, entre octubre y noviembre de 2021, por las comisiones de Salud y Acción Social y de Presupuesto, pero perdió estado parlamentario por no ser tratado antes del final de año. Así, las organizaciones de la sociedad civil lograron la presentación de una cuarta versión del proyecto en 2022.⁴⁵ En esta ocasión, la voluntad política y el consenso generado

⁴⁴ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Proyecto de Ley 6139-D-2016, del 12 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=6139-D-2016&tipo=LEY>; Proyecto de Ley 3550-D-2018, del 7 de junio de 2018, disponible en: <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3550-D-2018&tipo=LEY>; y Proyecto de Ley 5040-D-2020, del 5 de septiembre de 2020, texto facilitado por la organización RAJAP.

A la redacción del proyecto original (del que los subsiguientes son reelaboraciones) han aportado diversas asociaciones científicas, organismos internacionales de cooperación técnica, profesionales y funcionarios/as de la Administración pública, pero muy especialmente las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil que trabajan en el día a día en la temática, las cuales realizan frecuentemente las tareas de asistencia, contención, acompañamiento y prevención frente al vacío del Estado. Más de sesenta organizaciones, entre las que se destacan la Red Argentina de Jóvenes y Adolescentes Positivos (RAJAP), la Comunidad Internacional de Mujeres viviendo con VIH/sida (ICW), la Fundación Grupo Efecto Positivo, la Asociación Ciclo Positivo, RAP+30 y HCV Sin Fronteras, se han nucleado desde diciembre de 2016 en el Frente Nacional por la Salud de las Personas con VIH, manteniendo ininterrumpidamente un funcionamiento asambleario que permitió aunar esfuerzos para la formulación de los proyectos legislativos y para la posterior incidencia política, bajo la consigna "No hay más tiempo", de cara a su tratamiento en el Congreso. Asimismo, dicha convergencia sirvió de plataforma para visibilizar y reclamar frente a emergencias, como los diversos faltantes de medicación antirretroviral e insumos y reactivos de testeo señalados *ut supra*, así como para impulsar a nivel nacional la campaña global contra el estigma "I=I" (indetectable = intransmisible).

⁴⁵ Se trataba del Proyecto de Ley N° 0304-D-2022, iniciado también ante la Cámara Baja.

en todos los bloques parlamentarios, originado en la intensificación de las actividades de incidencia política de las organizaciones, permitió arribar a un resultado positivo. El día 5 de mayo se obtuvo, con 241 votos afirmativos y 8 negativos, la media sanción de la Cámara baja. Por su parte, el Senado le dio sanción definitiva el 30 de junio de 2022, con 60 votos afirmativos y uno negativo. La nueva Ley N° 27.675, que troca el enfoque biomédico de su antecesora por uno de derechos humanos, fue reglamentada el 1° de diciembre de 2022 por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 805/2022.

Ese cambio de enfoque no es menor: en nuestra opinión, configura un paradigma radicalmente distinto en cuanto a la forma en que se diagrama la política pública de respuesta al VIH/sida. Las directrices que deberá respetar esta, por imperio de la ley, ya no serán las propias de concepciones epidemiológicas de lucha contra una enfermedad, sino las de prevención, asistencia y tratamiento entroncadas con el disfrute pleno de los derechos humanos sin discriminación de las personas afectadas por el virus y sus familias.⁴⁶

⁴⁶ Entre los aportes novedosos, la nueva ley busca garantizar la provisión de medicamentos y productos e insumos médicos para la prevención, el tratamiento y la cura del VIH, mediante el acceso universal, oportuno y gratuito (arts. 1.b, 3 y 12), incluyendo formulaciones pediátricas y leche de fórmula para la lactancia de hijos/as de PVVS. A fin de asegurar la sostenibilidad de dicha política y la soberanía sanitaria, se fomenta la producción pública nacional de medicamentos e insumos, promoviendo la investigación y el desarrollo tecnológico así como la utilización de salvaguardas de salud frente a las patentes de propiedad intelectual (arts. 1.c y d, y 21.f). En cuanto a las pruebas diagnósticas y estudios de seguimiento, prescribe la gratuidad, el consentimiento informado y el asesoramiento individual previo y posterior, a fin de facilitar el acceso a la información y la vinculación al sistema de salud (arts. 14 a 17 y 21.k). También establece la disponibilidad y accesibilidad a insumos y materiales de prevención (como preservativos) y de profilaxis posexposición (art. 21.j).

Plantea la formulación de políticas públicas orientadas a la implementación de acciones afirmativas, que contemplen los determinantes sociales de la salud, incluyendo el efectivo disfrute de derechos a la alimentación, el trabajo, la educación y la vivienda (art. 21.a); la capacitación de autoridades públicas, agentes sanitarios y comunicadores/as sociales (inc. e); las campañas de sensibilización y concientización orientadas a la población general que garanticen el acceso a la información y favorezcan la eliminación del estigma (inc. g); la transición de los niños, niñas y adolescentes verticales

El cambio es notable: la persona deja de ser para la ley un objeto de vigilancia epidemiológica para convertirse en un sujeto de dere-

del servicio de salud pediátrico al de adultos (inc. n); los programas de apoyo a la adherencia al tratamiento (inc. r); o la creación de instancias de asistencia legal gratuitas (inc. t). En cuanto a la participación de la sociedad civil, se establece el deber de crear una comisión interministerial e intersectorial, de representación federal y con mayoría de PVVS a través de las organizaciones sociales, con funciones de diseño, monitoreo y evaluación de las políticas públicas (arts. 1.e y 22), y un observatorio sobre estigma y discriminación en el marco del INADI (art. 23).

La normativa aborda específicamente a grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas privadas de la libertad y residentes en ámbitos colectivos, como hogares de personas adultas mayores o centros monovalentes de salud mental (art. 7). A su vez, contempla con adecuada perspectiva de género la situación de las mujeres y personas con capacidad de gestar –incluyendo los derechos de niños, niñas y adolescentes y previniendo la violencia obstétrica– (arts. 11 a 13). En este sentido, debe tenerse presente que adquiere un importante carácter reparatorio, en términos simbólicos y desde una mirada interseccional, el reconocimiento de las violencias específicas que sufren las mujeres seropositivas (art. 21.p).

No obstante, cabe resaltar que, si bien se reconoce la obligación de formular políticas públicas específicas para la provisión de tratamientos y servicios oportunos de asistencia integral a personas en situación de mayor vulnerabilidad sanitaria o socioeconómica, se ha eliminado la enumeración de poblaciones clave que contemplaba el proyecto del año 2020 (art. 21.o). Aun cuando se remite a los criterios de organismos especializados de las Naciones Unidas, resulta penoso haber perdido –en la letra de la ley– referencias expresas a grupos y colectivos como las personas trans, travestis y no binarias, varones que tienen sexo con varones, personas trabajadoras sexuales o en situación de prostitución, personas usuarias de sustancias psicoactivas, personas con discapacidad y personas migrantes, entre otras.

La ley bajo análisis contempla como parte de la respuesta integral e intersectorial la reducción de riesgos y daños causados por el estigma, la discriminación y la criminalización (art. 2), y establece la prohibición expresa de obligar a las personas a develar su estado serológico o de incluir la prueba diagnóstica en exámenes preocupacionales, planteando la no discriminación en los ámbitos educativos, laborales, asistenciales, de la seguridad social y contractuales. Este último aspecto tiene relevancia frente a la discriminación invisibilizada en ámbitos bancarios, laborales, comerciales o de consumo (arts. 6.e, 8 y 10). En ese sentido, establece la “permanencia” plena y la presunción *iuris tantum* por despido discriminatorio, así como el deber de adoptar acciones positivas para garantizar la inclusión laboral y la capacitación profesional (art. 9), cambiando por “permanencia” el concepto de “estabilidad” usado en proyectos anteriores, lo que –a criterio nuestro– no modifica esencialmente la tutela reforzada de la persona trabajadora.

En un capítulo específico sobre derechos de la seguridad social, se contemplan regímenes de jubilación o pensión anticipada, así como de pensiones no contributivas para PVVS en situación de vulnerabilidad socioeconómica (arts. 24 a 35). Esto se fundamenta en la comprobación científica de los procesos acelerados de envejecimiento que generan los TARV, así como en las dificultades de acceso a trabajos registrados y, consecuentemente, la realización de aportes previsionales, derivada de la vigencia del estigma y la discriminación en el mercado laboral formal.

Finalmente, la propuesta normativa contempla criterios de interpretación y cumplimiento con enfoque en derechos humanos (art. 5), aunque con una mirada restrictiva sobre el derecho internacional de la persona humana, al referir (como sucede a menudo en la legislación nacional) con exclusividad a los tratados recogidos en el art. 75.22 de la carta magna federal.

chos, al cual el Estado debe garantizar acceso integral a servicios y prestaciones relacionadas con sus derechos a la salud, al trabajo, a la vivienda, a la educación y a la seguridad social –a título ejemplificador–, al tiempo que proteger de cualquier trato discriminatorio por parte de sus propios agentes o de particulares. En este sentido, el nuevo paradigma tiene la virtud de adecuar finalmente la legislación interna a las normas internacionales en las condiciones de su vigencia, incorporando los estándares establecidos por los intérpretes auténticos del derecho internacional, tal como lo hemos abordado anteriormente.

Ahora bien, la aprobación de la nueva ley no desdibuja el hecho de que los tres proyectos legislativos que la antecedieron hayan perdido estado parlamentario por falta de tratamiento del Congreso nacional. Considerando los deberes estatales de adecuación normativa recogidos en el acápite anterior de este trabajo, cabe cuestionar tal omisión legislativa relativa (en los términos señalados por Treacy, 2016). La idea de mora del legislador, recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”⁴⁷ y utilizada por la doctrina para caracterizar silencios legislativos en materias variadas de su competencia constitucional, como la regulación de los procesos colectivos, del sistema de juicio por jurados, de la propiedad comunitaria indígena, la protección de humedales o el nombramiento de jueces y juezas o defensores/as del pueblo, ¿no podría extenderse a supuestos como el planteado respecto al régimen vetusto de la Ley de Sida, de conformidad con la atribución 23 del artículo 75 de la Constitución federal?

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N – ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (fallos 332:111, del 24 de febrero de 2009).

Esta reticencia a legislar es especialmente grave si consideramos que, según datos facilitados por las organizaciones y elaborados a partir de los boletines epidemiológicos anuales del Ministerio de Salud de la Nación, durante los seis años en que estuvieron en trámite los proyectos legislativos en Argentina fallecieron 15.000 personas a causa del VIH/sida y las hepatitis virales y hubo alrededor de 29.000 nuevos diagnósticos de VIH. Asimismo, a 2021, el 17 % de las PVVS en nuestro país no conocían su estado serológico (DRVIH, 2021).

Tales cifras parecen quedar muy lejos del objetivo “90-90-90” planteado en 2015 por ONUSIDA: que para el año 2020 el 90 % de las PVVS conozcan su estado serológico, que el 90 % de las personas diagnosticadas reciban tratamiento ARV en forma continua y que el 90 % de las personas en TARV tengan supresión viral o la carga viral se encuentre indetectable.⁴⁸

Conclusiones

Como corolario, consideramos que era una obligación del Congreso nacional ejercer su función legisferante para armonizar la dispersa normativa que rigió desde 1990 la política pública de respuesta al VIH/sida, adaptándola a los compromisos internacionales asumidos por el Estado, con un enfoque integral que contemple la pluralidad de derechos en juego inherentes a la dignidad humana de las PVVS y atendiendo a las particulares situaciones de vulnerabilidad

⁴⁸ A efectos de ponderar la potencialidad del esquema “90-90-90”, es necesario tener presente que, al encontrarse en los exámenes bioquímicos de las PVVS bajo tratamiento antirretroviral la carga viral indetectable, se ha comprobado científicamente que se anula la posibilidad de transmisión del VIH, por lo que la estrategia de ONUSIDA volvería viable revertir el avance de la epidemia a nivel mundial.

que atraviesan. El debate y la sanción de una nueva ley redundaron en un claro mensaje a la sociedad, advertida de que la respuesta al VIH/sida vuelve a estar en el foco de la agenda pública. No son para nada desdeñables los efectos que, en cuanto a prevención e información de la población general, implica que el Poder Legislativo manifieste su voluntad de avanzar en un cambio de paradigma respecto a la epidemia. Aquel mensaje es aún más importante –y necesario– para los operadores y operadoras (profesionales de la salud, empleadores/as, agentes públicos/as y de sectores comerciales) que se encuentran en condiciones de vulnerar los derechos de las PVVS en razón del estigma que ellas cargan: la nueva ley deja en claro que la discriminación en razón del estado serológico no debe tener espacio en nuestra sociedad. Finalmente, consideramos que el proceso de debate y sanción ha podido tener un valioso sentido reparatorio, en cuanto muestra (por parte de la sociedad y los partidos políticos) receptividad a la voz de las organizaciones de la sociedad civil y de las personas afectadas por la epidemia, una voz siempre bastardeada y acallada.

Es que, como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, las palabras de Pedro Lemebel, por el transcurso del tiempo, han perdido vigencia: si el VIH/sida, patógeno “generoso”, no discrimina, son las discriminaciones que sufren las PVVS las que hacen que la “pasión” y el “calvario” no dure igual para todo el mundo, y que haya quienes en ese calvario terminen, al fin y a pesar de todo, dejando la vida. Cada vida perdida en ese devenir es, para una patología crónica tratable, una pérdida evitable originada en la desidia del Estado.

La nueva ley ha cambiado drásticamente el marco normativo que rige la problemática del VIH/sida en la Argentina: un nuevo

paradigma legal se ha instaurado. Ahora, urge la conformación de estructuras administrativas dotadas de los recursos presupuestarios necesarios para evitar que la norma, en vez de brindar contenido a las políticas públicas, se vuelva letra muerta. Esa es la nueva mora del Estado: que la norma, plenamente operativa, se haga concreta en el efectivo disfrute de los derechos reconocidos por ella. Si lo jurídico es expresión congelada de un tiempo político, reclamaremos una vez más que el tiempo político esté a la altura de sus deberes públicos y de las demandas de su pueblo.

Referencias

- AA.VV. (2017). *La revolución de las mariposas. A diez años de la gesta del nombre propio*. Ministerio Público de la Defensa.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En Abregú, M. et al., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto.
- Colautti, M. (2012). Las personas que viven con VIH/SIDA y su vínculo con los antirretrovirales provistos por el Programa Nacional en Argentina. *Ciência & Saúde Coletiva*, 17.
- Falistocco, C., Iglesias, M., Weller, S., Silva Nieto, F., Adaszko, A. y Ziaurriz, C. (2011). VIH-sida: a 30 años. El Estado argentino y la respuesta a la epidemia. *Actualizaciones en sida*, 19 (73).
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. (2014). Artículo 2. Deber a Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. En Steiner, C. y Uribe, P. (coords.), *Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Comentada*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Gialdino, R. (2004). La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes universales y americanas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10.
- Hintze, L. (3 de septiembre de 2019). Vihva y deseante. <https://redaccionrosario.com/2019/09/03/vihva-y-deseante/>.
- Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis Virales y Tuberculosis [DRVIH] (2020). Respuesta al VIH y las ITS en la Argentina, *Boletín N° 37*, Año XXIII.
- (2021). Respuesta al VIH y las ITS en la Argentina, *Boletín N° 38*, Año XXIV.

- Morlachetti, A. (2007).** Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los derechos humanos. *Notas de Población*, 85.
- Muñoz, M. (2018).** VIH y discriminación laboral: Análisis preocupacionales como indicador de la discriminación en el acceso al empleo de personas con VIH. Documento no publicado presentado en la Universidad de Palermo.
- (15 de noviembre de 2021). 5 Razones por las que es necesario actualizar la ley de VIH. <https://latfem.org/5-razones-por-las-que-es-necesario-actualizar-la-ley-de-vih/>.
- Núñez, F. (2016).** *El enfoque de derechos en salud y la respuesta al VIH y SIDA en Argentina* [Tesis de Maestría en Derechos Humanos]. Universidad Nacional de La Plata.
- Saba, R. (2007).** (Des)igualdad estructural. En Alegre, M. y Gargarella, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis.
- Salvioli, F. (2019).** *Introducción a los Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Características, Obligaciones del Estado y Criterios de Interpretación Jurídica*. IRESODH.
- (2022). *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La edad de la razón*. IJSA.
- Treacy, G. (2016).** Control judicial de la omisión legislativa: variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades. En Alonso Regueira, E. M. (dir.), *El Control de la Actividad Estatal 1. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*. Asociación de Docentes de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Vázquez, J. (2004).** El derecho a la salud. *Revista IIDH*, 40.

02.

Perspectiva
de género
en la
investigación
y juzgamiento

Intervención inicial especializada en procesos penales de violencia por razones de género

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 04/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.98>

Intervención inicial especializada en procesos penales de violencia por razones de género

Specialized initial intervention in criminal processes based on gender violence

María Mercedes Rubio¹
Victoria Thorkelsen²

Universidad de Buenos Aires

Resumen: En el presente trabajo se aludirá a las primeras medidas indispensables de instrucción o actos procesales a realizar desde el Ministerio Público Fiscal frente a un hecho penal por violencia en razón de género. Proponemos reseñar tres actos iniciales que corresponde realizar en las primeras horas de conocido el hecho criminal, teniendo como eje rector el principio de especialización que exige la materia, con el fin de dar un correcto cumplimiento al mandato internacional de la debida diligencia reforzada. En particular, nos referiremos a la importancia y utilidad que tiene para un

¹ Magister en Derecho y Magistratura Judicial. Docente de Derecho Penal y Criminología (Universidad de Buenos Aires). Subsecretaria de Políticas de Género y Violencia Familiar de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires. Fue fiscal general adjunta del Departamento Judicial de San Martín, donde coordinaba el dispositivo sobre violencia de género, y fiscal especializada en delitos contra la integridad sexual. Disertante en ciclos sobre la materia, autora y colaboradora en publicaciones, entre ellas "Modelos de organización para el abordaje de la violencia de género en el ámbito penal. Una experiencia de especialización en la Provincia de Buenos Aires" y "Delitos contra la integridad sexual". Correo electrónico: mercedes_rubio@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5660-3726>.

² Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Abogada adscripta de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Subsecretaria de Políticas de Género y Violencia Familiar del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Trabajó en la Fiscalía General y Fiscalías de Instrucción del Departamento Judicial de San Martín. Correo electrónico: victhorkelsen@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8733-9754>.

proceso penal eficaz la toma de la denuncia con perspectiva de género, el uso de un instrumento para evaluar el riesgo y la certificación de los antecedentes del caso.

Palabras clave: Violencia de género – Instrucción fiscal especializada – Debida diligencia reforzada – Proceso eficaz – Herramientas procesales.

Abstract: *In this work, we will refer to the first indispensable measures of instruction or procedural acts to be carried out by the Public Prosecutor's Office in the face of a criminal act due to gender-based violence. We propose to review three initial acts that must be carried out in the first hours after the criminal act is known, having as a guiding principle the specialization that the subject requires, in order to give proper compliance to the international mandate of due diligence. In particular, we will refer to the importance and usefulness that taking the complaint with a gender perspective, using an instrument to assess risk and certifying the background of the case has for an effective criminal process.*

Keywords: *Gender violence – Specialized prosecutorial investigation – Enhanced due diligence – Effective process – Procedural tools.*

Ciertos aspectos diferenciales y esenciales de los delitos cometidos en contexto de violencia de género

En la actualidad ya no resulta novedoso mencionar que la violencia de género se aborda desde lo jurídico como un capítulo específico, y que requiere una visión diferenciada respecto de otros fenómenos criminales. Ello, en pos de lograr la habilidad técnica y los conocimientos especiales que exige la temática, tanto en la investigación de este fenómeno criminal como ante la necesidad de brindar adecuada protección y atención de las víctimas.

Desde el año 2012, el Congreso nacional, a través de la Ley N° 26.791, estableció algunas modificaciones importantes al régimen de los homicidios agravados (Código Penal, art. 80), receptando la legislación convencional, constitucional y legal en materia de violencia de género. Nuestra legislación, así, adoptó la decisión de política criminal de brindar especial protección a las víctimas de delitos cometidos por razones de género en el ámbito penal. Se modificaron y ampliaron los supuestos de homicidio agravado por el vínculo, por razones de odio, se incorporó la figura de feminicidio y de homicidio vinculado.

Esta decisión político-criminal vino a reflejar lo que percibía y percibe tanto nuestra comunidad como la comunidad internacional acerca de la gravedad y la urgencia que implican estos tipos de violencia. Ya en 1980, Naciones Unidas declaró que “la violencia contra las mujeres es el crimen encubierto más numeroso del mundo” (Bermúdez, 2021), y que, por lo tanto, el Estado debía adoptar políticas específicas para su erradicación.

Con el correr de los años, algunas de las políticas específicas que los Estados deben tomar para prevenir, investigar, sancionar y reparar hechos de violencia contra las mujeres fueron especialmente definidas por los instrumentos internacionales que regulan la materia: Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención de Belém do Pará (capítulo III, “Deberes de los Estados”, art. 7.b), entre otros.

Entre las fundamentales, el deber de la debida diligencia reforzada es una de las imposiciones para los Estados que han adquirido compromisos internacionales en pos de garantizar el “derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia” (Convención de Belém do Pará, art. 3). Asimismo, en su artículo 7, la Convención de Belém do Pará

se refiere a las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación encaminada a prevenir la impunidad, incluyendo medidas para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes. Establece: “Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. (UFEM, 2017, p. 9)

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que, en un contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada”³.

³ Corte IDH, caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 283.

Por otra parte, en el reciente antecedente del caso “Vicky Hernández y otras vs. Honduras”, la Corte sostuvo que:

la debida diligencia reforzada implica aplicar una perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de casos de violencia cometida contra las mujeres, incluyendo la violencia contra las mujeres trans, así como evitar la impunidad crónica que envía un mensaje de tolerancia y permite la repetición de los hechos. El fin del tratado es lograr la erradicación a futuro de este fenómeno que tiene raigambre estructural en nuestras sociedades.⁴

Como explica la Corte, la violencia de género resulta un fenómeno muy complejo, que se reconoce como base de un modelo de sociedad históricamente sostenido en relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, lo que se ha traducido en una importante restricción de los derechos fundamentales de las mujeres.

Las diferencias se convierten en un problema cuando de ellas se deriva una desigualdad en el acceso a derechos, es decir, cuando en virtud de las diferencias se establecen relaciones de poder que repercuten en las posibilidades de las personas para tener una vida digna. (DGP, 2018, p. 11)

⁴ Corte IDH, caso “Vicky Hernández y otras vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de marzo de 2021, párr. 134.

El rol del Ministerio Público Fiscal ante la investigación de delitos por violencia por razones de género

Nos preguntamos cuál es, entonces, ante esta situación, el mandato convencional, constitucional y legal para los operadores del Ministerio Público Fiscal.

La respuesta es que, frente a estos delitos, para su investigación debe incorporarse la perspectiva o enfoque de género, lo que implica detectar aquellos casos en que las circunstancias estructurales de desigualdad se traducen en el hecho investigado y, por consiguiente, perpetúan las violaciones a los derechos humanos en virtud de la condición de género de las personas.

Una vez detectado, corresponde abordarlos en esta inteligencia, adecuadamente. O, como ya mencionamos y señala la Corte IDH, es menester actuar con la debida diligencia reforzada. Esta disposición debe ser

asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa o como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.⁵

⁵ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 29 de julio de 1988, párr, 177.

Asimismo, corresponde aplicar el enfoque contextual o interseccional que requieren estas investigaciones, en cuanto reconocemos que “las personas no experimentan discriminación y violencia en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado” (SCJN, 2015, p. 41). Donde puede existir una relación de desigualdad de poder estructural, se exige de los agentes judiciales la mirada distinta, específica, contextualizada y no estereotipada de los involucrados.

Se impone destacar que es obligación de los Estados suministrar servicios especializados en el área de la justicia para garantizar el acceso a las personas víctimas de violencia de género a los procedimientos legales adecuados. Al respecto, se ha advertido que el trabajo protocolizado y el tratamiento específico de esta problemática permite a los/las operadores/as concentrar sus esfuerzos para procurar mejores resultados en las investigaciones y conducir a una mejor solución de la problemática. (Cardinali y De la Fuente, 2021, p. 409)

Aún al día de hoy, hay quienes en nuestra sociedad, pero también dentro del Estado, en el Poder Judicial o el Ministerio Público Fiscal, tienen la percepción de que abordar los casos de violencia por razones de género de manera diferente a como tradicionalmente lo hacían importa violentar el principio mismo de igualdad, cuando en realidad sucede todo lo contrario. Una perspectiva actual, evolucionada, dinámica del principio de igualdad supone garantizar la igualdad en términos reales, fácticos, consagrándose así el principio de no discriminación: tratar igual a los desiguales es discriminar.

La introducción de la perspectiva de género en el análisis jurídico pretende detectar en qué casos está justificado y es necesario un trato diferenciado, una visión contextualizada, para justamente garantizar el derecho a la igualdad entre los géneros. Ello, en el entendimiento de que la violencia de género es el reflejo, si se quiere el más extremo, de la desigualdad de poder en las relaciones entre las mujeres y miembros de la comunidad LGTBIQ+ y los varones.

Por eso es tan importante que todos los operadores judiciales dominen la materia, las premisas fundamentales que rigen la investigación con perspectiva de género –entre las que se encuentran la celeridad, la eficacia, la especialidad, el abordaje interdisciplinario, la exigencia de evitar la revictimización de la persona y procurar su protección, entre otras–, los desafíos específicos que presenta, así como las buenas prácticas en la instrucción de estos delitos, para llegar a una solución justa en los casos concretos.

Entre las particularidades de los hechos de violencia por razones de género, en muchos casos se presentan dificultades probatorias y de protección de la víctima al tratarse de sucesos que generalmente ocurren entre cuatro paredes, sin testigos más que los propios involucrados; entre personas que muchas veces comparten el domicilio; que en muchas ocasiones están unidas por un vínculo afectivo o familiar, que puede importar una percepción diferente de lo acontecido por parte de quienes están comprendidos en la conflictiva; asimismo, como característica distintiva también, muchas veces ocurre una posterior retractación de la persona víctima tras la radicación de la denuncia. Por estos motivos, la investigación de este tipo de casos requiere una escucha distinta y una recopilación de datos rigurosa, sobre todo en los primeros momentos de

la instrucción, para llegar a buen puerto en la investigación de los hechos y protección de la víctima.

La especialización como principio fundamental en la investigación de los delitos de violencia de género por parte del Ministerio

Es importante destacar, entonces, que el acceso a la justicia para la víctima debe ser diferenciado y especializado desde el momento en que el hecho de violencia se ponga en conocimiento de las autoridades, es decir, desde la denuncia.

El fenómeno de la violencia de género presenta una serie de características y especificidades que exigen de quienes operan en el sistema de justicia un tratamiento especialmente responsable y diligente que debe estar dirigido a la investigación del hecho denunciado así como también a la intervención urgente ante los riesgos adicionales que se suelen presentar en estos casos por el alto índice de reiteración delictiva. (UFEM, 2021, p. 12)

La especialización, tanto en la provincia de Buenos Aires como en el resto de las jurisdicciones, suele darse al menos de dos maneras diferentes. Una es mediante órganos jurisdiccionales especializados, como son las fiscalías tematizadas, ayudantías fiscales, secretarías de género o áreas determinadas, cuyos integrantes tienen conocimientos técnicos específicos sobre la materia y competencia limitada o exclusiva a estos hechos. La otra es la modalidad de procesos de trabajo especializados, que puede aplicarse en el abordaje de causas de violencia por razones de

género e intrafamiliar, y que consiste en establecer procesos de trabajo adaptados específicamente a las características propias de este tipo de fenómeno criminal.

En estos últimos se enrolan los tres actos iniciales de referencia, a los que nos referiremos a continuación.

La denuncia inicial

Comenzando por la forma en la que se toman las denuncias cuando una víctima se presenta ante un órgano a tal efecto, cabe señalar que actualmente en el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, así como en todas las comisarías de la provincia, se encuentra en proceso de implementación un formulario diseñado especialmente para ser utilizado cuando se recepciona una denuncia por violencia de género o intrafamiliar.⁶ Ello implica adoptar un instrumento técnico específico, realizado a partir de una línea de trabajo que se ajusta a las necesidades de la problemática de violencia por razones de género.

Se puso el foco en este acto inicial, teniendo especialmente en cuenta las dificultades aludidas que presenta este tipo de procesos y que hacen patente la necesidad de plasmar en esta primera comparecencia de la víctima ante un organismo del Estado en procura de asistencia la mayor cantidad de información posible acerca de los hechos y su contexto, a efectos de posibilitar un correcto abordaje del caso y una adecuada protección de la persona

⁶ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Procuración General de la provincia de Buenos Aires (2021). Resolución 2209/21. "Formulario de toma de denuncias de hechos de violencia familiar y/o violencia de género en el ámbito familiar".

damnificada. Asimismo, en la medida en que se logre una completa recopilación de información del suceso, se procurará evitar molestias ulteriores a la persona víctima haciéndola revivir episodios del ciclo violento por falencias en la primera intervención.

Este tipo de formato novedoso para la toma de denuncias en hechos de violencia de género e intrafamiliar viene así a facilitar y mejorar el trabajo de los casos en las fiscalías y áreas de género, generando un plus, un aporte en el abordaje de estas investigaciones y en la protección de las víctimas.

La recepción de la denuncia mediante un formulario diferenciado y especializado contiene una adecuada cantidad de preguntas que el agente encargado de recibirla –ya sea judicial o policial– debe procurar realizar a la persona denunciante. Estas, diseñadas por equipos especializados en materia de violencia de género, proveen mucha más información esencial del caso de lo que aportaría una denuncia ordinaria acerca del contexto en que se despliega la conducta violenta, de modo que en las fiscalías se puedan tomar decisiones adecuadas sin necesidad de convocar en forma ulterior a la víctima para aclarar ciertos puntos, o bien quedándose el funcionario actuante en el desconocimiento de ciertos datos relevantes del caso que hubieran determinado una intervención distinta.

La clave es que la denuncia inicial contenga todo lo necesario para la primera actuación fiscal, enriqueciendo y robusteciendo el contenido de las denuncias y mejorando y agilizando el trabajo de las unidades funcionales.

Es importante tener presente que actualmente la violencia por razones de género e intrafamiliar constituye aproximadamente el 35 % de las causas penales iniciadas con autor imputado o sindicado en la provincia de Buenos Aires, lo que implica un porcentaje muy grande de trabajo en las fiscalías de Instrucción y nos habla de la importancia de poner el foco en la labor profesional de las y los operadores judiciales en este tipo de hechos. De allí la razón para implementar un formulario de denuncia nuevo y específico para el mejor abordaje en cada caso de este fenómeno criminal.

El formulario de denuncias aludido contiene, entre otros ítems, información muy importante sobre la víctima –incluyendo, por ejemplo, domicilio de resguardo y posibilidades económicas– así como del agresor, sumando un mayor caudal de datos identificatorios que anteriormente no se preguntaban y tendrán utilidad probatoria. Desde preguntas sobre la composición del núcleo familiar, que facilitan la intervención de otras dependencias –como servicios locales, por ejemplo–, hasta la existencia de procesos anteriores, ya sea en el fuero penal como de familia. Asimismo, prevé preguntas que apuntan a distinguir el tipo de violencia desplegada, el contexto en que acontecieron las agresiones, la situación de vulnerabilidad en que puede encontrarse la persona víctima, las redes de contención con que eventualmente cuenta, entre otros datos de importancia sustantiva en el abordaje de estos casos.

El instrumento, entonces, releva con enfoque de género una mayor cantidad de datos sociodemográficos del caso, y permite asimismo su almacenamiento y procesamiento, lo que no solo es imprescindible para el trazado de políticas públicas desde el

Poder Ejecutivo y Legislativo, sino que además es de utilidad para la planificación de diseños de gestión institucionales tanto respecto de los órganos jurisdiccionales como del Ministerio Público, y, sobre todo, para la labor cotidiana de cada magistrado que aborda casos de violencia por razones de género e intrafamiliar.

Cabe destacar que, conforme lo establece la Convención de Belém do Pará, “con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios” (art. 8.h), nuestro país tiene la obligación de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas e información relevante de los casos de violencia por razones de género.

Complementando el diseño del formulario, existen otros instrumentos que aluden a buenas prácticas en la recepción de la denuncia inicial, de manera que resulte en un acto procesal de calidad.

Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, el Ministerio Público ha elaborado una “Guía de Buenas Prácticas para la Atención Primaria de Personas Víctimas de Violencia por Razones de Género”, en la que se abordan pautas de buena atención para las personas que se acercan a las dependencias del Ministerio Público a realizar una denuncia (o consultas) de este tipo. Este ministerio también ha publicado la guía de investigación en “Violencia de género”, con medidas de investigación sugeridas para todas las etapas del proceso penal que conlleva una causa por violencia de género.

La “Guía de Buenas Prácticas” tiene como objetivo brindar un elenco de

pautas mínimas imprescindibles en tal sentido, en función de su derecho a una atención integral basada en un trato digno y respetuoso, proporcionando un instrumento de consulta y guía, destinado a la atención debida y un buen trato institucional.

(MPBA, 2023, p. 3)

Así, además del formulario de denuncia con su vasta información seleccionada, existen pautas de atención específicas para que los operadores judiciales que toman denuncias por hechos en razón de género tengan en cuenta y utilicen al momento de tratar personalmente con quien denuncia. Resulta fundamental que los operadores realicen las preguntas plasmadas en el formulario, pero ello debe estar acompañado por formas de atención adecuadas para el tipo de situación que están abordando.

En este sentido, la guía contiene pautas para una buena interacción entre operador y denunciante, para una escucha atenta, acerca de la detección de las necesidades de la persona compareciente, sobre el adecuado aporte de toda la información administrativa necesaria para facilitar el camino judicial que inicia quien realiza la denuncia, entre otras cuestiones centrales que propenden a favorecer la confianza de quien denuncia en el sistema de justicia.

Asimismo, tanto la “Guía de Buenas de Prácticas” como la “Guía de investigación” aportan indicaciones respecto a la forma de registración de los procesos penales en los sistemas informáticos; formas de proceder ante ciertas expresiones que se repiten en las declaraciones de las víctimas, especialmente ante la retractación de las

manifestaciones realizadas por una persona víctima de violencia de género; y otras que no resultan exclusivas de las primeras horas de la investigación pero que son de utilidad para llevar a cabo en diferentes momentos del proceso penal.

Finalmente, en relación con el acto de la denuncia especializada para este tipo de delitos, es importante destacar que el formulario que se está implementando en nuestra provincia contiene probablemente como lo más novedoso una escala de predicción de riesgo de violencia grave contra la pareja y una matriz de riesgo, herramientas importantes en este tipo de delitos, que se suman para aportar al abordaje prioritario por parte del fiscal en los casos de alto riesgo de feminicidio o violencia grave.

La evaluación de riesgo

La evaluación o predicción del riesgo en los casos de violencia de género e intrafamiliar es un insumo fundamental reconocido internacionalmente para el abordaje de estos casos, cuya finalidad es adoptar las medidas preventivas urgentes para reducir el riesgo de que la víctima sufra nuevas agresiones.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación N° 35 punto C, de 2017, específicamente señaló que

los Estados partes deben asegurar la prestación de mecanismos de protección adecuados y accesibles para evitar una posible violencia o más actos de la misma, y entre los mecanismos deberían incluir la evaluación inmediata de los riesgos y la protección.

Por otra parte, la relatora especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en su misión en Argentina, señaló que en nuestro país, y específicamente en nuestra provincia, en muchos casos “no se llevaba a cabo una evaluación del riesgo de muerte de la víctima”, por lo que recomendó en su informe establecer directrices a este efecto.⁷

En este sentido, se advierte que muchas veces, tanto cuando se denuncian hechos gravísimos como cuando a priori, por el relato, no revisten tal calidad, pueden darse factores o parámetros objetivos de riesgo que, por su configuración puntual, generen una probabilidad determinada de que el evento se repita y escale en gravedad.

La predicción de un fenómeno futuro se hace combinando informaciones procedentes de la presencia de factores de riesgo y de protección que, en cada configuración puntual, generan una probabilidad determinada que aquel hecho suceda en el futuro y en un escenario probable. Para conceptualizar la evaluación de riesgo se la puede definir como un ejercicio profesional de la predicción de la reincidencia de los actos violentos, maltrato, abuso psicológico, agresiones, aislamiento y control social, acoso, intimidación, humillación y amenazas sobre un miembro de la pareja por parte de su pareja o expareja. (Millán, 2014, p. 4)

Es fundamental, por ello, que tales factores de riesgo estén plasmados en la denuncia inicial, para lo cual es necesario que se pregunte

⁷ Consejo de Derechos Humanos 35º, período de sesiones del 6 al 23 de junio de 2017. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, relativo a su misión a la Argentina, visita que realizó al país entre el 14 y el 21 de noviembre de 2016.

expresamente sobre ellos, de modo tal de dar a los fiscales y los cuerpos técnicos o profesionales especializados el panorama necesario para una correcta ponderación inmediata del caso.

Si pensamos en el alto número de casos diarios que aborda la Justicia penal en relación con la capacidad operativa que posee, contar con la mayor cantidad de recursos e información sobre los parámetros objetivos de riesgo que pueden confluir en un caso desde el momento mismo de la denuncia facilita el abordaje más urgente de aquellos que requieren atención prioritaria. En definitiva, ayuda, orienta y brinda mayor seguridad a las y los operadores para fijar abordajes prioritarios de los casos de alto riesgo para la víctima. Obviamente, esto no marca una directiva inversa, de omitir o demorar la acción en otros casos donde no se observan dichos factores, sino que se trata de una ponderación a realizar a partir de la información recabada caso por caso.

Para realizar la evaluación de riesgo existen diferentes instrumentos metodológicos. Entre los actuariales, en general los más utilizados a nivel mundial son las llamadas escalas de riesgo. Existen, por ejemplo, las escalas del Método Campbell, SARA, ODARA, entre otras. Se trata de procesos que reúnen información vital del caso y que están dirigidos a la toma de decisiones en materia de seguridad en función del riesgo de que se vuelva a producir un acto violento.

Se ha advertido en el desarrollo de estudios sobre la materia, tanto epidemiológicos y de salud pública como criminológicos y del campo sociológico y clínico, que una buena metodología inicial de evaluación de riesgo es importante no solo para proteger eficazmente a la víctima, sino para mejorar la consistencia de las

decisiones pronósticas, de modo que se compongan la aplicación de reglas de combinación estadística, como las que contienen las escalas, con la experiencia profesional y personal de los operadores altamente especializados en la materia.

En el caso de la escala de riesgo incorporada como novedad al formulario de denuncia que se está implementando en la provincia de Buenos Aires –que, vale destacar, no reemplaza la intervención de los cuerpos periciales u organismos técnicos, sino que la complementa–, se trata de una herramienta originalmente elaborada en España por Enrique Echeburúa y Antonio Andrés Pueyo, que a su vez fue ajustada a la realidad bonaerense, creándose una escala amplia para obtener la máxima información posible sobre la violencia en el contexto de parejas o exparejas. Esta evaluación actuarial es entonces aplicable a los casos de violencia en contexto de género e intrafamiliar de cónyuges, excónyuges, parejas, expareja, novios, exnovios –que, según las estadísticas, constituyen aproximadamente entre el 65 y el 70 % de los casos–, completando y acompañando la denuncia inicial (especializada) exclusivamente en este universo de casos.

En estos casos, quien recibe la denuncia –ya sea un agente judicial o policial– completa las preguntas por sí o por no contenidas en la escala a partir de las respuestas que brinda la víctima, que versarán sobre cuestiones atinentes a la situación de la relación (si ha habido separación reciente, acoso o quebrantamiento de orden de alejamiento), al tipo de violencia (si es frente a los hijos u otros familiares, si ha habido aumento en la frecuencia y gravedad, si ha habido amenazas con objetos peligrosos o agresiones sexuales), al perfil del agresor (celos enfermizos, abuso de alcohol, conductas

de crueldad), y sobre la vulnerabilidad de la víctima (por ejemplo, percepción de peligro de muerte en el último mes, intentos de retirar denuncias previas, vulnerabilidad por alguna enfermedad o dependencia), lo que permitirá completar el puntaje previamente asignado por la escala y arrojar una conclusión orientativa sobre el riesgo que presenta el caso.

Por supuesto, la escala es la fotografía de la situación de la violencia de pareja en un momento dado, y será luego analizada y ponderada por los profesionales técnicos y magistrados especializados intervinientes. Se trata de una herramienta predictiva, no diagnóstica, y que cada juzgado y órgano del Ministerio Público podrán valorar a partir de sus conocimientos en la materia, su experiencia, sus equipos técnicos, ponderándola en conjunto con el relato del hecho y los antecedentes del caso.

Se encuentra comprobado, a partir de experiencias en países que implementan este tipo de técnicas combinadas, que la adopción de sistemas de evaluación de riesgo que generen informes serios y fiables permite a los operadores judiciales una intervención más eficiente y con mayores niveles de seguridad, especialmente en aquellos casos que representan mayor riesgo para la víctima.

La finalidad de esta evaluación es realizar una valoración del peligro de femicidio o violencia grave contra la pareja o expareja basada en parámetros de riesgo objetivos, a efectos de proveer a los funcionarios encargados de instruir el delito de género de que se trate (en el caso de la provincia de Buenos Aires, los fiscales) de informes confiables con vasta información del caso para la atención prioritaria y la adopción de medidas de seguridad y de protección

a la víctima en función de la valoración del riesgo, y que además coadyuven al éxito de dicha investigación penal.

Certificación de los antecedentes del caso

Otra actuación fundamental que debe acompañar la denuncia en los primeros momentos de la investigación del suceso en delitos cometidos en contextos de violencia de género, es la certificación inmediata de los antecedentes del caso.

En muchas ocasiones, en especial en contextos de violencia doméstica contra las mujeres, los autores reiteran sus conductas agresivas hacia las víctimas, configurándose distintos delitos a lo largo del tiempo (amenazas, lesiones, abusos sexuales, entre otros), y cada una de estas acciones, que se dan en el mismo entorno, suelen dar inicio a distintas investigaciones y ser registradas en el sistema penal de manera aislada.

Esta dispersión de Investigaciones Penales Preparatorias obstaculiza la posibilidad de los órganos del Ministerio Público y jurisdiccionales intervinientes de ponderar los hechos de manera integral, reforzar la prueba con los elementos contenidos en cada causa, valorar los informes periciales en el contexto general, y puede importar una revictimización de la persona damnificada, quien deberá declarar varias veces y peregrinar por distintas dependencias. Evitarla permitirá una valoración completa del conflicto, la protección adecuada de las personas víctimas, y eventualmente la ampliación del objeto procesal a investigar.

Por ello es tan importante que se registren adecuadamente las causas y que se certifiquen los antecedentes del caso al inicio de cada investigación, en pos de unificar los procesos con las mismas partes involucradas; para lo cual es esencial que se adopten las medidas necesarias para que este relevamiento y acumulación se realice en los primeros momentos de la investigación.

Además de lo que surja del testimonio de la víctima, deben tenerse en cuenta los datos registrados en el sistema informático que posea la dependencia (dentro de las posibilidades, deberán cotejarse los antecedentes nacionales y provinciales, tanto del fuero penal como del de familia), y también es de suma utilidad verificar las medidas cautelares dictadas ante los juzgados de paz o de familia existentes.

Cuando ha intervenido la Justicia de familia o la civil en cuestiones no penales (divorcios, situación de niños y niñas, etcétera), o bien se registran procesos penales anteriores (aun cuando hubieran sido archivados o desestimados), pueden existir elementos de prueba sobre el hecho denunciado u otros anteriores, así como datos relevantes sobre las características del vínculo entre la víctima y el agresor y el contexto de violencia de género (por ejemplo, informes socioambientales, peritajes psicológicos y médicos, presentaciones de las partes, etcétera), que resulten de utilidad para la investigación penal, y las fiscalías deben procurar tomar vista de estos y nutrirse del contenido de sus aportes probatorios.

Una vez recabados los antecedentes del caso, cuando corresponda, deberá procederse a la acumulación de procesos, y si se suscita una cuestión de competencia (lo que debe procurarse evitar),

debe tramitarse por separado, por la vía incidental, así como resolverse rápidamente, evitando que ello demore el dictado de medidas preventivas urgentes.

Conclusión

Como desarrollamos en estas líneas, uno de los principios fundamentales en el abordaje de la violencia por razones de género es la especialización (tanto de los procesos de trabajo como de los agentes judiciales). En este marco, entendemos que una denuncia vasta, completa, con los datos importantes que deben preguntarse de manera adecuada a la víctima para lograr contextualizar correctamente el hecho de violencia de género, sumado al informe de predicción de riesgo grave (actuarial y del equipo disciplinario cuando intervenga) y la certificación de los antecedentes del caso si los hubiere, todos ellos recabados en los primeros momentos de la investigación, son tres de los actos iniciales indispensables (y que se enriquecen entre sí) para dotar de la información necesaria al operador judicial interviniente y brindar un punto de partida idóneo en los procesos penales de violencia por razones de género.

Ello, en la inteligencia de que en estos procesos “la falta de debida diligencia degenera en su impunidad propiciando la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Cardinali y De la Fuente, 2021, p. 400).

Con tal finalidad, ya sea que el modelo de organización en el territorio sea mediante fiscalías o áreas especializadas en violencia de género a cargo de uno o más fiscales, o bien mediante unidades

o dispositivos centralizados de valoración forense y de apoyo a la investigación, la necesidad de llevar a cabo estos actos en las primeras horas de la investigación en pos de procurar la eficiente y oportuna protección de la víctima y la correcta gestión del caso requiere ponderar y disponer la forma más adecuada de asignación de personal y recursos tecnológicos para atender a este objetivo, a la luz de las posibilidades y capacidad operativa del órgano de que se trate.

La gravedad e incidencia de la problemática y el conocimiento acabado de las exigencias de este tipo de procesos impone diseñar en cada contexto la mejor forma de organización posible que permita cumplimentar este tipo de medidas durante las primeras horas de conocido el evento penal, lo que constituye un desafío permanente y de reevaluación periódica y dinámica para las y los operadores judiciales. Así, la adopción de una forma de gestión específica y especializada que contemple las características y necesidades procesales de los procesos de violencia por razones de género, pensada a partir de los datos concretos y en función de las particularidades del fenómeno criminal, sin duda coadyuvará a la respuesta apropiada del sistema penal frente a la víctima y la comunidad.

Referencias

- Bermumdez Valdivia, V. (2021).** *Género y derecho*. Fondo Editorial PUCP.
- Cardinali, G. y De la Fuente, J. (2021).** *Género y Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni.
- Malacalza, L. (2018).** Alcances y dilemas sobre la especialización de la justicia en las causas de violencia familiar y violencia de género. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 20.
- Millan, M. (10 de noviembre de 2014).** Evaluación de riesgo en casos de violencia en la pareja. Análisis comparativo de la metodología aplicada en Canadá, Gran Bretaña y España. *Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40159-evaluacion-riesgo-casos-violencia-pareja>.
- Ministerio Público Fiscal de la Nación. Procuración General de la Nación. Dirección General de Políticas de Género [DGPG] (2018).** Herramientas para la formación de promotoras y promotores territoriales en género. <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2018/11/Herramientas-para-la-formacion-de-promotoras-y-promotores-territoriales-en-genero.pdf>.
- Ministerio Público Fiscal de la Nación. Procuración General de la Nación. Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres [UFEM] (2016).** Guía de Actuación en casos de Violencia Domestica contra las Mujeres. <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Gu%C3%ADa-de-actuaci%C3%B3n-en-casos-de-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf>.

- (2017). Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género. https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2017/08/Ufem_Dossier-2.pdf.
- (2018). Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios). <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>.
- (2021). Pautas de actuación para fiscales ante situaciones urgentes y de riesgo en casos de violencia de género. https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2021/12/UFEM-DOVIC_Pautas-de-actuaci%C3%B3n-para-fiscales-ante-situaciones-urgentes-y-de-riesgo-en-casos-de-violencia-de-g%C3%A9nero.pdf.

Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires [MPBA]

(2020). Violencia de género. Guía de Investigación. <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Violencia%20de%20genero%20-%20Guia%20de%20Investigacion.pdf>.

Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Subsecretaría

de Políticas de Género y Violencia Familiar [MPBA] (2023). Guía de Buena Prácticas para la Atención Primaria de Personas Víctimas de Violencia por Razones de Género. https://www.mpba.gov.ar/files/content/guia%20de%20buenas%20pr%C3%A1cticas_2023.pdf.

Procuración General de la provincia de Buenos Aires (2014).

Resolución 346/14. Violencia Familiar: Reglas de conexión en casos con intervención de varios fiscales.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos

[SCJN] (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf.

El proceso de integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en las decisiones del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 08/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.99>

El proceso de integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en las decisiones del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea¹

The Integration Process of the Gender Perspective and Intersectionality in the decisions of the Criminal Court 1 of Necochea

Mariana Giménez²
Necochea, Buenos Aires

Resumen: Del caso individual al problema estructural, del problema estructural a las reparaciones con vocación transformadora. El presente artículo muestra cómo ha sido el proceso de integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en las decisiones que tomamos en el Tribunal Criminal de Necochea. Sus dificultades y obstáculos iniciales, cómo han ido cediendo o mutando, los

¹ Esta publicación tuvo su génesis con motivo de dos conferencias que me invitaron a dar, una en el Colegio de la Abogacía de La Plata, en la jornada sobre "Perspectiva de género, niñez y adolescencia en el proceso penal" organizada por el Ministerio Público bonaerense el 8 de marzo de 2023 (<https://capacitacion.mpba.gov.ar/index.php/video/1939>), y otra en el Tribunal de Casación sobre "La perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de los delitos de género", junto con la fiscal especializada Genoveva Cardinali, el 11 de abril de 2023, organizada con el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (<https://www.youtube.com/watch?v=uev3mC-DNDw>).

² Jueza del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal y Procesal y Suficiencia Investigadora (Universidad de Sevilla). Docente (Universidad de Buenos Aires). Replicadora de los Talleres sobre Perspectiva de Género y Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Docente de la diplomatura de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires sobre Violencias por Razones de Género y del Curso 2023 sobre Profundización y Actualización de Violencias, Desigualdades y Género. Integrante de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina, de la Asociación Internacional de Mujeres Juezas y de la Red de Mujeres para la Justicia. Correo electrónico: maryg27@yahoo.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4445-4957>.

descubrimientos que ha traído aparejado este proceso, en qué situación estamos hoy, hacia dónde vamos. Y la importancia de la contribución de los tribunales superiores en la evolución y solidificación de este proceso para evitar que se pueda activar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: Perspectiva de género – Interseccionalidad – Proceso de integración – Hitos – Descubrimientos.

Abstract: *From the individual case to the structural problem, from the structural problem to repairs with a transformative vocation. This article shows how the process of integrating the gender and intersectionality perspective in the decisions we make in the Criminal Court of Necochea has been. Its initial difficulties and obstacles, how they have given way or mutated, the discoveries that this process has brought about, where we are today, where we are going. And the importance of the contribution of the higher courts in the evolution and solidification of this process to prevent the activation of the inter-American system of protection of human rights.*

Keywords: *Gender perspective – Intersectionality – Integration process – Milestones – Discoveries.*

Punto de partida³

Nuestro punto de partida data del año 2012.⁴ Antes no aplicábamos la perspectiva de género. Sin embargo, la mayoría de las decisiones que tomábamos eran compatibles, consistentes con ella, porque estaban impregnadas por una fuerte intuición de la noción de igualdad como no sometimiento de grupos desaventajados.⁵

En educación hay un mito que establece que el saber es suficiente para el hacer. Si uno tiene suficiente conocimiento, la acción es obvia y simple. Sin embargo, en el mundo real es diferente: el saber no garantiza el hacer, y menos en cuestiones de género. Nuestra experiencia en el Tribunal Criminal N° 1 de Necochea nos demostró que hacer no es tan fácil como se cree y que el aprendizaje normativo tampoco es suficiente para el hacer si no desarrollamos las capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana, en particular, para reconocer las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos.⁶

³ Agradezco a mi mentora Valeria Morris por la profundidad de sus miradas, aportes, sugerencias y traducciones.

⁴ El primer contacto con la perspectiva de género en Necochea fue gracias a la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Ministerio Público Fiscal y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en virtud de un taller en el marco del programa desarrollado durante 2011 sobre la incorporación de dicha perspectiva en la Justicia.

⁵ Perspectiva constitucional de igualdad real (Saba, 2016).

⁶ Corte IDH, "Campo Algodonero vs. México", del 16 de noviembre de 2009, párr. 540. En la misma línea, Cardinali (2023).

A partir de los casos individuales de violencia de género que me tocó juzgar,⁷ a partir de escuchar activamente a las víctimas, sus distintas experiencias, y mirar más allá de sus palabras, fuimos adquiriendo la capacidad de reconocer los distintos tipos de violencia de género y sus modalidades, como expresión de las relaciones de poder histórica y sistemáticamente desiguales entre hombres y mujeres (mayoritariamente), según roles de género asignados culturalmente. Fuimos visibilizando las violencias y reparándolas en los procesos judiciales, proponiendo herramientas para desandar el camino de impunidad imperante en este tipo de crímenes.

Como se verá en este abordaje historiográfico, este proceso –sobre todo a partir de la utilización de una herramienta argumentativa: “la cita en bloque”– nos empezó a revelar el problema estructural de esta clase de violencia con mayor nitidez, y con la ayuda de herramientas teóricas empezamos a detectar estereotipos y falsas creencias que sostienen la cultura patriarcal, a corregirlos y compensarlos a través de las reparaciones con vocación transformadora. También comenzamos a ver su transversalidad, lo que implica que la necesidad de juzgar con esta perspectiva no se limita a la violencia intrafamiliar, al abuso sexual o al feminicidio, ni a una etapa específica del proceso, extendiéndose no solo a otras competencias del tribunal, sino a todos los ámbitos del derecho.

Este proceso también evidenció que esas desigualdades se acentúan cuando las personas, además de la cuestión de género, sufren

⁷ Más del 70 % eran casos de violencia sexual traídos a juicio como delitos de abuso sexual, subsumidos en los distintos tipos penales del título III capítulo II del Código Penal, y cuyas víctimas mayoritariamente eran mujeres menores de edad y sus victimarios, varones de entre 19 y 74 años.

otra u otras situaciones de vulnerabilidad a la violencia. La interseccionalidad⁸, aplicada a esta temática, implica la interacción de dos o más factores sociales en una persona, como el género y la etnia, la raza, la ubicación geográfica, la edad, entre otros. No afectan a una persona de forma separada, sino que se combinan de distintas maneras, generando desigualdades diversas. Las combinaciones de factores sociales en las personas generan experiencias específicas y se enfrentan a desafíos particulares produciendo desigualdades más profundas.

En las etapas más avanzadas de este proceso pudimos empezar a conceptualizar lo que hacemos (Giménez, 2021, 2022), con la ayuda de herramientas teóricas.⁹

Enfocándonos en nuestra función, la perspectiva de género implica una hermenéutica jurídica correctora que ayuda no solo a comprender las desigualdades estructurales que todavía existen en nuestra sociedad entre hombres y mujeres, sino también a trazar estrategias jurídicas a fin de hacer efectiva la igualdad adecuando la normativa sustancial y procesal al *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

En la mayoría de nuestros casos, las víctimas, además de mujeres, son menores de edad. Esta combinación de factores nos obliga a integrar también la perspectiva de niñez, y este proceso interseccional com-

⁸ El término interseccionalidad se volvió de uso común a partir de 1989, cuando fue utilizado por la jurista y profesora afroamericana Kimberlé Crenshaw. Véase https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=es.

⁹ Recién a partir del caso “Olivares”, del 2 de agosto de 2020, se empezó a hablar en las sentencias de juzgar con perspectiva de género como metodología jurídica.

binado implica incorporar una mirada integral frente a situaciones en las que se encuentran involucradas niñas y adolescentes, respetando su subjetividad, para trazar estrategias jurídicas a fin de hacer efectivos sus derechos, adecuando la normativa sustancial y procesal al *corpus iuris* internacional en materia de niñez, cuyos principios rectores¹⁰ nos guían para identificar las medidas especiales necesarias.

La perspectiva de género e interseccionalidad no es una moda ni una elección personal; su integración es una obligación convencional asumida por el Estado argentino mediante la ratificación y jerarquización constitucional de normas de derecho internacional en materia de derechos humanos.

Los seis hitos iniciales¹¹ en el desarrollo de esta perspectiva, que expondré a continuación, acontecieron entre los años 2013 y 2015 y sentaron las bases para la integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en nuestro tribunal. Repasarlos nos ayuda a comprender con mayor profundidad la problemática.¹² Y esa comprensión es el principio de la solución.

¹⁰ Ellos son el principio de no discriminación; de interés superior; de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, de respeto a la opinión de niñas, niños y adolescentes en todo procedimiento que les afecte de modo que se garantice su participación en lo que resulte pertinente. Además, la obligación estatal de debida diligencia reforzada no solo abarca las medidas de protección reforzada antes y durante todo el proceso, sino también con posterioridad al mismo, de ser necesarias.

¹¹ Se relacionan con el valor de la palabra de las mujeres, el análisis interseccional combinado, la neutralidad empática, resistencias, obstáculos e intentos de minimización de esta clase de violencia, los estereotipos, el problema estructural de esta clase de violencia, las reparaciones y la violencia digital.

¹² Ello, sin perjuicio de otros hitos que siguieron y que se relacionan con otros aspectos procesales, de las leyes de fondo, con otras combinaciones de análisis interseccional, con la búsqueda de una metodología de juzgamiento, con el rol de las y los asesores de personas menores de edad y con discapacidad en el proceso penal, con la incorporación del lenguaje género-sensitivo, la obligación de debida diligencia reforzada y sus fases, la práctica de *backlash*, entre otros, cuyo desarrollo, por razones de espacio, quedará fuera de esta entrega.

Hito 1. El valor de la palabra de las mujeres

Nuestro primer hito es el precedente “Rodríguez”,¹³ un caso de abuso sexual con acceso carnal dentro de una unión convivencial enmarcada en un contexto de violencia de género. La víctima, N., era una señora de 62 años, y su pareja, un señor de 47 años. Esa noche ella no quería tener relaciones sexuales y, ante la insistencia de él, le dijo: “Hacelo de una vez y dejame dormir”. Pero le hizo saber que la estaba lastimando. Resultó lesionada con desgarró vaginal y profuso sangrado, y tuvo que ser hospitalizada y suturada; corrió riesgo su vida. La defensa hizo eje en la menopausia de la víctima, su falta de lubricación, sostuvo que soportar implica consentir por débito conyugal, que no hubo una seria y constante resistencia ni pedidos de ayuda.

Esta es la primera sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea en la que expresamente comenzamos a integrar la perspectiva de género, cuyo veredicto condenatorio y sentencia unánimes datan del 22 de abril de 2013, confirmados por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires Sala VI el 29 de agosto de 2014, con un voto del juez Ricardo Maidana, de cuya sentencia voy a destacar cinco puntos:¹⁴

¹³ Causa 4921-0230 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea (juez Mario A. Juliano y juezas Luciana Irigoyen Testa y Mariana Giménez) y 58.758 de la Sala VI del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires Daniel F. Soria, en una conferencia dada el 20 de abril de 2023 en el Colegio de Magistrados y Funcionarios de Necochea, se refirió a la diferencia entre antecedente y precedente y dijo que una sentencia se convierte en precedente una vez que es utilizada para resolver otro caso similar; y ello ocurrió con esta sentencia: *el valor de la palabra de N.* sirvió para resolver innumerables casos posteriores.

¹⁴ La mayoría de ellos incluidos en el análisis que de esta sentencia realizó la codirectora de la diplomatura en género de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Julieta Cano, en “Herramientas para el abordaje jurisdiccional de las violencias por razones de género” (2021).

- Es el primer caso que se enmarca como violencia de género. Si bien para quienes estudiamos estos temas resulta una cuestión sencilla, aún existen muchas resistencias hasta para pensar la posibilidad de violación dentro de una relación de pareja.¹⁵
- Remite al *valor de la palabra de las mujeres* en estos casos e introduce el concepto de violencia institucional para calificar prácticas revictimizantes. Nos dice cómo debe valorarse esa palabra: con especial cautela, otorgando relevancia al testimonio de la mujer, que no puede ser soslayado o descalificado, dado que ello constituiría otra forma de violencia la institucional. No debe prescindirse de sus manifestaciones, sino que las mismas deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias que acrediten o disminuyan su fuerza. Su palabra es fundamental y necesaria.
- Se solidifica el abordaje con las dos convenciones (CEDAW y Belém do Pará) que protegen a las mujeres y con jurisprudencia

¹⁵ Además de tipificar el delito penal de abuso sexual con acceso carnal, se acreditó un contexto de violencia de género también del tipo físico y psicológico padecido por la víctima dentro de una relación de pareja mediando convivencia, no contenido en el tipo penal, que se encuadró en la definición de violencia de género convencional (arts. 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará) y legal (arts. 4, 5 y 6 de la Ley N° 26.485). En materia de abuso sexual con acceso carnal, el Código Penal argentino, en su artículo 119, no hace diferenciación, invisibilizando la violencia por razones de género, por eso es muy importante haberle dado este encuadre. Como sostiene Kimberlé Crenshaw, cuando los hechos no encajan con los marcos disponibles (en este caso no había un tipo penal que los contemplase en toda su extensión), las personas tienen dificultades para incorporar nuevos hechos en su forma de pensar sobre un problema. Cuando no hay un nombre para el problema, no podemos ver el problema, y cuando no se puede ver un problema, prácticamente no se puede resolver. Un marco de referencia parcial (abuso sexual con acceso carnal) distorsionaba el caso (dejando fuera del tipo penal el contexto de violencia de género dentro del cual la violación aconteció). Por ello, es deseable una reforma legislativa del tipo penal en cuestión.

de la Corte IDH, resaltando la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género por sus implicancias.¹⁶

- Se introduce la categoría conceptual del círculo de la violencia.¹⁷
- Se previenen estereotipos, falsas creencias en torno a cómo debe ser el consentimiento del acto sexual dentro de una relación de pareja. Se sostuvo que la postura adoptada por el defensor reveló concepciones estereotipadas que el Estado argentino se ha comprometido a erradicar –intentó minimizar una historia precedente y círculo de violencia que edificaron el resultado anunciado de la violación– y así promovió la objetivación del cuerpo de la mujer.¹⁸ El hecho de que hayan sido soportadas por la víctima no convierte esas relaciones en algo consentido, porque “soportar no significa consentir”.¹⁹

¹⁶ “La impunidad envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia”. Corte IDH, “Campo algodonero vs. México” (2009); “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” (2018); “Angulo Losada vs. Bolivia” (2022), entre muchos otros. En esta línea, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, del 3 de marzo de 2022, fallos 345:140.

¹⁷ Explicación teórica formulada por la psicóloga Lenore Walker en Estados Unidos en 1979. Lo profundizaremos luego, en el caso “Hernández”, del 26 de septiembre de 2017, causa N° 5.669 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, disponible en https://inecip.org/wp-content/uploads/2020/08/INECIP-Feminismos_Herramientas-Jurisprudenciales_FINAL.pdf.

¹⁸ Afirma Donna (2018) que lo que ha pasado en el delito sexual es que el autor ha decidido por las suyas que la “otra” es un objeto y que lo adquiere o lo usa a su antojo. La otra ya no será persona, sino solo un objeto en el mundo del agresor, y cada acción tiene su disvalor ya objetivo, ya subjetivo, porque la víctima, a pesar del agente, sigue siendo persona, con su dignidad, luego, cada acto es un delito.

¹⁹ En consonancia con el artículo 5.3 de la Ley N° 26.485; el artículo 36 del Convenio de Estambul (2011), que proporcionó la primera definición jurídicamente vinculante en el derecho internacional sobre violencia sexual, incluida la violación, identificando el consentimiento como un elemento central del delito de violación sexual y su aplicación contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales. De La Fuente (2021) sostiene que todos los medios de comisión del delito previsto por el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal representan supuestos de ausencia de consentimiento válido y, en rigor de verdad, pueden resumirse en la última frase que contiene el tipo: “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”, pues todo acto sexual no consentido constituye un abuso, cualquiera sea la causa de la falta de consentimiento válido.

Muchas veces este elemento, el consentimiento,²⁰ no ha sido tomado en cuenta con el debido cuidado por los tribunales, no solo a nivel local, sino también en la región y en el mundo.²¹ Lamentablemente ello sigue ocurriendo.²²

²⁰ Véase la Recomendación General N° 3 del Comité de Expertas del MESECVI, “La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género”, de 2021. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90597-recomendacion-gral-ndeg-3-del-mesecvi-figura-del-consentimiento-casos-violencia>.

²¹ La “revuelta de la tanga” se dio contra una sentencia absolutoria de violación que sostuvo la cultura que tiende a culpabilizar a las víctimas en el sistema judicial atendiendo a su manera de vestir. En este caso, ocurrido en Irlanda, en un tribunal de la ciudad de Cork Sur, mediante juicio por jurado en noviembre de 2018, se resaltó que la víctima llevaba una tanga con un lazo por delante. Véase <https://www.dw.com/es/irlanda-revuelta-del-tanga-contra-sentencia-machista/a-46337592>. “EndNotProven” es una campaña lanzada en 2018 por Rape Crisis Scotland y Miss M, quien luego de un veredicto no probado en un juicio penal en 2015 demandó con éxito a Stephen Coxen en los tribunales civiles, lo que fue la primera acción civil en casi cien años por daños y perjuicios por violación luego de un procesamiento penal fallido. Excepcionalmente, Escocia tiene tres veredictos: culpable, no culpable y no probado. Los últimos dos tienen el mismo impacto: ambos son absoluciones, y no hay consecuencias legales para el acusado si obtiene un veredicto de no probado. El veredicto de no probado se usa de manera desproporcionada en casos de violación. En 2019-2020, solo el 43,48 % de los casos de violación e intento de violación resultaron en condenas, la tasa más baja para cualquier tipo de delito. No probado compuso el 44 % de las absoluciones por violación e intento de violación, en comparación con el 20 % para todos los delitos y faltas. El veredicto de no probado tiene exactamente el mismo impacto que el de no culpable, y puede ser igualmente angustioso para el denunciante. Existe evidencia de que los jurados pueden mostrarse reacios a condenar en casos de violación y que las nociones preconcebidas de cómo debe reaccionar alguien ante una violación pueden afectar su toma de decisiones. Hay una preocupación real de que la existencia del veredicto de no probado dé a los jurados en los juicios por violación una salida fácil y contribuya a que las personas culpables queden libres. En septiembre de 2022, el primer ministro de Escocia anunció la introducción de un proyecto de ley de reforma de la justicia penal que, de aprobarse, aboliría este veredicto. En abril de 2023, el gobierno publicó el proyecto de ley de reforma de víctimas, testigos y justicia. Cada juicio por violación que concluye como no probado tiene el potencial de afectar el acceso a la justicia de los sobrevivientes. Véase <https://www.rapecrisisscotland.org.uk/campaigns-end-not-proven/>.

²² Es ilustrativa y muy importante para evitar la activación del sistema interamericano la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso “Angulo Losada vs. Bolivia”, del 18 de noviembre de 2022, sobre la importancia del consentimiento en los delitos de violencia sexual (párrs. 134 a 156), el análisis interseccional combinado entre género e infancia/adolescencia y las reparaciones. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf.

Nuestro primer hito fue publicado en varios ámbitos²³ y forma parte de la metodología de juzgamiento que aplicamos a estos casos en el Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, tanto en veredictos y sentencias de juicio oral como de juicio abreviado. En febrero de 2019 elaboré la “Instrucción Rodríguez” para explicar al jurado cómo valorar la palabra de las mujeres en estos casos.²⁴

Hito 2. La violencia de género y la infancia por medio de la tecnología digital

El primer paso sobre esta temática lo dimos con el caso “Fragosa”, cuyos hechos datan del año 2011 (entre el 3 y el 13 de agosto). En dicha síntesis, se verificó un ciberacoso sexual corruptivo y mediante engaño de una niña de ocho años por parte de un hombre de veintiséis, quien, utilizando una apariencia de niña con el seudónimo “Sole Gómez”, contactó vía internet desde su PC, ubicada en su domicilio de Zárate, provincia de Buenos Aires, utilizando una cuenta de correo electrónico, a la niña a través de su computadora, ubicada en su domicilio de Necochea, provincia de Buenos Aires, y mediante

²³ En la revista de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, *Juntas Somos Más* N° 8 (2014); en el 24° Encuentro Nacional de AMJA (2017); en el primer boletín de *Herramientas jurisprudenciales para el litigio con perspectiva de género*, del Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales y Sociales (2020); entre otros.

²⁴ “Frente a la violencia de género, la valoración del testimonio de la mujer víctima debe hacerse con especial cautela. En este tipo de casos, no se puede dejar de lado ni descalificar la declaración de la víctima, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional. No debe prescindirse de sus manifestaciones sino que las mismas deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito/valor o la inconsistencia mediante su confrontación con las demás pruebas que acrediten o disminuyan su fuerza, su valor. En estos casos su palabra es fundamental y necesaria”. La utilicé en los juicios por jurado realizados en los casos “Ortega” (causa N° 5.776, del 1 de marzo de 2019) y “Morales” (causa N° 6.350, del 11 de julio de 2022), con muy buenos resultados. Escribí sobre el tema cuando había cierta resistencia a que las y los jueces técnicos instruyéramos con perspectiva de género al jurado –actualmente es aceptado–, por lo que me enfoqué en sus fundamentos (Giménez, 2021).

la utilización de Messenger le enviaba mensajes de contenido sexual y lenguaje obsceno con evidentes fines corruptivos, al mismo tiempo que mails con fotografías con contenido de personas menores de edad desnudas y manteniendo relaciones sexuales entre sí.²⁵

El Tribunal Criminal N° 1 de Necochea dictó veredicto condenatorio por unanimidad y sentencia el 5 de junio de 2013,²⁶ donde calificó legalmente los hechos como constitutivos del delito de promoción de la corrupción de menor de edad agravado por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño en calidad de autor penalmente responsable (artículo 125, segundo y tercer párrafo, del Código Penal). El tribunal se dividió en relación con la sanción a imponer: mientras la posición mayoritaria fijó la pena en el mínimo legal – esto es, diez años de prisión–, la posición minoritaria propició una pena por debajo de ese mínimo.

En la época del hecho y del veredicto y sentencia no existía tipo penal conteniendo la facilitación de estos hechos por el uso de las nuevas tecnologías y que visibilizase la violencia de género e infancia combinada bajo la modalidad telemática o en línea, no obstante tales factores sociales combinados generan desigualdades más profundas.²⁷

²⁵ En el juicio se acreditó que el victimario organizó una identidad falsa; tomó un nombre y fotografías apócrifas simulando ser una niña; creó una cuenta de correo electrónico coincidente; tapó el lente de su cámara web para ocultar su verdadera fisonomía de hombre adulto; encriptó con claves el material pornográfico de personas menores de edad; y simultáneamente mantenía una cuenta de correo y de Facebook con su verdadera identidad, correspondiente a un hombre con vida familiar, afectiva y laboral acorde a su edad y circunstancias. La pericia psicoinformática concluyó que este doble ocultamiento o doble personalidad encubierta tenía por finalidad procurar su impunidad, sin dejar huellas.

²⁶ Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/tribunal-criminal-local-buenos-aires-fragosa-leandro-nicolas-corrupcion-menores-agravada-fa13010113-2013-06-05/123456789-311-0103-1ots-eupmocsollaf>.

²⁷ Sin perjuicio del proyecto de ley para penalizar el “grooming” que tenía media sanción en el Congreso de la Nación. Expte. S N° 2174/11 y del art. 128 del C.P.

En esa línea, valoramos como agravante de pena la comisión del hecho ilícito mediante el uso de internet. Dijimos, a través del voto de la jueza Luciana Irigoyen Testa, que ello genera una mayor impunidad y una facilidad de ingreso al ámbito de privacidad y cuidado de una menor, que se halla expuesta virtualmente a los acosos y ultrajes desde el seno de su hogar.

También en esa línea, la promoción de la corrupción de personas menores de edad realizada a través de nuevas tecnologías, acreditada en el caso, generó una variación de criterio en dos integrantes del tribunal, coincidiendo, a partir de este caso, de manera unánime, que el tipo penal no requiere la efectiva producción de un resultado corruptor, bastando la realización de actos tendientes a su logro.²⁸

Se comenzó a integrar la perspectiva de infancia y el impacto de las nuevas tecnologías, sin embargo, el tribunal perdió una oportunidad de visibilizar la cuestión de género que también lo atravesaba,²⁹ invisibilizada también en el tipo penal aplicado.³⁰

²⁸ Actos idóneos para interferir en el desarrollo sexual de la víctima menor de edad, para alterar su salud sexual. En idéntico sentido, el caso “Vera”, del 17 de noviembre de 2021, del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, sentencia del 29 de noviembre de 2022 del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III.

²⁹ Solapada con el engaño mediante el cambio de identidad del victimario, quien llamaba a la víctima “trola”, “trolita”, “putita”, etcétera, haciéndose pasar por otra nena.

³⁰ Una legislación mejor y más completa es necesaria, pero también es imprescindible tener una educación más efectiva en las escuelas y una capacitación judicial que analice las relaciones y la privacidad digital. Se necesita mayor protección legal y cultural (Cardinali, 2023). En el caso “Estarli y Smoulenar”, causa N° 6.417 sobre homicidio simple, con juicio por jurado, si bien el hecho juzgado no implicaba directamente la problemática de violencia de género, sí lo hacía de modo indirecto: en situaciones contextuales se visibilizaron estas cuestiones en pleno debate y tuvieron implicancias a la hora de abordar y valorar determinados testimonios y audios de WhatsApp, lo que motivó robustecer las instrucciones finales impartidas al jurado, con instrucciones específicas sobre cómo juzgar con perspectiva de género, cómo valorar la prueba sin estereotipos de género, los tipos y modalidades de violencia de género incluyendo la violencia digital, sobre retractación, debida diligencia reforzada y evidencia digital, su valor probatorio. Luego, en la sentencia dictada el 15 de mayo de 2023, se propusieron medidas educativas como garantías de no repetición que generaron el 17 de mayo de 2023 una instrucción por parte de la Fiscalía General Departamental. Mediante la ley Olimpia 27736, (publicada en B.O. del 23/10/2023), se modificó la ley 26.485 incorporando la violencia digital o telemática.

La Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires,³¹ el 18 de marzo de 2014, dictó sentencia rechazando el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Durante la etapa recursiva se sancionó la Ley N° 26.904 (publicada en el Boletín Oficial el 11 de diciembre de 2013), que incorporó al Código Penal el delito de “grooming”, estableciendo:

Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. (art. 131)

Sostuvo el juez Natiello que esta nueva conducta disvaliosa es anterior –conforme se desprende de su redacción– a las demás figuras previstas en el título V, entonces, configurada la misma, inexorablemente remite a verificar si se ha concretado –además– el correspondiente delito contra la integridad sexual cuyo propósito tenía. Advirtió que la escala penal establecida resultaba menor a la aplicada en el caso, mas –frente a un eventual planteo de retroactividad de la ley más benigna– en este caso –en el que se acreditó el *grooming* corruptor de la menor– esa eventual aplicación no resultaría más benévola sino todo lo contrario, más gravosa, por las reglas concursales.

³¹ A cargo de los jueces Carlos. A. Natiello y Mario E. Kohan.

Los criterios sentados en este caso fueron consolidados por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, mediante sentencia del 24 de agosto de 2016.³²

Hito 3. La primera resistencia: sin lesiones no hay violación

Nuestro hito siguiente es el caso “Correa”³³ sobre violencia sexual, psicológica,³⁴ física,³⁵ intrafamiliar y crónica desde 2007 hasta 2011. La víctima, M., era una niña de entre 8 y 12 años, y su victimario, su progenitor afín, de entre 39 y 43 años. No se constataron lesiones ni rastro físico. Su mamá no le creía; la nena se lo venía contando hacía un año y esta le decía que estaba loca. El develamiento informal se prolongó en el tiempo, pudiendo M. contarlo en la escuela, en un taller sobre violencia y derechos humanos.³⁶ El abuso intrafamiliar tiene un impacto mayor, se pervierte el sentido de la familia, que debe contener, cuidar a la niña. M. no podía confiar y estaba en permanente estado de alerta. La denuncia le costó la separación de su familia; primero fue a lo de una vecina y luego a un hogar sustituto. En su relato en cámara Gesell había detalles sexuales incom-

³² Causa P.123.084, jueza Hilda Kogan y jueces Daniel F. Soria, Eduardo N. de Lázari y Eduardo J. Pettigiani.

³³ Causa N° 5090-0368 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea y 18.560 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.

³⁴ M. relató amenazas de muerte, pacto de silencio.

³⁵ M. relató haber sido atada de pies y manos una vez y que en otras oportunidades la golpeaba e intentaba penetrarla vía vaginal y anal, aún con la patología que ella padece en su zona genital: fusión de sus labios menores.

³⁶ La mamá de M., pareja del victimario, negó que la menor le hubiera contado. Dijo varias veces que M. siempre mintió como todo chico, que nunca le ha creído. Que puede tener un problema psicológico porque nació con un hematoma en la cabeza. Creyó que alguien *le llenó la cabeza* a la nena para hacerles mal y sindicó a la directora de la escuela –a quien antes M. se lo había contado– y a una vecina –que había escuchado gritar a M. y visto cuando, llorando y asustada, le decía a su mamá que su papá la tenía atada de pies y manos–.

prendidos –información sexual que ella no lograba comprender–, más otros indicadores constatados: pesadillas, falta de control de esfínteres, retraso escolar, falta de relación con sus pares.

El tribunal en ese entonces lo integrábamos dos mujeres y un varón, y a partir de este caso se dividió en torno al valor de la palabra de las mujeres cuando no presentaban lesiones.

La posición minoritaria sostuvo que no le alcanzaba con creerle a la víctima, que su sola declaración no alcanzaba para condenar, y en consecuencia propuso la absolución.³⁷

La posición mayoritaria descartó que la víctima hubiera mentido y que su declaración testimonial fuera la única prueba contra el imputado. Se dictó veredicto condenatorio por mayoría y sentencia también por mayoría el 27 de febrero de 2014. En el mismo sentido se expidió la Sala III del Tribunal de Casación, mediante sentencia confirmatoria del 4 de diciembre de 2014.³⁸ En este caso se analizaron, en el testimonio de la víctima, las notas de credibilidad subjetiva y objetiva y la persistencia en la incriminación con perspectiva de género e infancia –lo que hoy llamamos análisis interseccional combinado–.

³⁷ En el ámbito académico, Marcelo Sancinetti inauguró una serie de trabajos con la tesis de que las palabras no son prueba suficiente de la materialidad del hecho. Para el reconocido catedrático, las antiguas reglas probatorias se basan en principios muy razonables que reconocen una amplia tradición cultural, de allí que “una condena basada en un testimonio único –y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso– nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una *certeza personal*, que no sea por vía de un *'pálpito o corazonada'*”. En la misma línea se han expresado Mario Juliano y Gustavo Vitale, quienes, teniendo como punto de referencia los casos de violencia de género, cuestionaban que los jueces tengan por probado un delito solo con la palabra de quien dice haber sido víctima. De acuerdo con su postura, estas condenas someten a los imputados a un trato más severo y discriminatorio, comparable con la quema de brujas en la inquisición. Véase Di Corleto (2019).

³⁸ A cargo de los jueces Víctor H. Violini y Ricardo Borinsky.

Con el devenir de los casos similares, es decir, sin lesiones constatadas, que representan más del 56 % de los casos sobre abuso sexual subsumidos en los distintos tipos penales del título III capítulo II del Código Penal, en distintas modalidades e intensidades que me tocó juzgar desde 2009, venimos proponiendo, renovando, refinando herramientas conceptuales, de análisis y argumentativas,³⁹ algunas de las cuales no son propias de las disciplinas jurídicas sino más bien de las ciencias sociales –psicología, antropología, trabajo social, sociología, etcétera–, a partir de las cuales se puede hallar información de calidad respecto de esas notas/características que en principio debe reunir el testimonio de la víctima: credibilidad objetiva y subjetiva y persistencia en la incriminación para valorar estos testimonios de una manera eficaz, respetuosa de los derechos de las víctimas y de los imputados. Herramientas tales como:

- El análisis profundizado e integral del contexto en el que ocurrieron los hechos.⁴⁰

³⁹ Con un trasfondo común de prejuicios, pero con la posibilidad de regionalizar una respuesta desde el campo jurídico, a futuro, la agenda de la renovación debe estar orientada a refinar herramientas del razonamiento judicial. Véase Di Corleto (2022).

⁴⁰ Que profundice en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres para analizar, en todos los casos, la posible falta de consentimiento u otros factores que pudieran presentarse en el mismo, como la diferencia de edad, la superioridad jerárquica, la influencia de líderes religiosos o de otra índole, la necesidad económica, etcétera, así como el uso de la fuerza o la amenaza de usarla, la coacción, el temor a la violencia o a las consecuencias, la intimidación, la detención, la opresión psicológica, el abuso de poder, la incapacidad o edad de la víctima. Véase la Recomendación General N° 3 de MESECVI, ya citada.

La comprensión en los diferentes ámbitos y contextos en los que se registra la violencia sexual permite dar cuenta de la relación entre víctimas y agresores, los móviles y las circunstancias en las que ocurren estos delitos. Debe hacerse un examen/abordaje integrado, no aislado de su entorno, mirar más allá del hecho puntual restringido por la ley penal. La jurisprudencia de la Corte IDH recoge la idea de que las pruebas deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo. Lo estructural de esta violencia determina un contexto especial de ocurrencia que debe ser incluido en el análisis probatorio. Véase el *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual (2023)* de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, disponible en https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2023/04/UFEM-Protocolo_de_investigacion_y_litigio_de_casos_de_violencia_sexual.pdf.

- La recreación del *contexto en el que las víctimas se animan a contar el abuso*, es decir, el develamiento informal, su proceso más allá de los dichos que contiene (qué lo dispara, cómo, en qué circunstancias, a quién/es, cuándo, dónde), impactando fundamentalmente en la nota de credibilidad subjetiva.⁴¹ La casuística es múltiple.^{42,43}

⁴¹ La ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusadora-acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre, conforme sentencia 1029/1997 del Tribunal Supremo Español, Sala 2º en lo Penal, del 29 de diciembre de 1997. En el caso "Guas", causa N° 6.379, del 6 de noviembre de 2022, se descartó el falso síndrome de alienación parental planteado, con la declaración de la perita María Laura Brisighelli, y se destacó la genuinidad evidenciada en el develamiento informal de la víctima en función de lo que disparó ese develamiento: el hecho de recibir la comunión y la necesidad de tener el corazón limpio, le dijo la chiquita a su mamá cuando le contó los abusos que padecía de parte de su pareja, además de la ayuda de los medios de comunicación visibilizando otros casos, así como también un pedazo de torta con hormigas que tenía la psicóloga tratante sobre su escritorio, que activó la sensación de hormigueo y así pudo empezar a develarle los abusos sufridos luego de tres meses de tratamiento psicológico.

⁴² Comparto otros ejemplos que desataron estos develamientos: cuando empiezan un noviazgo; dolor de panza; embarazo; sangrados; ardores; problemas para ir al baño, las más chiquitas; mensajes y llamados en un celular olvidado; cartas manuscritas; madres contenedoras/amigas vs. intentos de suicidio/fugas del hogar; una prima y una tía que advirtieron la relación de subordinación de su prima/sobrina con su victimario (padre adoptivo); en otro caso, cuando el victimario le saca una foto desde un ventiluz del baño mientras la víctima se estaba bañando; la escuela: la Educación Sexual Integral (Ley N° 26.150, de 2006), teniendo en cuenta que en más del 71 % de mis casos las víctimas tenían entre tres y doce años, vino a cumplir un rol muy importante en estos develamientos.

⁴³ En relación al estado emocional y gestual, su credibilidad no se verá menoscabada si no muestran estrés o sensibilidad frente a lo sufrido. Para la cultura patriarcal, una víctima real de violación irá a buscar ayuda en forma inmediata y se mostrará extremadamente avergonzada y afligida por lo sucedido y su relato será rico y preciso en detalles, de lo contrario mienten, sin embargo, ello es una falsa creencia conforme Di Corleto (2022) y nuestra base estadística.

- La recreación de la *ruta crítica* que han tenido que vivenciar hasta llegar al juicio y en algunos casos también durante la tramitación del proceso.⁴⁴ Los obstáculos que se identifican en las rutas críticas de las víctimas de violencia sexual al momento del develamiento informal o de interponer una denuncia.⁴⁵ La protección especial que debemos brindar a las víctimas de este tipo de delitos no debe confundirse con un sesgo, sino que es una obligación convencional reforzada y estricta. La contracara de la ruta crítica ha sido definida por la Corte IDH como “neutralidad empática”. En el caso “Brisa Angulo Losada vs. Bolivia” (2022) introduce este concepto, tomado de uno de los peritajes (perito Cillero). La presenta como un modo (exigido) de acercamiento de los operadores judiciales a las víctimas de situaciones de violencia sexual.

⁴⁴ Esta herramienta ha sido propuesta y muy bien tratada por Pascual Escalada (2021). La hemos utilizado en el caso “Fraile”, causa N° 6.230, del 2 de febrero de 2022, confirmada por la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, el 23 de mayo de 2023.

Monserrat Sagot Rodríguez, socióloga costarricense especialmente conocida por sus trabajos sobre violencia contra las mujeres y las niñas, fue pionera en la investigación en “Centro América s/ femicidio”. En 2010 publicó la primera investigación sobre femicidio en Costa Rica. En su informe sobre estudio de casos en diez países de América Latina (2000), la define de la siguiente manera: “La ruta crítica es un proceso que se construye a partir de la secuencia de decisiones tomadas y acciones ejecutadas por las mujeres afectadas (por violencia intrafamiliar) y las respuestas encontradas en su búsqueda de soluciones. Este es un proceso interactivo constituido tanto por los factores impulsores e inhibidores relacionados con las mujeres afectadas y las acciones emprendidas por éstas como por la respuesta social encontrada, lo que a su vez se convierte en una parte determinante de la ruta crítica. En ese sentido, con el concepto de ruta crítica se reconstruye la lógica de las decisiones, acciones y reacciones de las mujeres afectadas, así como la de los factores que intervienen en ese proceso” (Pascual Escalada, 2021, pp. 498-499).

⁴⁵ Por ejemplo: el descreimiento –a partir de la desconfianza del relato, el interrogatorio se torna acusador principalmente vinculado con su pasado sexual, la vestimenta que llevaba puesta al momento del hecho, el consumo de alcohol u otro tipo de sustancias–, el abordaje como conflicto privado; “pensé que lo habías dejado en la montaña”, le dijo una abuela que llevó a Bariloche a su nieta para que se olvide de los abusos intrafamiliares sufridos y no hiciera la denuncia (caso “Giordano”, causa 6543 sentencia del 01/11/2023); etcétera.

- Las situaciones de vulnerabilidad a la violencia que padezcan las víctimas:⁴⁶ el análisis interseccional combinado exigido convencionalmente.⁴⁷ Las combinaciones de factores producen desigualdades más profundas que en estos casos no solo facilitan el delito, sino que luego dificultan el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, pues se comunican al caso procesal y se convierten en vulnerabilidad de la prueba y vulnerabilidad del proceso, haciendo más difícil la reconstrucción de los hechos.

Esta información es clave para mitigar las dificultades que tengan las personas con discapacidad para acceder a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad que faciliten el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos incluida la declaración como testigos en todos los

⁴⁶ Debemos tener especialmente en cuenta la raza, su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada; en igual sentido cuando la mujer está embarazada, con discapacidad, es menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad, entre otras (art. 9 de la Convención de Belém do Pará). Por ejemplo, en el caso "Vitale" (causa N° 6.298), el análisis interseccional combinado incluyó el género, la minoridad, la discapacidad no solo de la víctima sino también de su grupo familiar, un embarazo en curso y la pobreza. Nuestro veredicto y sentencia del 1 de diciembre de 2021 fueron confirmados por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires el 29 de abril de 2022 (jueces Daniel Carral y Ricardo Maidana).

⁴⁷ Esta herramienta de análisis debe necesariamente integrarse con el contenido de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008 (adheridas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009 como guías en los asuntos a que se refieren) y actualizadas en la XIX edición de la Cumbre que tuvo lugar en abril de 2018 en San Francisco de Quito, Ecuador, compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos tanto del sistema interamericano como del universal, en materia de acceso a la justicia.

procedimientos judiciales (artículo 13 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).⁴⁸

Ello se relaciona con la importancia del rol de las y los asesores de personas menores de edad y con discapacidad en el proceso penal.⁴⁹ Y en la articulación con el fuero civil y de familia vinculando la información de ambos procesos.

- El impacto de la violencia sexual en la subjetividad de las personas victimizadas, y consecuentemente la forma en que estas personas pueden poner en palabras las violencias padecidas. La calidad del relato puede verse influida por la magnitud del trauma. El traumatismo puede dejar secuelas que pueden implicar agujeros de pensamiento y, sobre todo, desarticula los recuerdos en forma tal que no tienen hilación sino que aparecen

⁴⁸ Por ejemplo en los casos en los cuales la discapacidad afecta al lenguaje, la comunicación, la recreación de la forma en que la víctima se comunica en su vida cotidiana puede brindarnos información para interpretar sus manifestaciones respecto de los hechos. En esta línea el caso "Paleo", causa N° 5565 sentencia del 12/06/2017 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea y del 14/02/2018 y 10/04/2018 de la sala IV del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires y del 29/05/2019 de la SCBA causa P 130.649. En este caso debido a la discapacidad de la víctima y dificultad en el habla, sus dichos fueron cautelosamente recogidos por equipo pericial y allegados que podían comunicarse cabalmente con ella y que dieron cuenta detalladamente de sus dichos fundamentando sus afirmaciones en debate oral y sometidos a las preguntas y repreguntas de las partes, eran personas que podían comprender el acotado lenguaje de S. y comunicarse eficientemente con ella. En este caso estuvimos frente a una vulnerabilidad de la víctima mujer, menor y discapacitada que se comunicó al caso procesal y por ello se aplicaron ajustes del procedimiento para compensar la situación inicial de debilidad tornándola en fortaleza, elaborando una pauta de valoración de sus dichos, sensible a las experiencias de las niñas con ese tipo de discapacidad.

⁴⁹ La importancia de su rol en el proceso penal tuvo visibilización a partir del caso "Romero", causa N° 5.587, del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, del 16 de diciembre de 2016, gracias a la intervención de la asesora Silvina Besoin; a la sentencia de la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, del 14 de junio de 2018 (jueces Carlos A. Natiello y Mario E. Kohan); y a la sentencia del 28 de agosto de 2019 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (jueza Hilda Kogan y jueces Luis E. Genoud, Daniel F. Soria y Héctor Negri). Lamentablemente no pude intervenir en ese juicio por la licencia que necesité y la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires me otorgó con motivo del incendio que ese año sufrí en mi domicilio.

como pedazos sueltos, muchas veces en forma de imágenes repetitivas, o puede haber una desmentida de lo ocurrido, en tanto a veces es el único modo de poder proseguir con la vida cotidiana.⁵⁰ Ello puede tener implicancias en la calidad del relato, luego, en la precisión de los hechos por la fiscalía, en la calificación legal, las reglas concursales, en casos de desmentidas, retractación, en el análisis de las notas, la persistencia en la incriminación.⁵¹

- Otras consecuencias de este tipo de hechos sobre la víctima, aún cuando se trate de indicadores inespecíficos. La casuística también es múltiple.⁵²

⁵⁰ Conforme Susana Toporosi en “Los efectos de la violencia sexual sobre las niñas. Arrasamiento subjetivo y patologización de niñas y adolescentes” (citada por Janin, 2021).

Muchas variables modulan el impacto psíquico de una niña o un niño expuesto a una situación de violencia sexual e incluso, en ocasiones puede parecer asintomático, lo que no significa que los hechos no hayan ocurrido. Incluso la violencia sexual puede no haber implicado una vivencia traumática o que la niña o el niño posea variables de protección, personales y contextuales, y que el paso del tiempo haya amortiguado el impacto psíquico. Por esto, no hay un perfil psicológico unívoco, ni un síndrome específico en niñas y niños víctimas de violencia sexual. Entre los factores que pueden mediar el impacto psicológico del suceso de violencia sexual en cada caso particular: las características del suceso, la mayor o menor vulnerabilidad de la niña o el niño víctima, la posible concurrencia de otros problemas familiares socioeconómicos etc, el apoyo social existente, los recursos psicológicos de afrontamiento y capacidad resiliente, edad/desarrollo evolutivo, nivel de estrés propio y de la madre el padre o principal persona cuidadora, capacidad para adaptarse correctamente a su entorno, etcétera (Unicef, 2023).

⁵¹ Sobre el punto se expidió la Corte IDH en el caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, del 31 de agosto de 2010. También la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en nuestro caso “Lespada”, del 10 de abril de 2019, causa P. 130.506: la desmentida de J. había ocurrido durante el trámite en casación, y la Sala V (jueces Jorge H. Celesia y Martín M. Ordoqui), mediante sentencia del 10 de noviembre de 2016, la habían valorado como descrédito, contradicción, cobrando importancia la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (jueces Eduardo N. de Lázari, Héctor Negri, Luis E. Genoud e Hilda Kogan) en la corrección y solidificación de la perspectiva de género combinada con la de infancia.

⁵² Efectos psicológicos como falta de autonomía volitiva, miedo, angustia, depresión, estrés postraumático, ansiedad y un mayor riesgo de suicidio, cambios en los sistemas de creencias, ruptura de la vida cotidiana, pérdida de la autoestima, efectos psicofisiológicos como las alteraciones en la alimentación, pérdida de apetito, alteraciones de los procesos del sueño, insomnio y pesadillas, entre muchos otros. Véase Recomendación General N° 3 del Comité de Expertas del MESECVI (2021).

En estos casos las sentencias no fueron dictadas sobre la base de una única prueba testimonial (directa), sino que también se sumó otra prueba indirecta, algunas veces guiada por la palabra de la víctima y en otros supuestos recolectada por una vía independiente. En estos casos, aplicar la perspectiva de género e interseccionalidad implica mirar más allá de la palabra de la víctima, y a través de herramientas como las propuestas (que no son taxativas) mirar el material probatorio aportado por las partes en cada caso, para analizar con la información que se obtenga las notas que en principio debe reunir ese testimonio. A partir de allí, en los juicios técnicos, guiadas por los estándares de un sistema de libre valoración, venimos elaborando pautas sensibles a sus experiencias –como se ve en los hitos– que promueven una valoración de la prueba sana, crítica, racional y respetuosa de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes (Di Corleto, 2019).

Nuestro desafío actual es adaptar las especificidades y dificultades que conllevan estos casos al sistema de jurado.

Hito 4. El valor de la palabra de las niñas: ¿cómo llenar sus vacíos?

Esta pregunta nos la empezamos a contestar a través de la solución que le dimos al caso Rivas en el año 2014 mediante un análisis interseccional combinado (género e infancia).⁵³

⁵³ Causa N° 5112-0415 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea; causa N° 6.7510 de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires; y causa P. 129.234 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

También era un caso de violencia sexual, pero la víctima, M., era una niña de cuatro años que resultó lesionada gravemente por su victimario, un vecino de veinte. El problema fundamental que se presentaba era que no contábamos con la palabra de M. en una declaración formal. Si bien ella informalmente se lo había contado a su mamá, cuando se realizó la entrevista en cámara Gesell no pudo hablar sobre el abuso. Además, aunque había testigos directos que habían dormido en la misma habitación que M. y su victimario, eran hermanas de este y estaban alcanzadas por la prohibición del artículo 234 del Código Procesal Penal.

Este caso nos demostró que no siempre es posible hegemonizar el proceso en la víctima.⁵⁴ Destaco de la solución adoptada que los vacíos dejados por la inconclusa declaración formal (M. no refirió la autoría en cámara Gesell; sí se señaló la zona del cuerpo lastimada en el bajo vientre) se llenaron con perspectiva de género e infancia, formándose la convicción a través del testimonio de las peritas psicólogas que informaron respecto de los dichos de M. y por las manifestaciones de la mamá, que estaba presente cuando la pequeña contó los padecimientos vividos. Dijimos que es natural atento a la violencia e intimidad del ataque que la menor tuviera como primer y excluyente referente de sus dichos a su mamá. La palabra de la mamá de M. ha sido expresamente valorada sin escapar a los criterios de veracidad, credibilidad y persistencia en la incriminación.

⁵⁴ En este sentido se pronunció la en ese entonces fiscal decana de violencia sobre la mujer de Madrid, Ana María Galdeano Santamaría, en las VIII jornadas internacionales de violencia de género y delitos conexos, Mendoza, 2019.

A través del valor de la palabra de la mamá o de la persona de confianza de la víctima en especial situación de vulnerabilidad, más el aporte de las ciencias sociales y de la salud, es posible compensar la carencia de su palabra.

El veredicto condenatorio y la sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea por unanimidad datan del 2 de septiembre de 2014, salvo en relación con la aplicación del agravante de grave daño en la salud física o mental de la víctima. El voto minoritario lo descartó por no asimilarse a las lesiones del artículo 90 del Código Penal. Fue confirmado por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires el 27 de agosto de 2015,⁵⁵ así como por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires mediante sentencia del 29 de agosto de 2018 (causa P. 129.234) no solo respecto de la circunstancia agravante de grave daño en la salud, sino también de la gradación que admite la edad y el daño estructural padecido: “una infante de 4 años sufre la arremetida sexual en un grado de violencia mucho mayor, por la estructura de su pequeño cuerpo y por su psiquis alejada de toda información sexual en los términos del art. 41.1 del C.P.”.

⁵⁵ Allí el juez Fernando Mancini erige esta solución en pauta para estos casos, cuyas víctimas, por sus especiales situaciones de vulnerabilidad a la violencia, se encuentren imposibilitadas de hacer una declaración formal en el proceso. Esta solución nos ha servido para resolver varios casos similares posteriores, tales como “Vitale” (causa N° 6.298), “Mateos” (causa N° 6.144), “Fraile” (causa N° 6.230), entre otros.

Hito 5. Mutación de resistencias: intento de minimización de la violencia sexual

“Maciel”⁵⁶ también era un caso de violencia sexual en un contexto de violencia intrafamiliar tipificado como abuso sexual gravemente ultrajante calificado por tratarse la víctima de una persona menor de dieciocho años y con aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente. Hechos ocurridos todos los días entre los años 2010 y 2012, bajo amenazas de muerte.⁵⁷ El victimario era el progenitor afín de la víctima, entre sus 62 y 65 años, mientras que R. transitaba sus 11 a 13 años.

El develamiento informal se manifestó porque a R. le dolía la vagina y le contó a una amiga, que se lo contó a su mamá y ella al hermano de R. Entonces se enteraron también las amigas de su hermano, se juntaron todos y decidieron denunciar. R. presentaba rastros físicos.⁵⁸

Si bien en este caso en fecha 25 de noviembre de 2014 el tribunal dictó veredicto condenatorio por unanimidad, se volvió a dividir, esta vez en relación con el monto de la pena y con una mayoría distinta. Esa mayoría, en la sentencia, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal en este caso. Anteriormente, en el caso “Correa” (nuestro hito 3), la posición minoritaria había postulado esta misma inconstitucionalidad a pedido de la defensa,

⁵⁶ Causa N° 5142-0470 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea; causas acumuladas 69708 y 69710 de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires; y causa P. 127.430-RQ de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

⁵⁷ Además, el victimario tenía un arma de fuego al lado de su cama (a la vista) y un arma blanca en su cintura.

⁵⁸ Enrojecimiento en su parte vulvar por fricción.

haciendo hincapié en las dificultades que tenía para arribar a una certeza de condena.⁵⁹

En este caso, la mayoría hizo eje en la historia de vida del victimario, su primitivismo, su falta de antecedentes penales, los 66 años que tenía y su expectativa de vida, además de sostener que el legislador uniformó el castigo frente a situaciones desiguales en comparación con el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal en sus formas agravadas y que se estaba ante una equivocación fácilmente detectable.

Cobró importancia la intervención de los tribunales superiores, tanto del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III (jueces Víctor H. Violini y Ricardo Borinsky), como de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (jueza Hilda Kogan y jueces Daniel F. Soria, Eduardo N. de Lázari y Eduardo J. Pettigiani), en la corrección de la minimización de esta clase de violencia, revocando la declaración de inconstitucionalidad con reenvío para la determinación de la nueva pena a imponer.⁶⁰

Sostuvo el juez Violini que en este caso, donde no hubo acceso carnal –solo intentos frustrados– pero sí un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima cometido por quien era el concubino de su mamá, en quien era depositada además la confianza de la madre de la niña, y por tal confianza tuvo más fácilmente acceso a la

⁵⁹ La posición minoritaria propició la pena de tres años de prisión en suspenso en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por tratarse de una persona menor de dieciocho años y mediante convivencia preexistente en calidad de autor; la posición mayoritaria aplicó la pena de ocho años de prisión, confirmada por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III.

⁶⁰ Conforme lo resuelto mediante sentencias del 22 de octubre de 2015 del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires; y del 29 de marzo de 2017 de Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

comisión del delito, como así también al mantenimiento del mismo en secreto y consecuente impunidad desde que la niña víctima tenía once años, “vaya que esa situación de convivencia debe ser alcanzada con una escala de pena más seria”.⁶¹

Hito 6. De los obstáculos a las opciones: la cita en bloque como estrategia argumentativa

Este hito lo marcó el caso “Fitipaldi”,⁶² que también era un caso de violencia sexual enmarcado en un contexto de violencia intrafamiliar. La víctima, M., era una niña de 12 años y su victimario, su padre de 55 años. Tampoco se habían constatado lesiones ni rastro físico. Pero en este caso particular el tribunal tenía una integración nueva, distinta: dos varones y una mujer.

A partir de este caso empecé a usar una estrategia argumentativa: la “cita en bloque”, incluyendo los casos anteriores que este tribunal, en distintas integraciones, había resuelto sobre violencia sexual, destacando las pautas elaboradas en torno al valor de la palabra de las mujeres en ellos. Pautas consolidadas confirmadas por todas las salas del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires y por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

⁶¹ Con el devenir de los casos, a partir del año 2017, comienza lo más novedoso de nuestra intervención en este tipo de casos, con las distintas medidas de reparación integral, dispuestas conjuntamente con la pena. Como se verá al tratar las reparaciones, el acento no está puesto en la sanción penal, sino también en los distintos tipos de reparaciones reconocidos internacionalmente, sobre todo, en el fuero penal, bajamos las medidas de rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición.

⁶² Causa N° 5.295 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea.

¿Para qué esta estrategia? Para prevenir que los estereotipos de género se trasladasen a la decisión jurisdiccional cuando cambiaba la integración del tribunal ocasionalmente, y así evitar la impunidad.⁶³

En este caso, el colega nuevo, entre las dos posturas en torno al valor de la palabra de las mujeres cuando no había lesiones constatadas, tras la deliberación adhirió a la que integra la perspectiva de género e interseccionalidad exigida por el derecho convencional, recayendo veredicto condenatorio por mayoría y sentencia por mayoría del 27 de octubre de 2015, la cual fue consentida por todas las partes y quedó firme.⁶⁴

Esta estrategia, al evidenciar el problema estructural y prevenir decisiones jurisdiccionales basadas en concepciones estereotipadas que el Estado argentino se comprometió a erradicar ante la comunidad internacional, contribuye también a evitar la anulación de juicios y su reedición –con su consecuente efecto revictimizante–, por

⁶³ Para valorar en forma adecuada la declaración de la víctima, los órganos judiciales deben despojarse de todo prejuicio. Se entiende por prejuicio el preconcepto que podría llevar al juez a resolver sobre la base de razones equivocadas y discriminatorias. En este campo, los estereotipos de género pueden afectar la decisión imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación. Véase Di Corleto (2019).

Coincide Piqué (2019) en que los estereotipos también interfieren en la valoración de la prueba y la sentencia final, que pueden verse marcadas por nociones sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida en que la mujer se haya resistido). En este sentido, una de las garantías para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas. Los estereotipos de género terminan facilitando la construcción de una víctima adecuada, a la luz de la cual se les negará ese estatus a quienes no se ajusten al modelo. La creación, uso e influencia de estereotipos de género en la administración de justicia socava su imparcialidad y constituye una de las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres. Además, es una expresión de violencia institucional, ya que niega a las mujeres la posibilidad de acceder a recursos judiciales efectivos que las protejan.

⁶⁴ Esta estrategia fue convalidada expresamente en el caso “Fraile”, causa N° 118.182, del 23 de mayo de 2023 de la Sala V, con voto del juez Fernando Mancini al que adhirió el juez Mario E. Kohan.

afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador/a, vinculada en los últimos años con el principio de igualdad y no discriminación por razones de género (Piqué y Fernández Valle, 2020).⁶⁵

Descubrimientos: la cita en bloque como estrategia reveladora

La *cita en bloque* comenzó como una estrategia argumentativa para evitar la impunidad en un caso particular, compensando la estereotipia judicial en materia de violencia sexual que exigía/e que para tener por configurado el delito el agresor debía haber ejercido fuerza y la víctima opuesto resistencia, o alguna evidencia física para creerle a la víctima. Sin embargo, con el devenir de los casos, esta estrategia argumentativa de citación en bloque se transformó en una estrategia reveladora para descubrir lo que no se veía a simple vista y actuar en consecuencia.⁶⁶ Por lo tanto, citar en bloque (2015) fue el punto de inflexión para:

- Reconocer, comprender y visibilizar en los procesos judiciales la violencia por razones de género e interseccionalidad; qué les pasa a las víctimas de esta clase de violencia, a los victimarios y al entorno; detectar las sutilezas que se dan en el campo de las

⁶⁵ Removidos ciertos obstáculos que históricamente garantizaban la total impunidad de estos hechos, salieron a la luz las dificultades del sistema de justicia penal para lidiar con casos revestidos de tantas especificidades. En este sentido, en la lucha contra la violencia de género no se puede soslayar que el Estado, a través de sus intervenciones dirigidas a combatir el fenómeno, también puede ser una usina de violencia: la institucional. Véase Piqué (2019).

⁶⁶ Puede verse un veredicto y sentencia del 22 de mayo de 2023 en el que se utilizó esta estrategia en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=52024>.

relaciones humanas y que muchas veces determinan la forma en que una persona está dominando a la otra.⁶⁷

- Reconocer las falsas creencias, estereotipos sexuales que sostienen la “cultura de la violación”,⁶⁸ corregirlos y evitar que se trasladen a las decisiones jurisdiccionales, relevando datos concretos que emanan de los casos.
- Edificar y consolidar criterios jurisprudenciales con perspectiva de género e interseccionalidad, habida cuenta fundamentalmente de tres cuestiones: las dificultades técnicas que presentan estos casos, muchas veces agravadas por las diversas situaciones de vulnerabilidad de las víctimas y sus combinaciones; los estereotipos, falsas creencias y prejuicios en torno a esta clase de violencia; nuestro sistema de justicia penal, diseñado sin perspectiva de género. Por ende, el marco normativo penal y procesal penal contiene algunas disposiciones en apariencia neutrales que, aplicadas a estos casos, quedan por debajo de los estándares internacionales, debiendo acudir al *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, a la jurisprudencia internacional, sobre todo de la Corte IDH, informes, documentos, manuales, protocolos, guías de buenas prácticas, etcétera. Y todo en un plazo de cinco días por caso.⁶⁹

⁶⁷ Conforme Enrique Stola en su testimonio en la audiencia de juicio por jurado en la causa N° 6.292 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea. Cuanto más sutil es la violencia mayor es la dificultad para reconocerla, comprenderla y visibilizarla, en el caso Giordano, causa N° 6.543, la combinación de violencias (sexual, psicológica, simbólica y digital), se presentó con apariencia elegante, con el sello de un hombre intelectualmente formado y profesionalmente con poder, lo que invisibilizó más aun sus designios criminosos, facilitándole esa fachada, la manipulación del consentimiento de la víctima, puede verse el veredicto y sentencia en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=53280>.

⁶⁸ La publicación de Julieta Di Corleto (2022) contribuyó a echar luz sobre este punto y optimizar nuestra base de datos y análisis.

⁶⁹ Criterios jurisprudenciales que, por su extensión, no resulta posible desarrollar en esta publicación.

- Tomar conciencia y dimensión de la profundidad del problema estructural de esta clase de violencia y ponerlo en evidencia. Así como pensar, elaborar y proponer medidas que tiendan y contribuyan al cambio cultural, a eliminar las razones que permitieron que esas violaciones a los derechos humanos ocurrieran, ello a través de reparaciones con vocación transformadora.⁷⁰ También reconocer y empezar a darle contenido al derecho a la reparación integral de las víctimas en sus distintas formas.
- Afirmar que un hecho es más o menos grave, lo que implica necesariamente una comparación con otros hechos (Días, 2018), por ende esta herramienta también nos brinda información de calidad, para la determinación judicial de la sanción penal en el caso individual.

Base estadística

Esa estrategia argumentativa/reveladora también decantó en una base estadística de los casos sobre abuso sexual conformada por los que me tocó juzgar en este Tribunal Criminal N° 1 de Necochea desde el año 2009 hasta la actualidad, que se actualiza caso a caso, tanto en juicio oral, abreviado o por jurado. Esta recopilación

⁷⁰ El tema de las reparaciones es fundamental en el caso “Campo Algodonero” de la Corte IDH (2009). Es a partir de este caso que se reconoce la “vocación transformadora” de las reparaciones. Ya no se busca volver a una situación previa en la que el contexto de violencia es incapaz de detener violaciones, sino modificar ese contexto y eliminar las razones que permitieron que esas violaciones a los derechos pudieran ocurrir. El presidente de la Corte IDH, Ricardo Pérez Manrique, en conferencia sobre “Los desafíos en materia de reparaciones y supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH”, dada en el ámbito de la American University Washington College of Law (WCL) el 31 de marzo de 2023, dijo que la tarea más importante que tiene un tribunal es la vocación transformadora de la realidad, la posibilidad de incidir sobre aquella realidad o aquel contexto que permitió la violación del derecho y poder modificarlo de manera que se ajuste al respeto de los derechos humanos.

de datos arrancó en 2018 con el caso 27 y ha ido madurando⁷¹ a través de 38 casos posteriores, permitiéndonos algunos análisis cuantitativos y cualitativos de hechos de violencia sexual, su visibilización y una mejor comprensión del problema estructural que repercute en las soluciones de los casos siguientes.

En esta línea, la Corte IDH, en el caso “Angulo Losada vs. Bolivia”, del 18 de noviembre de 2022, dispone un sistema de recopilación de datos sobre violencia sexual de niñas, niños y adolescentes como garantía de no repetición.⁷²

Un sistema nacional y centralizado de recopilación de datos de casos de violencia sexual en contra de personas menores de edad me parece vital y prioritario para que la prevención, investigación, juzgamiento, sanción y erradicación de esta clase de violencia sea exitosa.

Nuestras medidas pendientes están orientadas a poder relevar, sistematizar y recopilar datos del resto de casos de este tribunal.⁷³ También a su difusión, garantizando su acceso a la población en

⁷¹ Desagregando los siguientes datos: resultado del juicio, delito, relación previa entre víctima y victimario, edad, género, víctimas/victimarios plurales, discapacidad, combinaciones de vulnerabilidades, lesiones, cronicidad, nuevas masculinidades, 371 *in fine* del Código Procesal Penal, entre otros.

⁷² Teniendo en cuenta la importancia del acceso a la información para la formulación de políticas públicas adecuadas dirigidas a prevenir la repetición de hechos de violencia sexual como el de Brisa, ordenó a Bolivia un sistema nacional y centralizado de recopilación de datos de casos de violencia sexual en contra de personas menores de edad, desagregando edad, lugar de ocurrencia, relación con la víctima, entre otras variables que permitan el análisis cuantitativo y cualitativo de hechos de violencia sexual contra personas menores de edad. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado, garantizando el acceso a ella de toda la población en general, así como la reserva de identidad de las víctimas.

⁷³ La primera sentencia data del 21 de agosto de 2002, y allí se anuló el juicio por indeterminación del objeto procesal.

general, así como la reserva de identidad de las víctimas, como garantía de no repetición.⁷⁴

Comparto algunos datos (de entre septiembre de 2009 y marzo de 2023) que empiezan a explicar el problema estructural de la violencia sexual, empezando por los victimarios: en todos los casos (100 %), son de género masculino, de 19 a 74 años. En relación con las víctimas, de 3 a 62 años, veamos algunas vulnerabilidades y sus combinaciones:

- Más del 89 % de las víctimas son de género femenino. Más del 75 %, además de mujeres, eran menores de edad. Solo tres mujeres eran mayores de edad, dos de ellas, con discapacidad.
- Alrededor del 8 % de las víctimas son de género masculino. Una sola víctima varón era mayor de edad cronológica, pero su edad mental era de cinco años.
- Solo en un caso que llegó a juicio, la identidad de género de la víctima era indefinida (se hacía llamar Sofía o Milton) y era menor de edad.
- En relación con las franjas etarias, más del 71 % estaba entre 0 y 12 años, y más del 65 % eran mujeres de hasta 12 años; más del 23 % estaba en la franja etaria de 13 a 18 años, y más del 5 %, de 18 años en adelante.
- Más del 11 % de las víctimas eran personas con discapacidad. Solo una de ellas era de género masculino, las siete restantes eran mujeres, cinco menores de edad de entre 12 y 14 años y dos mayores de edad.

⁷⁴ Para ello será necesario contar con recursos relacionados a la interdisciplina y la tecnología. Las abogadas Nerina Crova, Analía Geijo (auxiliares letradas) y Eugenia Gómez (secretaría del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea) confeccionaron los primeros listados.

Los datos que siguen comienzan a derribar los mitos, las falsas creencias que sostienen la cultura de la violación (Di Corleto, 2022), que podrían resumirse en cuatro.⁷⁵

La primera falsa creencia sostiene que la violación solo ocurre entre extraños, sin relación previa. Este estereotipo desconoce que la confianza es una circunstancia que propicia los abusos. En más del 95 % de mis casos las víctimas tenían relación previa con sus victimarios; en más del 60 % eran padres, padres afines y padre adoptivo;⁷⁶ el casi 40 % restante está compuesto por hermano, cuñados afines, la pareja de la abuela, el ex novio de la hermana, amigos de la familia, hermano del padre afín, tíos, padrino, masajista, inquilino, pareja conviviente, vecino. Solo tres víctimas (4,61 %) no tenían relación previa con su victimario, y eran mujeres con discapacidad.⁷⁷

La segunda falsa creencia sostiene que solo hay violación cuando una mujer resulta lesionada. Sin embargo, en más del 56 % de mis casos las víctimas no presentaron lesiones; alrededor del 40 % de las víctimas presentaron lesiones o rastros físicos,⁷⁸ y en el 3,7 % quedaron embarazadas.

El tercer estereotipo afín con la cultura de la violación prescribe que el comportamiento de la víctima previo al ataque determina la configuración del delito. Según esta creencia, el pasado sexual

⁷⁵ No hubo un solo caso que reuniera las cuatro falsas creencias que sostienen la cultura de la violación.

⁷⁶ Padres e hijas, 21; padres e hijas afines, 19; padre e hija adoptiva, 1.

⁷⁷ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que las mujeres y las niñas suelen estar expuestas a un riesgo mayor dentro y fuera del hogar.

⁷⁸ Vulvovaginitis, enrojecimiento del ano, sífilis, entre otros.

será una de las variables para evaluar si la mujer consintió el hecho denunciado. La expresión “a las niñas buenas no les pasa nada malo” delimita la idea de que hay personas que no pueden ser víctimas de violación: si las mujeres tienen una vida sexual activa, si concurren solas a determinados lugares o consumen alcohol, habrán realizado un aporte relevante al delito, por lo que su propia responsabilidad neutralizará la conducta de la contraparte. Transpolado a partir del caso “Mateos”,⁷⁹ “a las niñas menores de 13 años de edad que tienen buenas madres no les pasa nada malo”. Escuchamos testigos en estos juicios que corresponsabilizan a las madres por “haber salido a bailar” y dejar a su hija durmiendo en la casa vecina, o por “salir de novia” y dejar a su hija dormir con su primo y tío. Falsas creencias que fueron detectadas, corregidas y compensadas.

El cuarto estereotipo sexual describe y prescribe que las mujeres víctimas siempre denuncian la violación en forma inmediata, de lo contrario, mienten. Con esta idea se arguye que una forma de evaluar la veracidad de la denuncia es atender al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la presentación de la víctima ante la Justicia, así como su temperamento al momento de hacerla.⁸⁰

⁷⁹ Causa N° 6.144, del 6 de abril de 2022, del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, veredicto confirmado por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, el 31 de octubre de 2022 (jueza María Florencia Budiño y juez Fernando L. Mancini).

⁸⁰ En el caso de las personas menores de edad, en 2015 se dictó la Ley N° 27.206 de Respeto a los tiempos de las víctimas, teniendo en cuenta el proceso psicológico madurativo necesario para llegar a formalizar una denuncia en los casos de abusos sexuales, representando un real entendimiento de todas aquellas situaciones que impiden que una persona acuda a la Justicia durante un determinado tiempo a manifestar los hechos a los que se vio sometida, comprendiendo que si no los denunció con anterioridad no fue porque no quiso sino porque no pudo; camino iniciado en 2011 con la “Ley Piazza” (N° 26.705). Véase Kunath (2019).

En más del 57 % de las víctimas, los abusos sexuales eran crónicos, caracterizados por la progresión de las conductas abusivas que generan en la víctima el sentimiento de imposibilidad de escape.⁸¹ Quedan atrapadas, como adaptadas.⁸²

Es importante evitar la impunidad de los crímenes de género, por el mensaje que esta envía a la sociedad, conforme los lineamientos de la Corte IDH,⁸³ la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁴ y el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires desde nuestro primer hito, el caso “Rodríguez”. Según el resultado del juicio,⁸⁵ en más del 95 % recayeron veredictos condenatorios (entre 2009 y 2023); en más del 3 %, veredictos absolutorios (año 2012);⁸⁶ y en un caso mixto, veredicto condenatorio por tres hechos y absolutorio por uno (año 2021).⁸⁷

⁸¹ Por ejemplo, en el caso 34 los abusos duraron trece años, entre los 4 y los 16 años de la víctima, por parte de su padre, 39 años mayor que ella. En el caso 39, los abusos duraron once años, entre los 4 y los 14 años de la víctima (también de padre a hija). En el caso 44, los abusos duraron nueve años, entre los 11 y los 19 años, por parte de su padrastro, 40 años mayor que su hijastra. En el caso 46 duraron diez años, entre los 12 y los 21, por parte de su cuñado, 39 años mayor que la víctima con discapacidad. En el caso 60 duraron nueve años, entre los 8 y los 17 años de la víctima, por parte de su progenitor afín.

⁸² Síndrome de acomodación al abuso sexual infantil como modelo explicativo para el sostenimiento del secreto y la cronicidad del abuso (descrito por Ronald Summit en 1983) también se podría asociar al concepto de Fernando Ulloa “encerrona trágica”, asociada a la crueldad y el desamparo, donde el síntoma típico sería la resignación –adaptación o acomodación– de la niña al abuso sexual cronificado. Véase (Brisighelli, 2021).

⁸³ Caso “Campo algodónero” (2009), “Angulo Losada vs. Bolivia” (2022), entre muchos otros.

⁸⁴ Caso “Rivero”, del 3 de marzo de 2022.

⁸⁵ Se resolvieron 51 casos mediante juicio oral por juezas y jueces técnicos, 13 casos mediante juicio abreviado, uno por jurado, en los que me tocó integrar el tribunal.

⁸⁶ Cuando todavía no había unidades funcionales de instrucción (UFI) especializada ni protocolo para cámara Gesell.

⁸⁷ En más del 16 %, los veredictos y sentencias no fueron recurridos, quedaron firmes y consentidos; en más del 50 % de los casos fueron recurridos y han sido confirmados; y a la fecha de entrega de esta publicación, más del 32 % se encuentran tramitando vías recursivas.

Cuando todo ello ocurre, se envía el mensaje a la sociedad de que la violencia contra la mujer no es tolerada, lo que desfavorece su perpetuación y decae la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, comenzando a notarse la confianza de las mujeres en el sistema de justicia. Ello se evidencia en el aumento de casos de violencia sexual intrafamiliar y crónica y en la participación más activa que están empezando a tener en los procesos algunas de las víctimas y sus familias.⁸⁸

Reparaciones⁸⁹

Partiendo del reconocimiento de que las violaciones de derechos humanos producen múltiples daños, los distintos tipos de daños ameritan una reparación diferente para subsanarlos o mitigarlos. La violencia de género puede repercutir en la psicología de la persona, la salud, el aspecto económico, su dignidad humana, o derivar en falta de acceso a justicia.

⁸⁸ En algunos casos quieren declarar en el juicio aún cuando ya lo hicieron en cámara Gesell, lo presencian, vienen a la audiencia de notificación y explicación del veredicto y la sentencia. Esto antes no pasaba.

⁸⁹ Agradezco a Claudia Portillo, directora del Registro Central de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y codirectora de la diplomatura “Violencias por razones de género” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por su colaboración y aportes especialmente en los casos que demandan la transversalidad de la perspectiva de género, sobre todo en materia civil y de familia, así como también a la abogada Analía Geijo, auxiliar letrada del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, por sus aportes en esta temática.

En el ámbito internacional⁹⁰ se reconocen distintos tipos de reparaciones: restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Reconocidas también en el ámbito nacional⁹¹ y provincial⁹² en cuanto a su integralidad, sin embargo no es común que los jueces y juezas tengan en este tipo de intervenciones.

A partir de 2017 he comenzado a proponer este tipo de medidas en el ámbito penal. Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición cuya evolución en estos años ha sido muy rica.⁹³

En relación con las medidas de rehabilitación que pueden incluir apoyo, atención médica, psicológica, jurídico-sociales para poder retomar la situación anterior, en el caso “Vera”⁹⁴, además de la sanción

⁹⁰ Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 7.g de la Convención de Belém do Pará; “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, de Naciones Unidas (disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>).

⁹¹ Ley N° 27.372, de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. La Oficina de la Mujer, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los Principios generales de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres para la adecuada implementación de la Ley N° 26.485, elaborados con motivo del caso de la Sra. Olga Díaz (julio de 2021), establece que quienes integran la magistratura deberán tener en cuenta que ante una violación de los derechos humanos de las mujeres cis, trans y travestis no solo es necesario dictar medidas que signifiquen una restitución económica, sino que estas deben apuntar a modificar la situación estructural de violencia en la que sucedieron los hechos. Que las reparaciones son una de las bases fundamentales del acceso a la justicia y que, conforme el sistema interamericano, estas reparaciones deben realizarse con una perspectiva de género que tome en cuenta las necesidades y prioridades específicas de las mujeres víctimas.

⁹² Ley provincial de víctimas, N° 15.232.

⁹³ El desarrollo de estas medidas excede el límite espacial de esta publicación, por lo que reseñaré acotadamente solo algunas.

⁹⁴ Veredicto y sentencia del 17 de noviembre de 2021 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, y sentencia del 29 de noviembre de 2022 del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III. Disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/jurisprudenciaprovincial/3710>.

penal, se dispuso adoptar medidas necesarias para la protección y el resguardo eficaz de las víctimas que es deber garantizar.

Este caso también marcó un hito, especialmente en relación con la interpretación del artículo 359 del Código Procesal Penal con perspectiva de derechos humanos tanto para la víctima como para el victimario. La fiscalía⁹⁵ trajo a juicio un hecho de violencia sexual cometida a una niña, M., entre sus 5 y 10 años por el inquilino de la casa de atrás y amigo de la familia, 31 años mayor que ella. Una de las testigos, A., de la misma edad, declaró haber sido víctima también y simultáneamente de esos hechos de violencia sexual cuando iba a jugar a la casa de su amiguita.

La realización de un nuevo juicio hubiera importado, por un lado, la revictimización de A. (a quien a simple vista se la notaba muy afectada), con los consiguientes daños que ello le podía acarrear y que el Estado argentino se comprometió a evitar ante la comunidad internacional; y, por el otro, que Vera tuviera que ser nuevamente sometido a juicio por este tramo de su conducta.

Para dimensionar la manera en que estos hechos afectan la subjetividad de las víctimas y sus consecuencias, transcribiré dos extractos de las declaraciones de estas durante el juicio:

A. (23 años): “Le den lo que le den a él, nadie me va a devolver mi infancia, mi infancia fue un abuso, más que eso no es, no quiero acordarme de mi infancia, nadie me la va a devolver, lo triste

⁹⁵ Representada por el abogado Walter H. Pierrastegui (fiscal) y la abogada Marina Panuncio (secretaria).

es naturalizar que un tipo haga lo que quiera con uno, porque sabés que nadie te va a creer, tengo que ir al psicólogo como si fuera la loca, cuando no fui yo la que fallé, no le fallé a nadie, mi familia se siente culpable cuando ellos no hicieron nada, el culpable es él”.

M. (23 años): “Después empecé con depresión hasta que un día exploté y no aguanté más, tengo los brazos cortados, me empastillaba muchas veces queriendo olvidar todo, no aguantaba más, no quería vivir más. Dijo que le dolía más el alma que cortarse los brazos, no se quería ver al espejo porque sentía vergüenza y se sentía culpable, pero era una nena”.

Otra medida no solo de rehabilitación sino también de garantía de no repetición es la propuesta para evitar la repetición de hechos de violencia sexual en perjuicio de B.,⁹⁶ habida cuenta de las situaciones de vulnerabilidad a la violencia que al momento del juicio se constataron, no solo por su edad, género y discapacidad –al igual que su mamá–, sino también por su condición socioeconómica muy desfavorable –en situación de calle, desplazándose de un lugar a otro, medidas de abrigo mediante que abandonaba, y cada vez que se escapaba de un hogar volvía a ser víctima de abuso sexual–. Al momento de dictar sentencia había un proceso en trámite de determinación de capacidad en sede civil. Se puso en conocimiento de la jueza de familia lo ventilado y constatado en el juicio para que se pudiera definir qué tipos de apoyo necesitaba B. por su retraso mental y hacerlos efectivos, con carácter de prioridad habida cuenta de las intervenciones de la Justicia penal en las

⁹⁶ Caso “Ferreyra y Baez”, causa N° 6292, del 22 de febrero de 2023 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, juicio por jurado.

distintas causas que la tenían a B. como víctima de violencia sexual. A los dos días la jueza dictó sentencia.

Las medidas de satisfacción abarcan un abanico grande; por ejemplo, que se divulgue la verdad de los hechos, el reconocimiento de la responsabilidad por lo ocurrido, una disculpa pública. En esta línea, el reconocimiento en sentencia de hechos denunciados pero no incluidos en la acusación fiscal,⁹⁷ así como también, durante el juicio oral, en oportunidad de la última palabra, el pedido de perdón público del victimario previo a clausurar el debate, erigiéndose en una especie de satisfacción anticipada hacia la víctima de violencia sexual.⁹⁸

Las garantías de no repetición van mucho más allá del daño específico o de la víctima concreta. Atienden más a buscar qué se tiene que reformar para que hechos similares no vuelvan a ocurrir. Son medidas más estructurales para atacar la situación de raíz.⁹⁹

En el caso “Ortega”¹⁰⁰ se constató falla en la fase preventiva de la obligación de debida diligencia reforzada respecto de los ciclos de violencia denunciada por la propia víctima previos al desenlace casi fatal (tentativa de feminicidio), por desconocimiento de los operadores del sistema. Advertida y evidenciada la necesidad de capacitación, la medida dispuesta consistió en solicitar a la legislatura provincial la adhesión a la “Ley Micaela” de capacitación

⁹⁷ Caso “Manríquez”, causa N° 6.306, 16 de diciembre de 2022 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, juicio abreviado.

⁹⁸ Caso “Segura”, causa N° 6.527, del 4 de diciembre de 2022 del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, juicio oral.

⁹⁹ La discriminación generalizada, las falencias en el sistema de justicia.

¹⁰⁰ Disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/931>.

obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado como garantía de no repetición, lo que ocurrió a los veinte días. También como medida de satisfacción para la víctima, había solicitado que la ley provincial llevase su nombre, se llamase “Ley Marisa”, pero ello no ocurrió. En sede contencioso-administrativa, mediante sentencia del 5 de junio de 2023, se dispuso reparación indemnizatoria condenando al victimario y al Estado provincial en forma concurrente.¹⁰¹

El caso “Morales”¹⁰² versó sobre un feminicidio tentado y dos homicidios vinculados (uno consumado y otro tentado). Acá la obligación de debida diligencia reforzada vinculaba los hechos y fue de vital importancia para entender y resolver el caso, y a falta de un tipo penal que abarcase la situación fáctica acreditada que vinculaba los hechos, a pedido del Ministerio Público Fiscal fue considerada como circunstancia agravante de pena. Quienes desconocían esta obligación en el juicio hablaban de persecución policial desmedida o de accidente. La víctima, Belén Corvalán, y su compañero conocían esta obligación y sus fundamentos, la violencia de género y sus escaladas, y actuaron en cumplimiento de ese deber reforzado logrando prevenir el feminicidio de V. a costa de la vida de la oficial.

La estrategia de prevención debe evitar factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una

¹⁰¹ Disponible en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=53081>.

¹⁰² Disponible en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=50202&E>.

respuesta efectiva a los casos de violencia de género. Este caso demostró falta de fortalecimiento de la institución policial.¹⁰³

Las propuestas con vocación transformadora fueron dirigidas a la Comisión de género de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y a las autoridades correspondientes para ofrecer mejores herramientas a quienes están obligados a actuar en la prevención de estos crímenes de género, y consistieron en considerar la necesidad de visibilizar esta obligación reforzada en el Código Penal y brindar protección reforzada a las personas obligadas, como la oficial de policía Belén Corvalán, “cuando se actúe en cumplimiento de la obligación de debida diligencia reforzada”, conforme artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará. Además, este caso desnudó la falta de guías de actuación en relación con el cumplimiento de dicha obligación en su fase preventiva cuando recae en las fuerzas policiales en este tipo de contextos de operativos policiales mediante persecución vehicular, por lo cual, a este respecto, el citado artículo de la Convención debería ser reglamentado.

¹⁰³ El primer hecho con criterio cronológico (tentativa de feminicidio), el victimario Morales lo comenzó a ejecutar mediando violencia de género mientras conducía su automóvil de Necochea a Benito Juárez. Dicha violencia de género fue advertida mediante pedidos de socorro por cuatro testigos civiles que llamaron al 911 en reiteradas ocasiones y allí nació la obligación reforzada en la fuerza policial. En el contexto del procedimiento de flagrancia en el que intervenía el personal policial se activó un operativo cerrojo para bloquear las distintas rutas de salida y entrada. Uno de los patrulleros que aguardaba en la banquina decidió mover el móvil hacia la otra banquina para que Morales aminorase la marcha, pero este continuó haciendo caso omiso y embistió a los policías, cobrándose la vida de una de ellos. Normalmente, ante una persecución policial o la presencia de móviles en la ruta, los conductores aminoran la marcha, bajan a la banquina y frenan, declaró al unísono el personal policial. En este caso de violencia machista eso no pasó: el conductor chocó contra el móvil policial.

En el caso “Fernández Rodolfi”¹⁰⁴ sobre violencia sexual crónica, el victimario era el padre adoptivo de la víctima, con una diferencia etaria de 38 años. La madre adoptiva estaba ausente en su rol materno y su silencio a lo largo de lo experimentado por su hija situó a la misma en un encuadre de vulnerabilidad extrema que la tuvo sometida a su abusador al menos durante siete años, desde los 16 hasta los 23 años, con el plus de la ausencia de evaluaciones libres de estereotipos de género y de controles estatales en materia de adopción.

En este punto, el anteproyecto de código procesal de familias, civil y comercial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹⁰⁵ que en 2022 fue elevado al Poder Legislativo contiene una norma (art. 598) que establece el seguimiento post sentencia firme de adopción para acompañar la construcción de ese vínculo, necesaria a la luz de lo que desnuda este caso y alineada no solo a los compromisos internacionales en materia de niñez y género asumidos por el Estado argentino sino también al principio de igualdad como no sometimiento de grupos desaventajados (art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional); aunque el plazo tope de un año que allí se establece no hubiera prevenido estos hechos, puesto que la adopción arrancó a los 7 años de J. y los abusos denunciados comenzaron a sus 16 años.

En consecuencia, las medidas propuestas consistieron en poner el caso en conocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires en función del anteproyecto

¹⁰⁴ Disponible en <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=50491&l>.

¹⁰⁵ Disponible en https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/sites/default/files/documentos/CPFCC_ultimo_4.pdf.

mencionado, así como de la Comisión de Género de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, del Registro de Aspirantes a Guardas con fines de adopción y del Tribunal de Menores interviniente, a fin de que estimasen corresponder para que podamos prevenir casos como este en materia de adopción, en especial, repensar las evaluaciones previas libres de estereotipos de género.

Otras medidas dispuestas para el abordaje de los varones que ejercen violencia se relacionan con las nuevas masculinidades: psico-ocioeducativas, para deconstruir estereotipos –patrones masculinos de crianza, etcétera–, generar transformación de ideas, visibilizar los costos que tienen para los hombres las prácticas violentas y las ganancias que podría tener una vida libre de ellas, que lleve a un pacto con los hombres para la no violencia (Incardona, 2021). Este camino lo comencé en minoría en el año 2017, a partir del caso “Hernández” ya citado, y en la actualidad hay unanimidad sobre estas medidas en este tipo de casos.

Restan medidas educativas que impacten en el sector de la población de Necochea no alcanzada por la Educación Sexual Integral o la Ley Micaela.¹⁰⁶ Considero que es necesario un programa de educación destinado a la población general, como hizo la Corte IDH en relación con el estado de Chihuahua en el caso “Campo Algodonero”, o campañas de concientización y sensibilización, como

¹⁰⁶ En esta línea, aunque limitado a las personas que integran jurados populares en los casos que involucran violencia y discriminación de género, a fin de evitar sentencias basadas en estereotipos, el voto del juez Sergio Torres en la causa P. 134954, del 3 de abril de 2023 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. En el mismo sentido me manifesté juntamente con la fiscal especializada Genoveva Cardinali en la conferencia aludida con anterioridad. También lo proponen como alternativa Piqué y Fernández Valle (2020), y Giménez (2021).

dispuso la misma corte en “Angulo Losada vs. Bolivia”, porque estos casos de violencia sexual me demostraron y aún demuestran que la cronicidad se relaciona con que el entorno de esas víctimas no les cree.¹⁰⁷

Conclusiones

El proceso de integración de la perspectiva de género e interseccionalidad en las decisiones que tomamos en el Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, iniciado en 2012, no está exento de obstáculos y dificultades aún en 2023, en un sistema de justicia penal diseñado sin perspectiva de género.¹⁰⁸

Si bien hemos avanzado, la mayor dificultad sigue estando en aquellos casos en los que no hay evidencia física de la violencia de género ni personas que puedan actuar como testigos. Ahí afloran mayormente los prejuicios, porque esta violencia todavía no es comprendida, es naturalizada y minimizada, se le asigna responsabilidad a la víctima, se desconfa de su relato y hay descreimiento en parte de la sociedad, tanto dentro como fuera de la Justicia.

En este proceso hemos removido ciertos obstáculos que históricamente garantizaban la total impunidad de los hechos, sobre todo en juicios orales y abreviados, especialmente mirando más allá de la palabra de las mujeres, de la palabra de las niñas víctimas, a

¹⁰⁷ En esta línea me expedí en minoría en los casos “Luna”, del 22 de mayo de 2023 y “Miño”, del 20 de setiembre de 2023 y por mayoría en el caso “Giordano”, del 1 de noviembre de 2023 .

¹⁰⁸ Véase <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=52269>.

través de las herramientas propuestas en este trabajo, apreciando en su integralidad el material probatorio válidamente adquirido en cada caso, para, con la información obtenida, analizar las notas que en principio deben reunir estos testimonios, valorando la prueba no solo de manera sana, crítica y racional, sino también respetuosa de los derechos de las mujeres (Di Corleto, 2019).

En este proceso, las herramientas propuestas fueron muy importantes, ya que iluminaron e iluminan como linternas el camino de la decisión respetuosa de los derechos humanos. En los juicios por jurado algunas de esas herramientas han sido utilizadas y explicadas a través de instrucciones a sus miembros. Ello, en cumplimiento de la obligación de debida diligencia reforzada en la fase de juzgamiento (art. 7 de la Convención de Belém do Pará).

Así, a partir de nuestro primer hito, en relación con los restantes y sus revelaciones, podemos enfatizar el valor de la palabra de las mujeres y la contribución de las herramientas propuestas, no solo para resolver cada caso individual, sino también para comprender el problema estructural de esta clase de violencia y proponer soluciones a través de medidas con vocación transformadora de la realidad que tiendan a visibilizarlo, recopilación de datos mediante; a educar para que sea comprendido; a hacer las modificaciones necesarias desde el punto de vista del derecho procesal, del derecho sustantivo, del rol del Poder Judicial, y destinar los recursos necesarios para todo ello.

En definitiva, visibilizar, educar y actuar para mitigar y reparar las lágrimas de la sociedad. Ello, también, en cumplimiento de la

obligación de debida diligencia reforzada para prevenir y erradicar esta clase de violencia (art. 7 de la Convención de Belém do Pará).

Referencias

- Brisighelli, M. L. (2021).** Consideraciones generales sobre abuso sexual infanto-juvenil –ASI– y su abordaje en sede penal. En Herrera, M., Fernández, S. E. y De Latorre, N., *Tratado de géneros, derechos y justicia*, T. II. Rubinzal-Culzoni.
- Cano, J. E. (2021).** Herramientas para el abordaje jurisdiccional de las violencias por razones de género. *Asparkia. Investigació Feminista*, 38. <https://doi.org/10.6035/Asparkia.2021.38.14>.
- Cardinali, G. I. (2023).** La violencia de género a través de los medios tecnológicos. <https://ffnews.com.ar/genoveva-cardinalilla-violencia-de-genero-a-traves-de-los-medios-tecnologicos/>.
- De la Fuente, J. E. (2021).** *Abusos Sexuales*. Hammurabi.
- Días, H. (2018).** Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte General. Rubinzal-Culzoni.
- Di Corleto, J. (2019).** Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. En Di Corleto, J. (comp.), *Género y justicia penal*. Didot.
- (2022). “Cultura de la violación” y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región. En: Arena, F. J. (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. Suprema Corte de Justicia.
- Donna, E. A. (2018).** El individuo considerado como persona o como cosa. *Jurisprudencia Argentina*, 2018-I.

- Giménez, M. (2021).** Delitos de violencia de género en los juicios por jurado: mi experiencia en la justicia de la provincia de Buenos Aires. La perspectiva de género en las instrucciones al jurado. En De la Fuente, J. E. y Cardinali, G. I. (dirs.), *Género y Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni.
- (2022). Género, Interseccionalidades y Jurado. Dificultades. Punto de partida. <https://ffnews.com.ar/wp-content/uploads/2022/09/Genero-Interseccionalidades-y-Jurado-Dificultades-Punto-de-Partida.pdf>.
- Incardona, C. (2021).** Agresores sexuales: ¿Resocialización? Un análisis con mirada de género. En: De la Fuente, J. E. y Cardinali, G. I. (dirs.), *Género y Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni.
- Janin, B. (2021).** Los efectos de la violencia sexual sobre las niñas. Arrasamiento subjetivo y patologización de niñas y adolescentes. En Herrera, M., Fernández, S. E. y De Latorre, N., *Tratado de géneros, derechos y justicia*, T. II. Rubinzal-Culzoni.
- Kunath, S. E. (2019).** Abuso sexual infantil y prescripción. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/08/doctrina47958.pdf>.
- Pascual Escalada, S. (2021).** Desafíos en materia probatoria en casos de personas víctimas de violencia sexual. La declaración testimonial como técnica de entrevista. *Revista de Derecho Penal*, 2.
- Piqué, M. L. (2019).** Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional. En Di Corleto, J. (comp.), *Género y justicia penal*. Didot.
- Piqué, M. L. y Fernandez Valle, M. (2020).** La Garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género. En Herrera, M., Fernández, S. E. y De Latorre, N., *Tratado de géneros, derechos y justicia*, T. I. Rubinzal-Culzoni.

Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI.

Unicef (2023). Guía de buenas prácticas para el abordaje integral y el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual.

Intervención del fuero penal en el marco de la Ley provincial N° 12.569. El problema de la sanción específica como causal de atipicidad para el delito de desobediencia

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 05/09/2022 **Aprobado:** 26/04/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.88>

Intervención del fuero penal en el marco de la Ley provincial N° 12.569. El problema de la sanción específica como causal de atipicidad para el delito de desobediencia

Intervention of the criminal jurisdiction within the framework of Law No. 12.569. The problem of specific punishment as an argument of non legal typicity for the crime of disobedience

Mauro G. Capasso¹

Universidad de Buenos Aires

Resumen: Existe una línea jurisprudencial que difiere la acreditación del delito de desobediencia a la verificación de un segundo incumplimiento de las reglas impuestas en el marco de la Ley N° 12.569. La evaluación de los argumentos nos introduce en una problemática más general, relacionada con la construcción jurisprudencial sobre el tipo penal de la desobediencia. Un repaso histórico de los antecedentes parlamentarios, doctrinales y jurisprudenciales en el marco de tutela que el sistema interamericano de derechos humanos asegura habilita el cuestionamiento de la atipicidad que se defiende, permitiendo una relectura de la ley referida y del delito de desobediencia.

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal (UBA). Docente de Teoría General del Derecho (UBA). Licenciado en Filosofía (UBA). Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Auxiliar letrado de la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Gral. San Martín. Correo electrónico: maurocapasso9@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6099-804X>.

Palabras clave: Desobediencia – Tipicidad – Violencia – Familia.

Abstract: *There is a jurisprudential line that differs the accreditation of the crime of disobedience to the verification of a second breach of the rules imposed within the framework of Law No. 12,569. The evaluation of the arguments introduces us to a more general problem related to the jurisprudential construction on the criminal type of disobedience. A historical review of the parliamentary, doctrinal and jurisprudential antecedents in the framework of protection that the inter-American human rights system ensures enables the questioning of the non criminality that is defended, allowing a rereading of the referred law and the crime of disobedience.*

Keywords: *Disobedience – Criminality – Violence – Family.*

El objetivo del presente trabajo se ciñe a evaluar determinada línea jurisprudencial que se abre en la interpretación de la ley de violencia familiar de la provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.569, de 2001). La exégesis que se critica difiere la competencia del fuero penal para el caso de una segunda desobediencia, resolviendo la inobservancia inicial como atípica.

Los desarrollos que siguen procurarán cuestionar ciertos flancos de los veredictos absolutorios mencionados, propiciándose la tipicidad del delito de desobediencia a partir del incumplimiento inicial de las medidas previstas en el artículo 7 de Ley N° 12.569. Si bien se hará hincapié en los elementos del tipo de la figura penal en la que se enmarcan los eventos, se advierte que la interpretación puesta en discusión debe evaluarse además en función de los compromisos asumidos por el Estado en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

Antecedentes legislativos

La ley de violencia familiar (Ley N° 12.569) en la provincia de Buenos Aires fue promulgada el 28 de diciembre de 2000 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 2001. Cuenta con dos reformas posteriores. La Ley N° 14.509 (Ley de violencia familiar), publicada el 3 de junio de 2013, modificatoria de los artículos 1, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18 y 19 del plexo anterior, incorpora además los artículos 4 bis, 6 bis, 6 ter, 7 bis, 8 bis, 8 ter, 14 bis y 19 bis, adecuándose a los principios procedimentales sancionados por la Ley nacional N° 26.485 (Ley de protección integral a las mujeres), publicada en el Boletín

Oficial el 14 de abril de 2009. La Ley N° 14.657 (Ley de violencia familiar, 2015), por su parte, habilita el secuestro de armas.

En su actual redacción, la Ley N° 12.569 establece que “El juez o jueza interviniente deberá resolver de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, algunas de las siguientes medidas” (art. 7), enunciándose varios dispositivos, como la expulsión del agresor del hogar, el perímetro de exclusión y el cese de los actos de perturbación o intimidación.

El nuevo articulado dice:

En caso de incumplimiento de las medidas impuestas por el Juez, Jueza o Tribunal se dará inmediatamente cuenta a éstos, quienes podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar su acatamiento, como así también evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el juez o jueza podrá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones: a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido; b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas. d) Orden de realizar trabajos comunitarios en los lugares y por el tiempo que se determinen. Cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal. (art. 7 bis)

Comentario a jurisprudencia²

El Juzgado en lo Correccional N° 6 del Departamento Judicial de Gral. San Martín (JC 6. causa C. 1168³ y JC 6. Causa C. 1485⁴) resolvió absolver a los imputados por atipicidad del hecho. Se consideró que “para que quede configurado el delito de desobediencia la orden impartida no debe tener prevista una sanción especial”.

En ambos fallos se agregó:

A partir de la lectura del art. 7 bis de la ley en cuestión logra establecerse que, frente al incumplimiento de alguna de las medidas dispuestas por el juez de familia en los términos del art. 7 de la misma ley, se debe comunicar la situación al citado magistrado quién, en un primer momento puede requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de la orden ó puede evaluar la modificación o ampliación de las medidas ya dispuestas. Luego, y ante un segundo incumplimiento el juez de familia está facultado para imponer algunas de las sanciones descriptas en los puntos a), b), c) y d) del art. 7 bis de la ley. Y recién allí, cuando en este segundo incumplimiento se advierta la comisión de delito, deberá el juez o jueza poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal.

² Se analizan los considerandos de los siguientes fallos: “Juzgado en lo Correccional nro. 6 Departamento Judicial San Martín, 2017, JC1168/JC6” y “Juzgado en lo Correccional nro. 6 Departamento Judicial de San Martín, 2017, JC1485/JC6”.

³ “Polo, David Miguel s/ desobediencia”, del 26 de mayo de 2017.

⁴ “López, Claudio Rubén s/ desobediencia”, del 22 de agosto de 2017.

Cita el juez para concluir el análisis lo siguiente:

La ley de protección contra la violencia familiar ha previsto casos de incumplimiento de una o más de las reglas impuestas y ha dotado de herramientas al juez natural del caso, para utilizar la fuerza pública o evaluar la conveniencia de modificar, ampliar u ordenar medidas. Ante un nuevo incumplimiento, ha previsto la imposición de sanciones y cuando en este incumplimiento se constate algún delito, ha establecido que se deberá poner el hecho en conocimiento de la justicia penal.

Con apoyatura en la redacción del artículo 7 bis, se postula que solo el nuevo incumplimiento encontraría tipificación penal, puesto que el Juzgado de Familia o el Juzgado de Paz⁵ que interviene en el hecho principal recién ante la inobservancia de las medidas regladas en el primer párrafo del artículo 7 bis de la Ley N° 12.569 puede comunicar el hecho, encontrándose desde entonces habilitada la jurisdicción del juez penal para conocer en el delito de desobediencia, mientras que el incumplimiento de las pautas previstas en el artículo 7 sería atípico.

La existencia de una sanción especial en la ley de violencia familiar es esgrimida como argumento para defender la falta de encuadre típico, pues lo reprimido no puede estar sancionado por otra norma del ordenamiento jurídico.

⁵ Las acordadas 4099 y 3964 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires confieren, además, competencia al juez de Garantías y juez de Garantías del Joven para ordenar las medidas de los artículos 6 y 7 de la Ley N° 12.569.

Cierto es que los jueces en su tarea diaria se expiden sobre institutos que conllevan la fijación de obligaciones, como la concesión de una excarcelación o la suspensión del juicio a prueba, pero no todo incumplimiento es desobediencia. En efecto, la concesión de la excarcelación tanto como la *probation* se realizan bajo determinadas disposiciones de carácter prescriptivo, cuyo incumplimiento puede motivar la revocación o prórroga de los distintos institutos. Se pone en discusión, entonces, el criterio para establecer la distinción entre obligaciones cuya inobservancia constituye desobediencia.

Crítica al fallo

Se desglosan dos niveles de análisis. El primero, vinculado con un abordaje histórico, destacando el contexto que enmarca la sanción de la Ley N° 12.569 y sus modificatorias. En segundo lugar, se relevará el argumento de la sanción específica como criterio excluyente de la tipicidad del delito de desobediencia.

Abordaje histórico

El artículo 7 de la Ley N° 12.569, en su redacción original, contenía una enumeración similar a la actual, habiéndose ampliado el catálogo de medidas por la reforma operada por la Ley N° 14.509, con la finalidad de evitar la repetición del hecho.

Dicha reforma se efectivizó en el año 2013 con el objeto de adaptar el procedimiento provincial a los preceptos de la Ley nacional

N° 26.485. De los fundamentos de la Ley N° 14.509⁶ surge que la modificación legislativa fue ordenada a partir de la identificación de la violencia familiar como problema social, cultural y político, señalando la necesidad de intervención del Estado en función de las obligaciones asumidas por la República Argentina a partir de la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el antecedente de la Ley N° 24.417 (Ley de protección contra la violencia familiar, 1994).

El artículo 7 bis de la ley N° 12.569, incorporado por Ley N° 14.509, es una copia textual del artículo 32 de la Ley nacional N° 24.685. La literalidad mantenida es la que compromete la interpretación de los incumplimientos de las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569, pues solo el artículo 7 bis aclara que se aplican sanciones específicas sin perjuicio de la responsabilidad penal, poniendo en cabeza del juez natural el deber de comunicar al juez penal cuando el hecho configure desobediencia.⁷

Conforme surge de los fundamentos de la reforma, el legislador bonaerense no contempló postergar la intervención del juez del fuero penal, dejando la primera infracción a las obligaciones dispuestas como atípica. Resulta, además, contradictorio con la obligación asumida por el Estado argentino en el sistema interamericano de derechos humanos de sancionar los hechos de violencia doméstica.

⁶ Disponible en: <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/fw14509.pdf>.

⁷ La Ley N° 12.569, en su redacción original, regulaba medidas ante el incumplimiento de las obligaciones del artículo 7, previendo el artículo 14 la realización de trabajos comunitarios.

No obstante, el andamiaje argumental para postular la atipicidad de la desobediencia se apoya en la existencia de una sanción específica en la legislación particular que impide la intervención de la Justicia criminal.

El argumento de la sanción específica

Con apoyatura en una opinión doctrinaria mayoritaria, se sostiene que el delito de desobediencia no se configura cuando la orden impartida, entendida como mandato emitido por la autoridad, tiene prevista una sanción específica (Donna, 2008; D'Alessio, 2007; Abraldes, 2004); tratándose de un tipo omisivo impropio para gran parte de la doctrina (D'Alessio, 2007), admitiendo otra línea la forma comisiva si el mandato se construye de forma prohibitiva (Abraldes, 2004).

Tanto la infracción a las medidas contenidas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569 como la inobservancia de las reguladas en el artículo 7 bis prevén sanciones específicas, como ya se señaló. La línea interpretativa que se critica no fundamenta, a la luz del criterio de la sanción específica, por qué el primer incumplimiento se asemeja a la inobservancia de las reglas impuestas en una excarcelación o suspensión de juicio a prueba, que, si bien inciden en los institutos específicos, no motivan una desobediencia, pero el segundo incumplimiento es de otra naturaleza y sí allana el curso para la imputación del delito de desobediencia. Es decir, ambos incumplimientos traen aparejadas sanciones específicas, pero solo el primero es asemejado a las obligaciones impuestas en los institutos mencionados (excarcelación y suspensión de juicio a prueba), mientras que el segundo encuentra tipificación penal.

Se sigue de ello que no es la sanción específica la que motiva la atipicidad, sino la deficiente redacción de la Ley N° 12.569, que con una aclaración (“sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan”) y una disposición sobreabundante (“Cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal”) regularía la injerencia de la Justicia penal (art. 7 bis).

La desobediencia y la sanción específica

Desarrollo doctrinario y jurisprudencial

Apoyadas las decisiones jurisdiccionales de la provincia en códigos de fondo comentados que receptan principalmente fallos de la Justicia nacional y federal, se advierte cierta preeminencia de dichos fueros en el análisis de los tipos penales. Hecha la aclaración, se releva que suele repetirse que la existencia de una sanción específica para el caso de incumplimiento de una orden emanada de autoridad competente no permite la configuración del tipo penal de desobediencia (Donna, 2008; D’Alessio, 2007).

Sostiene Donna (2008):

No se configura el tipo, si el incumplimiento de la orden tiene previsto una sanción especial. Las sanciones especiales (civiles) que jurisprudencialmente motivaron el desplazamiento del tipo penal de la desobediencia no producen tal efecto cuando la condena de contenido pecuniario se impone al organismo

vencido en la litis y no a los funcionarios eventualmente responsables, es decir a las personas físicas a las que es posible atribuir responsabilidad de naturaleza penal. (p. CX)

En resumen, Donna concluye señalando que “la orden impartida por autoridad judicial que tiene prevista una sanción especial no es subsumida por el tipo de desobediencia” (p. CXI), apoyando su definición en tres fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional: “Agopian, H.”⁸, “Lafuente E.J.”⁹ y “Botbol de Cabuli”¹⁰.

No era, sin embargo, esa línea jurisprudencial unánime en dicho órgano jurisdiccional. En “Gerente de Transportes el Litoral s/ Desobediencia”¹¹ se sostuvo:

si bien se ha predicado en doctrina y jurisprudencia el desplazamiento del tipo penal implicado, cuando existe sanción especial para el incumplimiento de ciertas órdenes de la autoridad [...] el Tribunal no comparte tal criterio [...] es indiscutible que un especial tipo de prohibición penal puede primar por su estructura específica, frente a otro que albergue genéricamente similar hipótesis de acción [...] lo cual significa que los dos tienen que prever una conducta prohibida bajo amenaza de sanción penal, de

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 29.735, “Agopian, H. s/ desobediencia”, del 23 de abril de 1985.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 24.338, “Lafuente, E.J. s/ desobediencia”, del 25 de julio de 1980.

¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II. N° CNCC 29.135, “Botbol de Cabuli s/ desobediencia”, del 4 de diciembre de 1984.

¹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII. N° CNCC 1.883, “Gerente de Transportes el Litoral s/ Desobediencia”, del 8 de junio de 1982.

cualquier jerarquía que fuera. Pero dicha posibilidad se excluye cuando concurren supuestos de prohibición heterogéneos (penales y no penales); alternativa para la cual no existe principio jurídico que autorice el desplazamiento de uno por el otro, situación que explica la común aplicación simultánea de sanción civil y penal respecto de un mismo hecho antijurídico.

Esta posición se asienta sobre la distinción entre sanciones heterogéneas y homogéneas. Solo la doble tipificación penal dejaría fuera de subsunción la figura de desobediencia, mientras que las sancionatorias de otro orden, como las del fuero civil, no habilitarían el desplazamiento de la figura.

En "A.H.A."¹² se sostuvo que configura el delito de desobediencia la acción del imputado que, pese existir "un proceso civil por violencia familiar en su contra en donde por sentencia judicial se lo excluyó del hogar conyugal sin poder acercarse a la damnificada y los hijos del matrimonio, ha incumplido tal orden y ha ocasionado lesiones a la víctima", haciendo concursar el delito de desobediencia con el de lesiones. En igual sentido "Gillette, Nilda s/ desobediencia"¹³ y "E.L.R."¹⁴.

Precisando más el tipo penal, se afirma que no incurre en el delito de desobediencia a la autoridad quien incumple órdenes relativas

¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V. N° CNCC 21.071, "A.H.A. s/ desobediencia", del 14 de abril de 2003.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala III. N° CNCC 15.462, "Gillette, Nilda s/ desobediencia", del 1 de junio de 1982.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I. Causa C. 18.962.

a intereses personales de índole patrimonial (306:1570 y 313:824).¹⁵ Ahora bien, en ambos precedentes la figura de la desobediencia fue desplazada por la de desbaratamiento de derechos acordados prevista en el artículo 173 inciso 11 del Código Penal, y por el previsto en el artículo 44 del Decreto ley N° 15.348/46, ratificado por la Ley N° 12.962.

En “Banco Cabildo S.A. c/ Grimberg, Argentino s/ secuestro prendario”,¹⁶ el tribunal sentó tal criterio sobre la atipicidad del incumplimiento de las órdenes vinculadas a intereses personales de índole patrimonial, pero manteniendo la imputación por desbaratamiento de derechos acordados. Preguntarse si el máximo tribunal hubiera sostenido tal criterio de no ver subsistente dicha intimación es contrafáctico. No obstante, se observa que, en general, en la cita del precedente se realiza un recorte conveniente a su uso (D'Alessio, 2007), concluyendo en la atipicidad del delito de desobediencia sin otra consideración.

Si se rastrea el uso de la excepción, no se encuentra en Soler (1963) ni en Núñez (1992). Lo presenta Creus (1981) y se reitera en la tratadística posterior (Donna, 2008; Baigún y Zaffaroni, 2011). El concepto completo, luego recortado a “órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial”, comprendía “aún mediando la orden concreta y directa, no dan lugar a este delito cuestiones que se vinculen con los intereses personales, de cualquier índole, afectiva, patrimonial, familiar o con los garantías constitucionales”. La fuente última de la excepción resulta la observación de Alberto Millán al

¹⁵ Citados en A. D'alessio, 2007, p. DCCLXXII.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1984), 306:1570.

concepto de orden incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal (en Fontán Balestra, 1990).¹⁷

La amplitud de la excepción parece desmedida. La afectación al bien jurídico Administración pública se da en el caso de la desobediencia ante el resguardo de la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de autoridad. Bajo el pretexto de que todo incumplimiento de una sentencia judicial sería punible –afirmación cuestionable– y la eventual sobreabundancia de las disposiciones procesales sobre ejecución de sentencias, se ha desnaturalizado el tipo penal, quedando restringida su configuración a algunos casos de los cuales no puede extraerse una regla.¹⁸ En efecto, como surge de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se citaron, el desplazamiento de la figura se da por tipificación homogénea.

Por otro lado, la sanción especial deja a la inobservancia de la obligación como atípica. Abraldes (2004) ha cuestionado el punto aceptado pacíficamente por la doctrina (Donna, 2008; D'Alessio, 2007). La operatividad del principio de especialidad se verificaría recién en el nivel de la antijuridicidad. Los parámetros vinculados con el abordaje holístico del ordenamiento jurídico no se analizan en el nivel de la tipicidad. Sin embargo, apoyándose en la distinción entre antijuridicidad formal y material, saca el problema fuera

¹⁷ Sostiene A. Millán: "Aun mediando la orden concreta y directa, no dan lugar a este delito cuestiones que se vinculen con los intereses personales, de cualquier índole, afectiva, patrimonial familiar o con las garantías constitucionales. De lo contrario, el incumplimiento de toda sentencia judicial sería punible" (p. 192).

¹⁸ En el precedente CNCC, Sala I, Causa C, 18.962 se resolvió: "la desobediencia del incuso a la orden impuesta por el magistrado civil, bajo apercibimiento de aplicársele la multa respectiva y extraer testimonios en aplicación del artículo 239, Código Penal, configura el ilícito previsto en el mentado artículo".

del terreno de la teoría del delito, proponiendo un reexamen del concepto material de delito más atrás del respectivo derecho penal codificado, que pregunta por los criterios materiales de la conducta punible, abandonando el tema a una decisión de política criminal. Pareciera que siempre que hay una sanción específica no penal existe una decisión de atender la conflictividad mediante respuestas no punitivas.

Tal desarrollo se edifica nuevamente sobre la existencia de una sanción específica que da cuenta de que el legislador ha querido dar una respuesta no punitiva, propiciando una sanción no penal que resguarde el carácter subsidiario del derecho penal como *ultima ratio*. Se advierte, entonces, una respuesta estatal frente a quien incumple con alguna de las medidas previstas en la Ley N° 12.569 que transitarían entre la inexistencia de delito, la atipicidad de la conducta o su justificación; conclusiones que no se comparan con la problemática reconocida por el Estado en materia de violencia contra la mujer y el compromiso asumido en cuanto a su sanción y prevención.

En rigor, pensar la solución desde el derecho penal como *ultima ratio* supone partir de la definición de la potestad punitiva del Estado desde un carácter subsidiario. Es decir, cuando no existen herramientas menos lesivas para la solución de la conflictividad social, propiciándose siempre respuestas composicionales. Implica, además, justificar la intervención punitiva en casos de pragmas de conflictividad relevante, es decir, ante afectaciones significantes de bienes jurídicos, y, por último, admitir el carácter fragmentario del sistema punitivo en cuanto a que existen situaciones lesivas que el derecho penal por su estructura y los principios que lo rigen no

puede abordar. El argumento del autor (Abralde, 2004) pone el hecho fuera de la teoría del delito, desde la definición material de delito, y minimiza un hecho que se inscribe en una problemática social de gravedad creciente.

Sesgo de análisis

Abordado el tópico desde el sistema de protección de los derechos humanos de las mujeres en el marco jurídico definido por los pilares que conforman la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará),²⁰ los precedentes “Olga del Rosario Díaz c/ Estado Argentino” del Comité CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²¹ las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad,²² la Ley N° 26.485 y la Ley N° 12.569, por mencionar los más relevantes, surge que la construcción del concepto de sanción específica aparece sesgada, señalando nociones preconcebidas y estereotipadas en un contexto que tendía a la impunidad del hombre en los hechos denunciados.

¹⁹ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

²⁰ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

²¹ Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

²² Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>.

Los precedentes que aparecen en Donna (2008) y que se citan como argumento de autoridad en la materia son “Agopian, H.” y “Lafuente E.J.”.

En el caso “Agopian, H.” se sostuvo que el delito de desobediencia no se tipifica cuando el incumplimiento de una orden impartida por la autoridad judicial tiene prevista una sanción especial. El imputado había sido demandado en sede civil por alimentos y, encontrándose debidamente notificado, no efectivizó el pago de la suma. Se concluyó que queda desplazada la desobediencia por las facultades otorgadas en el Código Procesal Civil y Comercial a los jueces y tribunales (art. 37) de establecer sanciones tendientes a que las partes cumplan con sus mandatos.

En “Lafuente E.J.” la imputada era la madre de una menor, a quien se le atribuía haber inobservado el régimen de visitas. Bien pudo la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional verter los considerandos de la sanción especial y la atipicidad consecuente; sin embargo, previo a ello, efectuó ponderaciones en torno al accionar de la madre y su comportamiento. Sostuvo:

si bien la actitud de la niña pudo obedecer a la influencia de la madre, quien tras el escudo de la impúber tal vez ejecutó la conducta delictual que se le endilga; esto es sólo conjetura que no pasa de ser tal, inidónea para sustentar un juicio de condena, quedando la verificación de su ocurrencia en el terreno de la duda insuperable.

Es curioso el análisis de la duda beneficiante frente a un caso que se resolvía fácilmente con la línea que se menciona, además de de-

sarrollar una hipótesis fáctica meramente conjetural a fin de juzgar el comportamiento de la mujer y el apartamiento de la expectativa sobre la construcción estereotipada del género y sus roles.

Seguido de una tarea interpretativa tamizada por un sesgo sin perspectiva de género que se fue sedimentando en la aplicación de la figura penal bajo análisis sobre estereotipos, debe evaluarse si la respuesta estatal por la atipicidad satisface el derecho de acceso a la justicia y el compromiso de sancionar las diversas formas que la violencia asume contra la mujer. El carácter cíclico y progresivo con que suele desarrollarse el tipo de violencia de la que es víctima la mujer no admite prórroga de la respuesta sancionatoria del Estado ante la afectación de bienes jurídicos tutelados.

El delito de desobediencia

Dos temores de Soler (1963) gravitan en los comentarios al delito de desobediencia. Por un lado, la derogación implícita de la atipicidad de la fuga sin violencia sobre las personas ni fuerza sobre las cosas en caso de considerar típica la desobediencia a la propia orden de detención. Por otro lado, la extensión desmedida de la figura de desobediencia.

La revisión de la exégesis que se crítica no habilita un ejercicio desmesurado de intervención punitiva. No persigue el presente trabajo repasar los elementos típicos que integran la estructura del delito de desobediencia sobre los cuales es pacífica la doctrina, sino solo aquellos que inciden en la imputación del delito en el supuesto del incumplimiento previsto en la Ley N° 12.569. Sin

embargo, para dar tratamiento a los puntos señalados en párrafo precedente, vale recordar algunas consideraciones doctrinales compartidas (Donna, 2008; D'Alessio, 2007; Abraldes, 2004) sobre la figura bajo análisis. Las resoluciones judiciales no importan órdenes en el sentido estricto exigido por el tipo penal. Son los mandamientos que persiguen la ejecución de aquellas órdenes los que ingresan en el análisis del tipo penal. Recordemos, además, que la manda no puede ser general, sino que debe dirigirse a persona determinada mediante un acto de imposición. Además, la orden impartida debe ser de posible ejecución (D'Alessio, 2007). Debe existir una relación de inmediatez que no se traduce en presencia efectiva entre el funcionario y el destinatario de la orden. Los elementos del tipo señalados –mandamiento para la ejecución de la orden, dirigida a persona determinada, posibilidad de ejecución y relación de inmediatez– se completan con los caracteres del sujeto activo, quien debe ser el destinatario del acto funcional y el sujeto pasivo del delito, calidad que puede recaer en el funcionario público en ejercicio funcional o en un tercero que presta colaboración.

Además, habiendo ya presentado el tipo objetivo de la figura no estrictamente como una omisión impropia, pudiendo ser un delito de acción si la orden es prohibitiva, será en el tipo subjetivo donde se entablará la disputa para señalar la diferencia entre las ordenes cuya inobservancia se tipifican como desobediencia y las que no. Como ya se vio, la línea jurisprudencial que se trae a consideración pregunta por qué la inobservancia de las obligaciones impuestas en el marco de una excarcelación o de una suspensión de juicio a prueba no motiva la imputación por desobediencia, por oposición al incumplimiento de las medidas previstas en la Ley N° 12.569.

Las obligaciones genéricas estipuladas en el artículo 179 del Código Procesal Penal o la mayoría de las previstas en el artículo 27 bis del Código Penal son formuladas en términos de mandato. Se trata de una norma imperativa “que solo puede ser violada por medio de una conducta que deja de adoptar la que el mandato dispone, es decir, dejar de obedecer” (Creus, 1981, p. LXII). Si tomamos el delito como omisión impropia, no se verá configurado el aspecto conativo del dolo en la omisión. Ante un cumplimiento irregular de las condiciones pautadas, por ejemplo, quien en el marco de una suspensión de juicio a prueba se presenta solo una vez ante el Patronato de Liberados y omite actualizar el domicilio, pero cumple con el resto de las condiciones del instituto, no incurrirá en el delito de desobediencia. No se vería nunca satisfecho el aspecto conativo del dolo en la omisión (D’Alessio, 2007; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Se trata, por supuesto, de un problema dogmático, de lo que da cuenta Stratenwerth (2005), entre otros. Ante ello, resultaría problemático flexibilizar el concepto de dolo en la omisión, limitándolo a su aspecto cognoscitivo.²³

Distinto será el caso de las obligaciones especiales, como por ejemplo la de abstenerse de mantener cualquier trato con la víctima. La orden formulada de modo prohibitivo tendrá como oposición un delito de acción. Bajo esta estructura, el incumplimiento de la obligación, incluso en el marco de una excarcelación, sí motivará la imputación por el delito de desobediencia, pues sin duda se verán acreditados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. La distinción entre sanciones heterogéneas y homogéneas pareciera

²³ Tal decisión sigue Abraldes (2004), quien se apoya en la definición de dolo en la omisión de Cerezo Mir.

ser un mejor criterio para dilucidar en cada caso si corresponde imputar el delito de desobediencia. Solo se verificaría el desplazamiento de la figura ante la existencia de una sanción homogénea –penal–, incluso si la respuesta punitiva es contravencional, sin que ello suponga magnificar la intervención de la Justicia penal ante cualquier incumplimiento. Por otro lado, prorrogar la intervención penal por disposiciones procedimentales conllevaría afirmar que las distintas jurisdicciones provinciales tienen facultades para diferir o habilitar la respuesta punitiva estatal, contraviniendo la manda constitucional que establece como facultad delegada en el Congreso federal la creación de delitos penales en toda la nación a través del código de fondo o de leyes especiales que se sancionen (Constitución nacional, 2016, art. 75 inc. 12)²⁴.

Conclusión

El abordaje de la línea jurisprudencial que postula la atipicidad de la inobservancia de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley N° 12.569 nos introdujo en una problemática de mayor alcance vinculado con la tipicidad del delito de desobediencia y su posible desplazamiento.

Si las facultades otorgadas al órgano jurisdiccional ante el incumplimiento de las reglas enunciadas en el artículo mencionado son entendidas en términos de sanciones específicas, no subsumiendo el primer incumplimiento en el tipo penal, no se explica por qué el

²⁴ Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_01_constitucion_nacion_argentina.pdf.

segundo incumplimiento sí encontraría subsunción típica, si también se legislan para el caso sanciones específicas.

Los precedentes que suelen mencionarse como fundamento de autoridad aparecen marcados por un sesgo ideológico sin perspectiva de género ("Agopian, H." y "Lafuente E.J."), además de ser contradictorios con los propios fundamentos de la Ley N° 12.569 y sus reformas, relevando que los dispositivos en función de los compromisos asumidos por el Estado en materia de sanción, prevención y erradicación de violencia contra la mujer deben servir "tanto para prevenir, cuanto para atender, investigar, sancionar y reparar"²⁵, por lo que la prórroga de la Justicia penal a un segundo incumplimiento no parece alinearse con esa directriz.

Dicha línea jurisprudencial no era uniforme, pues otro criterio trabajaba con el desplazamiento desde la existencia de sanciones homogéneas, es decir, punitivas, como derivación del principio de especialidad al individualizarse una conminación penal determinada para determinado hecho; no operando, por el contrario, el desplazamiento si la sanción era heterogénea.

Asimismo, los precedentes que apoyan la exclusión del tipo por ser "órdenes relativas a los intereses personales de las partes" o el modificado "intereses personales de índole patrimonial" fueron encuadrados en la figura de desbaratamiento de derecho acordados, por lo que la atipicidad de la figura encuentra alguna arista a considerar.

²⁵ Fundamentos de la Ley N° 14.509, disponible en: <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/fw14509.pdf>.

Se afirma como corolario que, de otra forma, el incumplimiento de toda sentencia judicial motivaría una punición por el delito de desobediencia. Pero no es la sentencia, auto o decreto el que motiva la imputación bajo dicha figura, sino el mandamiento dirigido a una persona individualizada que indica un determinado obrar u abstención, conformando una orden de inexcusable cumplimiento. Tampoco se vuelven ociosas las disposiciones sobre ejecución de sentencia, como se alega, pues se trata de dos procedimientos que transitan por carriles paralelos.

El argumento de la sanción específica como instancia propia de la antijuridicidad vincula el incumplimiento a las órdenes con la definición material de delito, postulando, entonces, que si existe una sanción específica no penal es porque no es considerado como jurídico penalmente relevante y, en función del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, no resultaría abordable por su baja conflictividad. No se releva, desde este abordaje, la problemática y la entidad de la situación de violencia que la ley específica intenta enmarcar.

El desplazamiento operado de la figura típica por ejercicio jurisdiccional y doctrinario encuentra dificultades en supuestos como el ventilado en los fallos que se comentan. Ciertamente es que el derecho penal no debe traccionar la maquinaria punitiva con una finalidad prevencional, resorte de otro de los poderes del Estado, pues su tarea es intervenir para determinar el reproche por el hecho acontecido; pero tampoco puede admitirse su prórroga cuando se debe investigar y sancionar un suceso que guarda adecuación típica y que es indiciario de una conflictividad social vinculada con bienes jurídicos tutelados en la emergencia de una situación ponderada por su creciente problemática, aunado a la competencia

excluyente del Congreso nacional en la creación de tipos penales, que se vería obstaculizada formalmente desde disposiciones de jurisdicciones locales.

Para finalizar. La acción típica del delito de desobediencia exige la oposición a un acto de autoridad. Tanto las medidas dispuestas a tenor de lo normado en los artículos 7 y 7 bis de la Ley N° 12.569 revisten la calidad de órdenes en el sentido exigido en la figura legal y su incumplimiento motiva la imputación de la figura prevista en el artículo 239 del Código Penal. En torno a la causal de atipicidad por sanción específica, deben recuperarse las definiciones de sanciones homogéneas y heterogéneas. Luce como un criterio más sólido para pensar la desobediencia. Solo otro encuadre típico desplazaría la figura de desobediencia por aplicación del principio de especialidad. No existe obstáculo para que exista una doble conminación civil y penal en función de la distinta naturaleza de los fueros. Tal criterio, atento a la estructura omisiva-comisiva del tipo penal, no supondría una ampliación desmedida de la intervención punitiva estatal en tanto deberían verificarse siempre los elementos objetivos y subjetivos de la figura que admite solo la forma dolosa y que se integra con un aspecto cognoscitivo y conativo, incluso en el caso de responder a la forma de omisión impropia. No cualquier incumplimiento de una sentencia traería aparejado la imputación por desobediencia, pues, como se vio, el tipo objetivo recae sobre el mandato de la autoridad que fija la orden o prohibición a un individuo determinado. Debe siempre evaluarse la relevancia en la afectación del bien jurídico para afirmar la tipicidad, pues en sede administrativa la desatención de determinados mandatos no justificará la imputación por desobediencia, pero no por la existencia de una conminación específica, sino por la falta de afectación del

bien jurídico que tutela la norma. Son, por otro lado, identificables varios escenarios de doble conminación. La Ley N° 13.982 (Policía provincial, 2009) prevé para el personal policial distintas sanciones, desde el apercibimiento hasta la exoneración, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera haber. En suma, no debe construirse el desplazamiento del tipo penal desde el argumento de la sanción específica, pues en algunas ocasiones estará fundada la doble respuesta administrativa y penal, mientras que en otras, solo la administrativa. Pensar, en tal supuesto, si la inobservancia de la orden específica ha comprometido la Administración pública, afectando la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad ante la desatención de un mandato inexcusable, se ofrece como un mejor argumento.

Referencias

- Abraldes, S. (2004).** Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad. *Revista de Derecho Penal*, 1. Rubinzal-Culzoni.
- Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2011).** *Código Penal*. Hammurabi.
- Creus, C. (1981).** *Delitos contra la Administración Pública*. Astrea.
- D'Alessio, A. (2007).** *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*. La Ley.
- Donna, E. (2008).** *Derecho Penal. Parte especial*. Rubinzal-Culzoni.
- Fierro, G. (2004).** Resistencia y desobediencia a la autoridad en Delitos contra la Administración Pública. *Revista de Derecho Penal*, 1. Rubinzal-Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1990).** *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo Perrot.
- Núñez, R. (1992).** *Tratado de Derecho Penal*. Marcos Lerner.
- Soler, S. (1963).** *Derecho Penal Argentino*. TEA.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general.* Hammurabi.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general.* Ediar.

03.

Perspectivas
socioantropo-
lógicas sobre
la justicia

La eutanasia y el suicidio como ámbitos de libertades

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 27/03/2023 **Aprobado:** 26/04/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.89>

La eutanasia y el suicidio como ámbitos de libertades

Euthanasia and suicide as areas of freedoms

*José Ignacio G. Pazos Crocitto*¹
Universidad Nacional de Córdoba

Resumen: El presente artículo procura relevar los elementos de la figura típica de la instigación y ayuda al suicidio. Analiza los fundamentos de punición de la misma y su vinculación con la figura de la eutanasia y propone una explicación alternativa respecto a la inviabilidad de su previsión penal atento a tratarse de un espacio de libertad no regulable normativamente.

Palabras clave: Suicidio – Eutanasia – Autodeterminación – Adia-phoria – Derechos subjetivos.

Abstract: *This article tries to highlight the elements of the typical figure of instigation and aid to suicide. Analyze the foundations of its punishment and its link with the figure of euthanasia and propose an alternative explanation regarding the infeasibility of its*

¹ Posdoctorando (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Magister en Políticas y Estrategias (Universidad Nacional del Sur). Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Docente de Derecho Penal I, Derecho Penal II, Ciencia Política y de la cátedra libre de Política Criminal y Punitivismo (UNS). Docente de la Especialización en Derecho Penal (UNS) y la Especialización en Derechos Humanos, Género y Diversidad (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Defensor de Cámara ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Correo electrónico: jose.pazosrocitto@uns.edu.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7226-4871>.

criminal provision, considering that it is a space of freedom that is not regulated by law.

Keywords: *Suicide – Euthanasia – Self determination – Adiaphoria – Subjective rights.*

Existe la tesis que entiende que el suicidio es *contra ius*, toda vez que, si las acciones de instigación y ayuda al suicidio son ilegales (art. 83 del Código Penal), la propia acción en que se participa debería serlo en igual medida (Bertolino, 1999).

Este argumento es posible desde la ética de inspiración religiosa, donde se apontoca la doctrina de la sacralidad de la vida y, por lo tanto, se condena el suicidio desde el hontanar teológico y moral. El catolicismo coloca el suicidio entre los actos intrínsecamente perversos (*intrinsicse malum*)².

Por esta vena también se ha inclinado el iusnaturalismo perfeccionista, condenando el suicidio como violación fundamental de la vida, cuya tutela implica un principio moral inderogable (i.e. un absoluto moral); se reconoce una obligación de tipo "solidario" relativa a la suma de deberes que el hombre tiene para con la sociedad (v.g. deberes de ciudadano, trabajador, padre, contribuyente, *et caetera*) y que no puede dañar con su autoeliminación (Finnis, 1991).

La ilegalidad del suicidio, hoy, no se justifica de manera absoluta, según la perspectiva constitucional. Valle Muñiz (1996) afirma que:

si el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y si esta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización, en aras de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida,

² Constitución pastoral *Gaudium et Spes*. Disponible en: https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html.

es indudable que el acto del suicidio es expresión del ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado. (pp. 70-71)

Ahora bien, vinculado con ello ha de señalarse que el derecho argentino tampoco da cabida a ninguno de los supuestos de homicidio por eutanasia; la recepción –punible– de la ayuda al suicidio da cuenta de que nuestro país aún se halla asociado a ideologías conservadoras que entienden que la vida no es un bien del que pueda disponer su titular, y el suicidio no es un derecho fundamental, sino una libertad fáctica (Pazos Crocitto, 2012).

Esta perspectiva no es compartida aquí a la luz de las consecuencias que reporta, y que, a nuestro entender, son inaceptables. Vallini (2019), con acierto, ha sostenido que “la invitación a la ayuda a otros para que ejerzan dicha libertad [de suicidarse] debería, por principio, constituir un hecho apreciado por el ordenamiento” (p. 805; traducción propia).

Para nosotros, como se verá, es correcto aceptar la tesis que sitúa el suicidio en un espacio de libertad que el ordenamiento jurídico está obligado a reconocer. La conducta suicida, entonces, es una potestad (i.e. el ejercicio de un ámbito de libertad).

De forma similar, aunque más atenuada que nuestra postura, se ha dicho que:

Hay que descartar todo favor del ordenamiento jurídico en pro del suicidio, como lo sería llegar a calificarlo como un derecho: se trata de un acto ubicado en un espacio de incoercible libertad, pero no merecedor de aprobación ni de apoyo. Tal solución

–conforme a una concepción personalista oportunamente templada por la ideología solidaria– implica una ejecutabilidad limitada de la pretensión suicida, que induce a colocarla en el ámbito de las potestades o, si se quiere, a considerarla un derecho “tenue”. (Seminara, 2011, p. 196; traducción propia)

Sostener el suicidio como el ejercicio de una potestad devenida de un ámbito de libertad significa que, por un lado, es viable establecer su absoluta legalidad, no en tanto que permiso legal, sino por inviabilidad de la fijación de su prohibición; por otro, se lo extrae de la “categoría ‘intermedia’ sin recurrir a un *tertium genus* connotado por una desaprobación moral del gesto suicida como ‘acto tolerado’” (Canestrari, 2022, p. 25).

El tratamiento jurídico de la participación en el suicidio ajeno y el debate sobre la eutanasia

El tratamiento jurídico de la ayuda al suicidio y, eventualmente, la eutanasia es un debate filosófico, jurídico-penal, social y político, que no tiene una respuesta satisfactoria en muchos ámbitos. Argentina no es una excepción.

La criminalización del auxilio al suicidio, sin procedimientos que establezcan excepciones para actos de eutanasia activa, choca frontalmente con la autonomía de la persona en lo relativo a la decisión en torno a cómo dejar vivir.

El debate político-jurídico respecto de esta cuestión es complejo. Sin ingresar en argumentos morales o religiosos, el debate en torno

a la Ley N° 26.529, reformada por la Ley N° 26.742, se centró en los sistemas de salud-paciente, asegurando que el derecho del paciente ha evolucionado y surgido como una categoría a reconocer por el desarrollo de las tecnologías que generaron la medicalización de la atención y se ha dado en todos los ámbitos, público y privado.³

En resumen, se trata de un bien jurídico individual, del que es titular cada uno de los seres humanos en tanto viven. Conforme lo dicho, no existe vida más o menos valiosa. Cosa distinta es que el derecho –siempre desde una perspectiva naturalística– proyecte su ámbito de protección teniendo en consideración valores ético-sociales de cada sociedad (esto puede o no ser tenido en cuenta, contingentemente, por el legislador). Además, la protección no necesariamente debe hacerse de forma ilimitada, en tanto que no es absoluto el derecho a la vida del que dimana el bien jurídico (v.g. dar muerte en legítima defensa, entre otras posibilidades).

Si la vida es o no un bien jurídico disponible, es también un tema de debate sobre el que avanzaremos específicamente más adelante. El sustrato de este bien jurídico no se determina a partir de criterios normativos, “pero sí es cierto que estos aportan el ámbito o alcance de su protección jurídica, como no podía ser de otro modo” (Romeo Casabona, 2003, p. 16).

Político-criminalmente existen tres sistemas en torno a esto en los ordenamientos penales de occidente (Cancio Meliá, 2022): los que sancionan el auxilio al suicidio (v.g. Código Penal argentino);

³ Véase <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/jornada-de-debate-nueva-ley-de-los-derechos-del-paciente/+3440>.

los que prevén un derecho al suicidio asistido (v.g. Código Penal suizo); los que permiten a modo de excepción la asistencia al suicidio de otro en supuestos de crisis médicas generadoras de grandes sufrimientos (v.g. la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia española, de 2021).

Con ajuste a la primera tesis, se introduce la idea de que la declaración constitucional de que todos tienen derecho a la vida⁴ es un argumento inobjetable, según Rodríguez Mourullo (1982), para asentar la prohibición del suicidio (y de la eutanasia), pues el derecho a la vida sería una garantía frente al Estado, que obligaría a este a respetar y proteger la vida de todos; pero, en cambio, no tendría esta garantía el sentido de engendrar a favor del individuo la facultad de libre disposición de su propia vida, de manera tal que pueda consentir válidamente su muerte.⁵ De ahí que se sancione este tipo de conductas y ello no sea anticonstitucional.

Contrariamente a ello, y apontocada en la segunda tesis, Bustos Ramírez entiende que el derecho a la vida, en tanto que garantía

⁴ Nuestra Constitución nacional no habla de manera directa, específica, clara y concreta del derecho a la vida; recién con la reforma constitucional de 1994 podemos entender que dimana de los artículos 33 y 75.22 de la Constitución, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y 8 de la Ley N° 26.061.

⁵ Si la esencia del bien jurídico es la relación de disponibilidad, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia; lo contrario es paternalismo estatal. Desconocer la relevancia del consentimiento es desconocer a la víctima (se trata de un argumento constitucional). Separar el bien jurídico de su titular es negar el concepto mismo de bien jurídico. Es un nuevo intento de subordinar a la víctima. Pretender que los ciudadanos usen los bienes jurídicos en determinada forma es no respetar la *autonomía de la voluntad* ni el *concepto personalista del derecho*. Se pretende con esto un derecho transpersonal, retornando a la *tutela del bien jurídico* más allá de la voluntad de su titular: se penan pragmas sin conflictos (violatorio del artículo 19 de la Constitución). Véase Zaffaroni, Alagiy Slokar (2002).

constitucional, en ningún caso podría limitar la voluntad del sujeto. El deber del Estado es favorecer la vida, mas no impedir la libre disposición por su titular, hecho que se ve confirmado por la irrelevancia jurídico-penal del suicidio. Por ello, sostiene que “no se puede influir sobre la conciencia del sujeto respecto a tal disponibilidad. Más aun, la criminalización de tales influencias no sería sino una consecuencia del planteamiento constitucional que el Estado tiene que propiciar la vida” (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 2006, pp. 90-91).

Canestrari (2022) argumenta que el suicidio es una libertad, no un derecho constitucional, pero que no provoca en absoluto que exista una obligación general para el Estado de no criminalizar el auxilio al suicidio. Y, por esta vena, distingue político- criminalmente el auxilio al suicidio no eutanásico (suicidios provocados por “heridas del alma”) de la eutanasia (situaciones de “cuerpos prisioneros”, en las que se halla vinculado el actuar médico). En el primer campo, entiende, las dificultades de verificación de la existencia de un verdadero suicidio (i.e. libre y responsable) respaldan la criminalización del auxilio al suicidio; en el segundo supuesto, postula que ha de haber algún margen para permitir la asistencia. Sostiene que la ayuda al suicidio y el suicidio médicamente asistido “no son gemelos siameses ni tampoco hermanos; son solamente parientes que se rebelan ante una ‘convivencia forzada’” (p. 18).

Por nuestra parte, entendemos que la vida es un bien libremente disponible por su titular. En consecuencia, el suicidio es un acto libre y jurídicamente no desaprobado. En palabras de Cobo y Carbonell Mateu (1988), el hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, “bajo ningún concepto es susceptible de instrumentalización de clase

alguna”; apuestan a la preeminencia del derecho a la libertad bajo la férula del más absoluto respeto al principio de autonomía de la voluntad:

Situa[ndo] la libertad en la cúspide [de] los valores, [para] asumir el criterio liberal de que todo ciudadano tiene derecho a hacer cuanto quiera, incluso morir, sin mayores limitaciones que las derivadas de la libertad ajena, y por encima de prejuicios culturales o ético-sociales de cualquier índole. (pp. 548-549)

Por esta vena, el derecho a la vida ejerce una función garantista, de acuerdo con la normativa superior mencionada. Ello, sin embargo, nada nos dice sobre el alcance de esa protección jurídica. Es precisa su articulación normativa con los demás derechos y libertades constitucionales. Como el fundamento del orden político y social es el de la dignidad de la persona (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad han de iluminar la intelección y alcance de las restantes garantías. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁶ Esto implica que el derecho a la dignidad es el valor más importante a respetar, está por sobre la potestad estatal y el Estado no puede vulnerarlo ni restringirlo. El concepto de *dignidad inherente* fue definido por la Corte IDH como aquella inseparable, por su naturaleza, del ser humano, pues el derecho a la dignidad lo tiene el hombre por su condición de humanidad. Esta afirmación es intuitivamente verdadera, por lo que no necesita ser probada.

⁶ Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988.

La dignidad de la persona se configura como un principio dinámico que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales. Por ello, el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y, si esta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización en aras de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida, y, consecuentemente, el suicidio es expresión del ejercicio de un derecho. Valle Muñiz (1996) sostiene que es un derecho constitucionalmente amparado. Para nosotros nada tiene que decir aquí el derecho: es un espacio de acción no prohibido.

Desde una concepción naturalística, y también normativa, tanto quien proporciona una sustancia letal a un suicida como quien se la suministra está cooperando en la materialización de la decisión del suicida de poner fin a su existencia, evidentemente con diversa intensidad en la aportación material del hecho; mas en ningún caso parece posible configurar una posición de autoría en un delito de homicidio. En consecuencia, el suicidio aparece como el presupuesto típico ineludible de las conductas que tienen al propio sujeto, y no a un tercero, disponiendo de su vida.

La causación de la muerte se configura como un hecho propio, no como un hecho ajeno aceptado.

Ahora bien, en el auxilio ejecutivo, el dominio del hecho por el suicida no puede interpretarse como la capacidad de interrumpir el curso causal puesto en marcha por el tercero. Tal restricción del concepto de suicidio no se compeadece con una interpretación teleológica del tipo y, en honor a la verdad, no es mantenida

por ningún representante de [la] doctrina. En realidad, si con dominio del hecho nos queremos referir al control de la ejecución, en el caso del suicidio, este se dará cuando el suicida mantenga en todo momento la propiedad sobre la decisión de su muerte. (Valle Muñiz, 1996, p. 702)

Lo dicho nos permite introducir la conducta eutanásica en el contexto del suicidio consentido para el análisis que nos proponemos. No se nos escapan las diferencias epistémicas, pero a los fines aquí procurados esta equiparación es factible.

En el Código Penal nacional, la eutanasia no encuentra regulación expresa, esto así, porque el homicidio es siempre considerado un delito más allá de los motivos implicados en la conducta, que, como es el caso, halla fulcro en atenuar el dolor ajeno (i.e. dar muerte a otro es siempre delictivo para nuestra legislación, sea cual fuere el motivo).

Hay, sin embargo, regulación sobre un aspecto emparentado: el suicidio. Además, a los fines de evitar problemas éticos, y en pro de receptar el principio de autonomía de la persona, la legislación argentina ha regulado aspectos marginales al respecto a través de la Ley N° 26.529, reformada por la Ley N° 26.742.

Roxin (1999), con acierto, aproxima la eutanasia al suicidio cuando sostiene: "Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones" (parr. 1).

El autor destaca que ha de distinguirse la eutanasia en sentido amplio y en sentido estricto. La eutanasia en sentido estricto existe cuando la ayuda es suministrada después de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte está próxima con o sin tal ayuda. La eutanasia en sentido amplio se presenta cuando alguien colabora con la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía por más tiempo, pero que quiere poner fin –real o presuntamente– a una vida que le resulta insoportable por causa de una enfermedad. Es una muerte piadosa que se da a los enfermos cuya curación se tiene por imposible y cuando se encuentran sometidos a sufrimientos que los recursos de la ciencia no pueden suprimir ni paliar. Lo que ha de estar claro es que este tipo de conductas no puede asimilarse a los casos de homicidio agravado por alevosía, ni a los de eutanasia económica o eugenésica (Pazos Crocitto, 2012).

Ahondar en cada supuesto supera nuestra propuesta, pero de manera amplia es factible sostener que los diversos supuestos que pueden introducirse en la clasificación mencionada pueden reconducirse a la modalidad más amplia de asistencia al suicidio, siempre que nos hallemos frente a situaciones consentidas por el agente. Si las conductas se realizan en contra de la voluntad del paciente, se abre un espectro de posibilidades: desde sostener que la acción será típica de lesiones (arts. 89, 90 y 91 del Código Penal), al ser un ataque contra la integridad física del sujeto pasivo; o que la acción estará justificada por el estado de necesidad; o bien que será atípica por cumplimiento de un deber, ya que, de negarse el médico a prestar asistencia, sería pasible de abandono de personas (art. 106 C.P.), a partir de su posición de garante; o en su defecto habrá una omisión de auxilio (art. 108 del Código Penal); *et caetera* (Pazos Crocitto, 2012).

Aun ciñendo el ámbito de operabilidad de la eutanasia a supuestos en que una persona presenta un cuadro clínico irreversible (i.e. enfermedades incurables con padecimientos físicos o psíquicos insopportables), es preciso destacar que estas conductas pueden responder a los deseos expresos del paciente, o bien a otro tipo de consideraciones (v.g. respeto a la dignidad del sujeto, argumentos clínicos, *et caetera*); al ser el consentimiento del sujeto –o, si se quiere, su petición expresa– esencial en la labor de tipificación penal, la distinción debe reducirse a las hipótesis acerca de si este proceder fue voluntario o involuntario.

El suicidio. Su historia y la regulación penal argentina

La Edad Media ostentaba un pensamiento que visualizaba el suicidio como tabú, marcando, por esta vena, un quiebre con la Antigüedad Clásica. La prohibición relativa al suicidio era absoluta y se sumaba a las sanciones de tipo social y religioso. Por un lado, san Agustín de Hipona (354-430), sustentándose en las Sagradas Escrituras y el V Mandamiento (“No matarás”), sostenía que la prohibición de dar muerte se dirigía a cualquier ser vivo, no solo al prójimo, e incluía el darse muerte a sí mismo. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) aditaba a tal argumento la idea de que el suicidio atentaba contra la ley natural y contra Dios en clave aristotélica, en tanto implicaba un daño a la comunidad. En breve, el suicidio generaba dos males: un pecado y un perjuicio social (i.e. se vulneraba con la misma conducta a Dios, a la comunidad y a sí mismo). En este período es destacable recordar que se sancionaba bifrontemente al suicida: ensañándose con sus restos y confiscando sus bienes. Paradójicamente, el suicida fallido solía ser condenado a muerte.

De allí que la no punibilidad del suicidio sea relativamente reciente. Bentham (2005) rechazaba que se introdujera esta conducta dentro de los delitos contra la población, pues no tiene influencia perceptible sobre ella: “La población depende únicamente de los medios de subsistencia, y se aumenta o disminuye con ellos” (p. 70). Por ello, la colocaba dentro del espectro de los delitos contra sí mismo, y concluía que “someterlos a penas sería hacer con las leyes un mal mucho mayor que el que se quería prevenir”, pues son actos que desdibujan los límites que separan “la moral y la legislación” (p. 62). La importancia de su estudio, sostenía, era para mostrar cuáles delitos no merecían ser sometidos a la severidad de las leyes.

Beccaria (1965) justificaba la inutilidad de su sanción en la convicción de su ineficacia disuasoria. Carrara (2010), con su claridad sin par, examinaba el derecho innato inalienable a la vida y concluía que esa inalienabilidad era problemática, pues aparejaba un deber del hombre hacia sí mismo:

es peligroso andar por esta línea, porque establecido como principio que la sociedad tiene un derecho sobre la conservación de mi vida aun contra mi voluntad, de ello se deduciría inevitablemente la consecuencia del derecho de la sociedad de castigar la intemperancia, y hasta la misma emigración. En virtud de esta observación, el suicidio o el consentimiento a la propia muerte, aunque pecado gravísimo, nunca podría declararse delito. (p. 163)

Más allá de estas perspectivas religiosas, la causa de la impunidad del suicidio es el suicidio mismo. Quien se priva de la vida impide con su acto cualquier medio represivo contra su persona. En la tentativa

de suicidio es también estéril la represión, pues produciría el efecto contrario a las finalidades perseguidas a partir de una sanción. Por ello, en las legislaciones positivas de occidente el suicidio o su tentativa son impunes.

El individuo, como miembro integrante de la sociedad, tiene derecho a disponer de su propia vida. Sin embargo, opiniones como las de Eberhard Schmidhauser han sostenido que el hombre tiene obligaciones frente a la sociedad, como son las deudas de carácter civil, las obligaciones familiares e incluso las laborales; estas cargas le impiden gozar de una disponibilidad absoluta de su vida (Díaz Aranda, 1997).

Las obligaciones frente a terceros, entendemos, no pueden devenir el fundamento para imponer a los individuos el deber de vivir. Sostener lo contrario implicaría instrumentalizar al ser humano como medio de alcanzar fines sociales y no como fin en sí mismo. Sería una concepción utilitarista o colectivista del ser humano.

Merkel (2004) ha señalado que no hay contradicción en dejar impune al suicida, mientras se impone pena a la tercera persona que da muerte a otro de acuerdo con la voluntad de él: no hay inconsecuencia en ello pues

el perjuicio causado a intereses protegidos por el Derecho puede tener un carácter psicológico completamente distinto, cuando ese perjuicio parte del mismo individuo a quien tales intereses pertenecen, que cuando provenga de un tercero, aunque dicho perjuicio sea causado con la aprobación del interesado; por lo que

en el primer caso es posible que el castigo sea inútil o hasta dañoso, en tanto que en el segundo es conveniente. (p. 172)

En Argentina, el artículo 83 del Código Penal aborda el tratamiento jurídico penal de conductas de instigación y cooperación en el suicidio ajeno. El suicidio, como elemento típico ineludible de esta figura, supone una delimitación tajante con las modalidades homicidas. Y en ello subyace precisamente lo problemático del tipo penal: se sustituye la tutela del derecho a la vida por la protección de una vida no deseada por su titular.

El precepto otorga una relevancia relativa al derecho a la libre disponibilidad de la propia vida (Valle Muñoz, 1996). Nada puede obviar que la conducta suicida es atípica para el derecho argentino, sin embargo, alguna doctrina, a partir de la conminación penal de la instigación y ayuda al suicidio, ha sostenido el carácter antijurídico de este último:

Siendo la vida humana un bien jurídico indisponible, sin embargo no resulta punible la conducta de quien se decide matar por cuestiones de política criminal, a fin de no devaluar dicho interés jurídico, es que se prohíbe penalmente que terceros coadyuven a tal decisión, pues las relaciones humanas se basan en el fiel respeto por los valores superiores; todo lo contrario, los individuos deben de buscar persuadir al potencial suicida para que abduque en tan drástica determinación. (Peña Cabrera Freyre, 2008, p. 158)

Es claro que mantener la antijuridicidad del suicidio en una legislación donde tal conducta es atípica no es de recibo. De allí que

Levene (h) (1977) sostuviera, procurando una adecuación en este plano de extrañezas:

en nuestra ley vigente, el suicidio no es delito, y la instigación al suicidio, por lo tanto, se incrimina como delito *per se*, porque no se coopera a un delito, sino que esa simple actividad es un hecho ilícito, ya que el suicidio no lo es. (p. 140)

Sea como fuere, el artículo 83 del Código Penal castiga la inducción y la cooperación necesaria en el suicidio ajeno, que se distingue de los casos de homicidio simple (art. 79) y calificado (art. 80), en cuyos supuestos quedan incluidos los actos ejecutivos orientados teleológicamente a la muerte de otro. La vida no deseada por su titular se configura como bien jurídico protegido, por tanto, se relativiza considerablemente el valor del derecho a la disponibilidad de la propia vida. Asimismo, no se da respuesta autónoma a ninguna hipótesis de eutanasia.

En esta figura penal se prevé el castigo para la inducción y determinadas formas de cooperación en el suicidio de una persona. La presencia de un suicidio, por tanto, delimita las diversas hipótesis frente a los supuestos de homicidio, y dota de autonomía y especificidad a lo injusto de los tipos relacionados con el suicidio. El legislador aquí elevó a delito autónomo lo que no son sino formas de participación en un hecho ajeno (Donna, 2001).

El suicidio es un acto eminentemente personal que realiza el propio suicida en el sentido de “quitarse uno mismo la vida”, lo que implica que es necesario que el sujeto controle en todo momento el proceso de producción de su muerte (que mantenga el dominio

del hecho) (Torres y Pazos Crocitto, 2016); o, por el contrario, basta para calificarlo como tal la manifestación de la voluntad de morir (Díaz y García Conlledo, 2002; Méndez de Carvalho, 2009). A lo dicho se suma una serie de baremos a tener en cuenta, que aparecerá un concepto más amplio o restringido de lo que se entiende por suicidio e impactará en la caracterización jurídica que se realice de la intervención de terceros en estas conductas: acerca de si el suicidio abarca conductas activas por parte del sujeto activo (el suicida) o también omisivas;⁷ en torno a la capacidad requerida al sujeto activo (el suicida) para caracterizar su acto como suicidio;⁸ y, finalmente, si existen también diferencias a la hora de exigir una voluntad directa o eventual de perseguir la muerte.

La conducta del suicida precisa de un despliegue de autoría y que no sea este utilizado a su vez por otra persona como instrumento, pues en este último caso, aunque en ocasiones quizá cupiera hablar de suicidio, la persona que utilizara a la víctima como instrumento sería autor mediato de un homicidio y no participe en un suicidio –en este sentido, se puede decir que el hecho del suicida ha de ser libre y responsable, a fin de que las conductas de terceros intervinientes sean de participación en él– (Álvarez García, 2010; Corcoy Bidasolo y Gallego Soler; Méndez de Carvalho, 2009). A ello hay que añadir la nota de que la propia muerte se realice al menos con dolo eventual.⁹ Como consecuencia de esta caracterización,

⁷ Por la afirmativa, Silva Sánchez (1987).

⁸ Álvarez García (2010) parte de las estructuras de la imputabilidad, y sobre ello exige la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de la voluntad en relación con el bien jurídico protegido.

⁹ Nos inclinamos por esta postura, pero la doctrina no es pacífica. En el sentido postulado, Torres y Pazos Crocitto (2016), también Silva Sánchez (1987). En contra, Soler (1992) y Núñez (1988).

la participación en el suicidio se diferencia de otras figuras como el homicidio consentido o incluso a petición de la víctima en que en estas quien determina positivamente la muerte –quien posee el dominio del hecho, quien es autor de la muerte, quien mata– es el tercero y no el que muere (Torres y Pazos Crocitto, 2016).

Por ello es tan complejo determinar aquí el bien jurídico en juego, toda vez que el suicidio es, desde el hontanar conceptual, el “homicidio de sí mismo”; es un ataque a la vida, pero del cuerpo de uno mismo.

Desde el hontanar de las pautas político-criminales adoptadas en el tratamiento penal de la participación de terceros en el suicidio, esto implica situar el límite al derecho a la libre disponibilidad de la propia vida en la intervención de terceros. Sin embargo, es indudable que las conductas de cooperación en un acto lícito libremente asumido por el titular de la vida no deseada no deberían merecer reproche penal. Presentes las garantías, cautelas y requisitos necesarios para asegurar la auténtica naturaleza suicida de la decisión, la opción por criminalizar estas conductas no es más que el soslayamiento de la efectiva vigencia de derechos constitucionales de primer orden: en breve, de nada sirve reconocer el derecho a la dignidad de la persona, que se engarza con la autodeterminación del individuo, si posteriormente se cercena su libre ejercicio y, peor aún, se imponen deberes especiales de actuación contra la ejecución de la propia muerte.

Derechos y deberes

Es conocido el esquema de pensamiento de Hohfeld (1968) en torno a que entre derechos (de alguien) y deberes (de otro u otros) existe una correlación. Sin embargo, es relativamente simple advertir que, mientras los derechos son siempre correlativos a determinados deberes, los deberes no son siempre correlativos a determinados derechos. Es posible establecer normativamente obligaciones y prohibiciones que no tienen carácter relacional, es decir, que no son en favor de nadie. En esos casos, de la obligación o la prohibición no se deriva pretensión o potestad alguna; sin embargo, supone una restricción normativa sobre la conducta del sujeto, una limitación de su libertad de actuar, es decir: una situación de deber. Este tipo de deber no es relacional y no es, por tanto, correlativo de un derecho ajeno. Por esta vena, Sumner (1987) ha indicado que: “La noción deóntica simple de un deber es, en contraste [con la de Hohfeld], no-direccional y por tanto no-relacional” (p. 24).

Por el contrario, los derechos –para la mayoría de la doctrina– sí parecen ser, en todo caso, correlativos de deberes, lo cual supone que el concepto de derecho subjetivo designa una situación más compleja que la de deber.

Hart (1955) niega la correlación también para el caso de los derechos, dando como ejemplo el supuesto de dos personas que encuentran un billete en la calle: ambas tienen derecho a recoger el billete y hacerlo suyo, pero ninguna de ellas está obligada a permitir a la otra que lo recoja.

Feinberg (1980) también ha negado la correlación de un derecho con un deber, con un argumento distinto: explicando el significado que tiene el término “derecho” cuando se invoca para satisfacer necesidades en condiciones de escasez. Sostiene: “Estamos abocados a concebir un derecho como un título a determinado bien, pero no como una reclamación válida contra cierto individuo particular” (p. 153).

En estos casos, frecuentes en el lenguaje político, un derecho significa una urgencia moral pero no una reclamación válida contra nadie, y, en este aspecto, no precisa ser correlativo con el deber de otro. En dichos supuestos, Feinberg entiende que se utiliza el término derecho *manifesto sense*.

Nosotros hemos sostenido oportunamente que existen derechos no correlativos a ningún deber. Este es el caso de las conductas jurídicamente *adiaphoras* (i.e. conductas que el derecho no regula; son permisos por ausencia de constreñimiento, en nuestra terminología) o de las conductas expresamente permitidas pero no protegidas (son permisos expresos del derecho, como derrotabilidades frente a prohibiciones específicas).

La teoría de la voluntad, cuyo representante más destacado fue Bernhard Windscheid, sostiene que un derecho subjetivo jurídico es siempre un poder de la voluntad protegido jurídicamente, por lo que el contenido del derecho es siempre disponible para su titular. Aun siendo la teoría más extendida en el ámbito de la dogmática jurídica ha tenido que afrontar ciertas objeciones entre las que destacan dos: el pacífico reconocimiento jurídico de la titularidad de derechos subjetivos

a seres humanos incapaces, como los infantes o los enfermos o deficientes que no pueden gobernarse a sí mismos, objeción que suele resolverse recurriendo al dudoso argumento de la interposición de la voluntad de un representante, y la todavía más insalvable del pacífico reconocimiento jurídico de ciertos derechos inalienables –y, por tanto, indisponibles para su titular como son los llamados derechos de la personalidad. Puesto que “los derechos de la personalidad se consideran tradicionalmente innatos, esenciales a la persona, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles” –señalan Diez Picazo y Gullón (1997, 327)– “[d]e estas características se desprende que en ellos sufre una notable restricción el radio de acción de la autonomía de la voluntad”. Como consecuencia “[p]ara los cultivadores del Derecho público, los derechos de la personalidad presentan una problemática distinta de la que poseen para los del Derecho privado. Aquéllos ponen el acento en la fundamentación ética, filosófica y política de tales derechos, mientras que los últimos hacen denodados esfuerzos para encajarlos en las categorías tradicionales en que siempre se han desenvuelto en el estudio de los derechos patrimoniales, concretamente en el derecho subjetivo, entendido como poder jurídico reconocido o concedido por la norma jurídica... Pero, si se aplica la categoría de derecho subjetivo a los derechos de la personalidad, la oscuridad se presenta de inmediato” [...] Las teorías voluntaristas sostienen que el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. En este aspecto cualquier libertad protegida constituye, en un sistema normativo dado, un derecho subjetivo; sin embargo, una pretensión, una potestad o una inmunidad sólo constituyen un derecho subjetivo si van

acompañadas de la atribución a su titular de la libertad de ejercitar o no ejercitar su contenido. (Hierro, 2016, pp. 142-143)

En este sentido, hay que entender que una persona, en tanto agente moral, tiene, en lo relativo a la autodeterminación sobre su propia vida, un derecho discrecional activo, i.e. una libertad completa para realizar una acción o una actividad o una potestad de libre ejercicio sobre la conducta de otro u otros; el titular es libre de ejercer o no ejercer el derecho y es libre de renunciar a su protección en caso de violación (Atienza, 1985).

Si un derecho moral básico de todos los seres humanos es de este tipo y, por su relieve moral, lo consideramos irrenunciable e imprescriptible lo que ello supone es que ningún ser humano puede renunciar o enajenar la condición de titular del derecho, aunque voluntariamente pueda no ejercerlo nunca, o bien renunciar o enajenar su ejercicio en situaciones concretas, o bien renunciar a reivindicar su protección o la reparación por su violación cuando se haya producido. (Hierro, 2016, p. 146)

El problema estriba en que el derecho a la vida es visto no como un derecho discrecional activo, sino como un derecho obligatorio activo, según el cual estamos de cara a un derecho a realizar determinada acción o actividad (o a ejercer determinada potestad) que es obligatoria para el titular y, en consecuencia, el titular no puede dejar de ejercer o disfrutar ni puede renunciar a reclamar contra su violación. De ello se colige que no son renunciables, de tal modo que los demás no pueden privar al sujeto de su ejercicio y disfrute pero pueden obligarlo a disfrutarlo.

Conclusiones

Asiste razón al Tribunal Constitucional de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) en cuanto entiende que “el derecho a la autodeterminación de la muerte” (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*) es un “derecho al suicidio” sobre la base de una decisión libre y consciente. Ello no se puede circunscribir a una determinada condición de salud, a una cierta fase de la vida ni a una revisión de los motivos del poseedor de la vida, lo que apareja “asimismo la libertad de buscar la ayuda de terceras personas para ese fin, así como de recibir tal ayuda, en caso de que le haya sido ofrecida” (en Castrari, 2022, pp. 46-47).

La decisión autorresponsable es un auténtico espacio de libertad tanto horizontal (i.e. no requiere la existencia de patologías o situaciones vitales específicas), como vertical (i.e. la posibilidad del individuo de pedir y recibir ayuda para dicha finalidad).

Yendo más allá, la libertad de elegir la muerte propia debe pertenecer a la esfera de la más exclusiva intimidad de la persona. Cualquier injerencia externa sobre esa decisión, es un avance sobre la libertad del individuo que debe ser sancionable –solo si acaece la muerte–.

Aun admitiéndose lo anterior, se debe progresar más en esta construcción. La vida no puede hallarse como un bien jurídico huero de toda conexión, precisa de una interpretación conjunta con el principio de dignidad de la persona. En línea con esto, la calidad de vida puede ser un baremo que permita dividir un caso factible de eutanasia de los que no se pueda proceder. Ello deberá resolverse

en lo concreto, no puede construirse una regla abstracta. En países laicos como la Argentina, el *in dubio pro vita* no puede convertirse en una obligación de vivir en cualquier condición, debe interpretarse según parámetros de calidad de vida y legitimarse en el consentimiento del paciente (Pazos Crocitto, 2012).

El suicidio debe rodearse de una cualidad de no prohibido (*unverbotenheit*). Que el ordenamiento jurídico regule los actos de auto-causación de daños repugna a una concepción antropológica del Derecho. Periclita en un plano de indistinguibilidad entre la concepción del hombre como sujeto o como objeto normativo.

En rigor, no puede ser responsabilizado penalmente quien posibilita la muerte libre de otra persona que padece graves sufrimientos y quiere acabar con su vida, poniéndole a su disposición veneno o una pistola.

Debe quedar claro que la impunidad del tercero únicamente tiene lugar en un suicidio “responsable”. De este modo, quien proporciona ayuda a una persona aquejada de psicosis con peligrosas tendencias suicidas es siempre castigado como autor de un homicidio. La cuestión es, entonces, cuándo hay suicidio “responsable”. La discusión se halla dividida entre los que postulan la inculpabilidad y los que se remiten a los principios que rigen la eficacia del consentimiento.

El homicidio a petición es punible bajo cualquier circunstancia en Argentina. Se trata de una conducta dirigida a un acortamiento de la vida consistente en un hecho comisivo en el que se posee el dominio del acto que inmediatamente conduce a la muerte. La

participación en el suicidio ajeno también es punible, a partir de la regla fluyente del artículo 83 del Código Penal.

Entendemos que, *de lege ferenda*, debe construirse una despenalización del homicidio a petición. Aunque no está de más señalar que el suicidio representa en el derecho penal de nuestro tiempo una conducta atípica (i.e. no descrita por la ley):

Sin embargo, ora estemos ante Códigos que silencian por completo la cuestión, ora se trate de textos que castigan epifenómenos suyos, o sea, actos de participación en una conducta principal atípica, primero hay que resolver el problema de si el suicidio pertenece a la esfera de lo jurídicamente adiafóro o si el Derecho se ocupa de algún modo de él, permitiéndolo o prohibiéndolo. (Guzmán Dálbora, 2010, p. 26)

Parte del penalismo contemporáneo niega que exista un derecho a la muerte, pero asume al mismo tiempo que la real facultad de que un individuo se la procure desbordaría el terreno del derecho, restando así en el plano de lo jurídicamente *adiafóro*.

Siendo así, la pertenencia del suicidio al terreno de la ética no parece incompatible con que el Derecho deba reputarlo como un acto lícito, siempre y cuando se mantenga dentro de aquellas fronteras, como quiera que su licitud está subordinada a la práctica directa por el propio interesado. Todo lo cual, por último, viene a coincidir con la constatación de que "si es verdad que la vida es el presupuesto natural de todos los valores humanos, la traducción en términos jurídicos de este principio no tiene correspondencia con la afirmación de que existe un deber

jurídico de vivir o que continuar con vida sea una obligación” (F. Ramacci). (Guzmán Dálbora, 2010, p. 27)

Para Jakobs (1996), en lo que hace a la eutanasia y el suicidio, la prohibición debe abarcar únicamente muertes irracionales. Siendo racional el deseo de morir de una persona, su derecho a la autodeterminación debe respetarse de la misma forma que en la eutanasia indirecta o en la pasiva. La plataforma desde la que parte Jakobs estriba en que “el individuo se debe a la comunidad, pero sólo mientras vive; en cambio, no está obligado frente a la comunidad a vivir” (p. 7). No discute la indisponibilidad de la vida desde la moral o la religión, sino que ello no puede fundar una norma penal. “Sobre el suicidio y sobre el consentimiento en el homicidio, cada individuo ha de decidir por sí mismo. Esto no es asunto del Estado” (*ibid.*).

Objeciones a la postura que esgrimimos se observan en tesis como la de Canestrari (2022), pero ello se debe a un examen de circunstancias no atendibles, como ser la “psicología de lo profundo” relativa al suicida, la “tragedia” psicoanalítica atravesada, la “enormidad” de un gesto autoaniquilatorio o el atravesamiento “emocional” o incluso “económico” íntimo. Por ello, el autor releva la importancia del nexo entre “padecimientos del alma” y “sufrimientos del cuerpo” como baremos condicionantes de la autodeterminación de una solicitud de asistencia a morir. Todo ello, vinculado al sufrimiento íntimo y psicológico, pero en modo alguno analizable desde el hontanar de la autodeterminación normativamente garantizada. Además, es una forma elíptica de reintroducir el debate jamás zanjado en torno a la libertad o el determinismo encorsetados por un pensamiento psíquicamente condicionado, cuestiones que el derecho no debería abordar.

Lo jurídico no puede menos que recoger lo que observa de lo humano y no algo que directamente no es humano. Por ello, el indeterminismo no puede ser entendido antropológicamente de otro modo que como autodeterminación, y jamás como un ámbito de libertad absoluta, humanamente inconcebible (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). La autodeterminación es un ámbito o catálogo de posibles conductas de una persona en una situación constelacional dada. No puede el derecho penetrar el ámbito de libertad decisoria de un individuo. El catedrático de la Universidad de Bolonia, a los fines de adecuar su tesis, introduce un estándar preocupante que adita al consentimiento. Así, “ante una petición formulada por razones de mero padecimiento psíquico” entiende que el consentimiento ha de ponderarse en su validez evaluando los “desgarros del alma”, y, en un giro que entendemos inadecuado, sostiene que:

La legalización de la asistencia al suicidio como manifestación de la autodeterminación *toutcourt*, prescindiendo de condiciones patológicas previas, lleva a una *afirmación abstracta* de la dignidad de la decisión suicida como forma de afirmación de la persona. Se trata de una articulación de la dignidad en términos objetivos que sirve para absolutizar el valor de una dimensión abstracta. (Canestrari, 2022, p. 92)

En rigor, para nosotros implica precisamente lo contrario, vaciar el concepto de dignidad de elementos exógenos que la llevan a peyorar en eticidades o psicologismos inatendibles en su normatividad conceptual.

La eticidad en sí misma ya no es un fin del Estado, y *per definitionem* no puede serlo en un Estado que garantiza a través de derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo. “Queda claro que el Estado ya no dispone del material con base en el cual puede enjuiciarse un suicidio. No puede enjuiciarse si un suicidio es racional o irracional” (Jakobs, 1996, p. 18).

Entendemos que cabe situarse en el polo opuesto, coligiendo la vida como un derecho vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, que incluye en su amplio contenido el derecho a disponer de la propia vida por su titular. De esta forma, no solo el suicidio sino también la eutanasia activa directa serían manifestaciones del ejercicio legítimo de un derecho. La eutanasia debería representar un espacio de libertad, una *adiaphoria* (i.e. un espacio no regulado jurídicamente). Con esto entendemos que tampoco puede interpretársela como un permiso débil. Dicho de otra forma, el legislador no tiene las puertas abiertas para incriminar la eutanasia activa directa en atención a difusos intereses públicos, ni tampoco puede despenalizarla otorgando un permiso legal (i.e. una causal de justificación).

Tanto la eutanasia pasiva como la activa forman parte del derecho a tomar decisiones que se hallan en el acervo que capta la integridad personal y la autodeterminación del individuo. Reconocer un derecho a cualquier persona que quiera morir no debe conducir a espanto. Quienes rechazan esta tesis deben recurrir al paternalismo estatal solapado tras rótulos y etiquetas fraudulentas.

El argumento de la dignidad de la persona suele utilizarse de forma bifronte, ya sea para sostener a ultranza el mantenimiento de

la vida –aun contra la voluntad de su titular– o para admitir la autodeterminación del agente. Dicho de otra forma, el argumento de la dignidad es una herramienta tan flexible que es utilizada tanto por los detractores como por los partidarios de la eutanasia. Lo cierto es que es una figura axiológicamente abierta que se halla en permanente proceso de construcción. Su progresividad epistémica, entendemos, debe coronar en el reconocimiento de la total autodeterminación, y no a la inversa. Las únicas restricciones que pueden derivarse de este principio son respecto de las injerencias –no deseadas– de los terceros hacia el agente (v.g. torturas, trato indigno, vejaciones, *et caetera*).

El temor al peligro de la instrumentalización ideológica de la dignidad, o las dificultades de su conceptualización, no deben llevar a una restricción de dicho principio.

El derecho a la vida es, desde esta perspectiva que hemos presentado, un derecho discrecional activo. El derecho a la autodeterminación en este ámbito implica que a cada uno se le ha de dejar decidir si quiere indicar que no desea tratarse más médicamente para contrarrestar una enfermedad o lesión, o, sin más, si quiere zanjar la continuidad de la propia vida.

Ya señalaba con acierto Durkheim (2008) que, si hemos renunciado a prohibir legalmente el suicidio, es porque su inmoralidad no nos parece tan evidente:

Dejamos que se desarrolle libremente porque no nos escandaliza tanto como antiguamente. Pero no es con disposiciones legales como podrá despertarse nuestra sensibilidad moral. No

depende del legislador que un hecho nos parezca o no moralmente detestable. Cuando la ley reprime actos que la opinión pública considera inofensivos, es ella la que nos indigna, no el acto que castiga. Nuestra excesiva tolerancia respecto al suicidio proviene de una generalización del estado de ánimo del que deriva, de modo que no podemos condenarlo sin condenarnos a nosotros mismos; estamos demasiado impregnados de él como para no excusarlo en parte. (p. 192)

El sujeto, antes dotado de una dignidad conferida por sus pares que le generaba algunas solidaridades para con el otro, que, entre otras cosas, no le permitía disponer de su vida (v.g. en Grecia era una deshonra quitarse la vida), a la hora presente es un ente que debe poder disponer de su vida como de cualquier otro elemento de su propiedad.

Referencias

- Alonso Álamo, M. (2008).** Sobre “eutanasia y derechos fundamentales”. Recensión del libro de Fernando Rey Martínez. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 10-r3. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>.
- Álvarez García, F. J. (dir.) (2010).** *Derecho Penal Español. Parte especial*, T. I. Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (1985).** *Introducción al Derecho*. Barcanova.
- Beccaria, C. (1965).** *Dei delitti e delle pene*. Le Monnier.
- Bentham, J. (2005).** *Principios de legislación*, T. IV. Librería el Foro.
- Bertolino, M. (1999).** Suicidio (istigazione o auto al). *Digesto delle Discipline Penalistiche*, XIV. Turín: Utet.
- Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H. (2006).** *Lecciones de derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Trotta.
- Cancio Meliá, M. (2022).** Prólogo. En **Canestrari, S.**, *Heridas del alma y cuerpos prisioneros*. BdeF.
- Canestrari, S. (2022).** *Heridas del alma y cuerpos prisioneros*. BdeF.
- Carrara, F. (2010).** *Programa del curso de derecho criminal. Parte especial*, I. Librería el Foro.
- Cobo del Rosal, M. y Carbonell Mateu, J. C. (1988).** *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. y Gallego Soler, J. I. (2007).** Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana. En Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Política criminal y reforma penal*. BdeF.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1997).** *Sistema de Derecho Civil*, I (9ª ed.). Tecnos.
- Díaz Aranda, E. (1997).** *Del suicidio a la eutanasia*. Cárdenas Editor.

- Díaz y García Conlledo, M. (2002).** Homicidio consentido, participación en el suicidio y eutanasia. En Luzón Peña, D. M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*. Comares.
- Donna, E. A. (2001).** *Derecho Penal. Parte especial*, T. I. Rubinzal-Culzoni.
- Durkheim, E. (2008).** *El suicidio*, T. 2. Losada.
- Feinberg, J. (1980).** *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton University Press.
- Finnis, J. (1991).** *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*. Catholic University of America Press.
- Guzmán Dálbora, J. L. (2010).** *Cultura y Delito*. Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Hart, H. L. A. (1955).** Are There any Natural Rights? En Quinton, A., *Philosophical Review*, 64.
- Hierro, L. (2016).** *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons.
- Hirsch, H. J. (1999).** El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica. *Derecho Penal. Obras Completas*, T. I. Rubinzal-Culzoni.
- Hohfeld, W. N. (1968).** *Conceptos jurídicos fundamentales*. Centro Editor de América Latina.
- Jakobs, G. (1996).** *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*. Universidad Externado de Colombia.
- Kaufmann, A. (1999).** *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Levene, R. (h) (1977).** *El delito de homicidio* (3ª ed.). Depalma.
- Méndez de Carvalho, G. (2009).** *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*. Comares.
- Merkel, A. (2004).** *Derecho Penal. Parte general*. BdeF.

- Muñiz, J. M. (2009).** Comentario al art. 143 C.P. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (8ª ed.). Aranzadi.
- Núñez, R. C. (1988).** *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 1. Marcos Lerner.
- Pazos Crocitto, J. I. (2012).** *Eutanasia. Aproximación a un análisis jurídico de la cuestión (a propósito de la ley 26.742)*. Ediusns.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2008).** *Derecho Penal. Parte especial*, T. I. Idemsa.
- Pérez Valera, V. M. (1989).** *Eutanasia ¿piedad? ¿delito?* Jus.
- Rodríguez Mourullo, G. (1982).** Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte. *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*, T. I.
- Romeo Casabona, C. M. (2003).** Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio. En Donna, E. A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, 2003-I. Rubinzal-Culzoni.
- Roxin, C. (1999).** Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-10. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html.
- Seminara, S. (2011).** La dimensione del corpo nel diritto penale. En Rodotà, S. y Zatti, P. (dirs.), *Trattato di Biodiritto*, T. I. Giuffrè.
- Silva Sánchez, J. M. (1987).** Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Soler, S. (1992).** *Derecho Penal Argentino*, T. III, act. Manuel A. Bayala Basombrio. Tipográfica Editora Argentina.
- Sumner, W. (1987).** *The Moral Foundations of Rights*. Clarendon Press.
- Torres, S. y Pazos Crocitto, J. I. (2016).** *El homicidio simple*. Hammurabi.
- Valle Muñiz, J. M. (1996).** Comentario al art. 143 C.P. En Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Aranzadi.

- Vallini, A. (2019).** Morire è non essere visto: la Corte Costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito. *Diritto penale e processo*, 6. IPSOA.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002).** *Derecho Penal. Parte general* (2ª ed.). Ediar.

¿Un talismán para la justicia penal?: enfoques e interpretaciones sobre el uso de la prisión preventiva

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 14/04/2023 **Aprobado:** 27/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.95>

¿Un talismán para la justicia penal?: enfoques e interpretaciones sobre el uso de la prisión preventiva¹

A talisman for criminal justice?: approaches and interpretations on the use of preventive detention

Ezequiel Kostenwein²
Universidad Nacional de La Plata

Resumen: Con este trabajo procuramos describir y analizar el problema de la prisión preventiva, entendiendo que no es solo una medida cautelar, sino una práctica judicial compleja que exige tener en cuenta diferentes perspectivas. En primer lugar aludiremos a la dogmática jurídica, principalmente porque se trata del enfoque que más tiempo lleva estudiando este fenómeno. Luego presentaremos la mirada que ofrecen diversas ONG, las cuales sugieren que se trata de una herramienta utilizada indiscriminadamente. La tercera perspectiva proviene de las ciencias sociales y pretende explicar el incremento de la prisión preventiva en particular, junto con el de la tasa de encarcelamiento en general, como resultado de procesos tanto históricos como coyunturales. Hacia el final ofreceremos nuestra postura al respecto, definiendo la prisión preventiva

¹ Esta es una adaptación y actualización del trabajo "Prisión Preventiva en Plural", publicado en *Direito e Práxis* en 2017, para la *Revista de la Escuela Judicial*, con foco en América Latina.

² Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Criminología (Universidad Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Investigador del CONICET. Profesor de Sociología Jurídica (UNLP). Correo electrónico: ezequielkostenwein@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0191-3744>.

por lo que produce, por las interacciones que es capaz de articular entre actores judiciales y extrajudiciales.

Palabras clave: Prisión preventiva – Dogmática – ONG – Justicia penal.

Abstract: *With this work we try to describe and analyze the problem of preventive detention, understanding that the latter is not only a precautionary measure, but a complex judicial practice that requires taking into account different perspectives. In the first place, we will allude to legal dogmatics, mainly because it is the approach that has been studying this phenomenon for the longest time. Then, we will present the view that various NGO's offer in this regard, which suggest that it is a tool used indiscriminately. The third perspective comes from the social sciences and seeks to explain the increase in preventive detention in particular, together with the increase in the rate of imprisonment in general, as a result of both historical and conjunctural processes. Towards the end, we will offer our position on the matter, defining preventive detention by what it produces, by the interactions that it is capable of articulating between judicial and extrajudicial actors.*

Keywords: Pre-trial detention – Dogmatics – NGO's – Criminal justice.

La prisión preventiva en América Latina es, por un lado, un instituto fácil de definir y, por otro, un fenómeno complejo de analizar e interpretar. Esto significa que puede ser presentada como algo simple de caracterizar: en la práctica se relaciona con la potestad que tienen los actores judiciales de predecir el comportamiento futuro de las personas procesadas. O, lo que es lo mismo, se trata de un *poder para prever* el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. Sin embargo, estas predicciones parecen estar más ligadas a la incapacitación que asegure el desarrollo del proceso con regularidad y no tanto con la posibilidad de demostrar la existencia de alguno de los riesgos procesales. A todo esto, si se evalúan las consecuencias de la aplicación del encierro preventivo, resultan dolorosas: mayor hacinamiento y peores condiciones penitenciarias, dificultades para utilizar otras medidas cautelares que eviten el encierro, injerencias poco deseables de parte de actores extrajudiciales sobre los tribunales, exacerbación por parte de la prensa de discursos de las autoridades políticas que exigen una utilización amplia de la prisión preventiva, todo lo cual la transforma en un talismán en el quehacer diario de la justicia penal.

Teniendo en cuenta esta situación, que es una adaptación y actualización de otro ya publicado en 2017, el presente trabajo buscará ir desde una definición convencional ligada a la dogmática jurídica, pasando por la situación actual de la prisión preventiva en la región que reflejan documentos e informes de organizaciones no gubernamentales (ONG), hasta la problematización de diversos abordajes provenientes de las ciencias sociales acerca de sus causas y efectos a nivel general. Para finalizar, ofreceremos nuestra postura al respecto, que trata de concebirla no solo por su carácter opresivo, sino por los vínculos que produce hacia el interior de la justicia penal.

La dogmática del encierro preventivo

La perspectiva que más tiempo lleva trabajando la problemática de la prisión preventiva es aquella que proviene de una mirada internalista, característica de la ciencia o dogmática jurídica. Entendemos por ciencia o dogmática jurídica la disciplina que toma el derecho como norma escrita positiva, prescindiendo de los contextos y las relaciones sociales en las que esta norma escrita se promulga o aplica (Díaz, 1965). Por lo tanto, con la dogmática jurídica estamos frente a un enfoque normativo sobre el encarcelamiento preventivo, es decir, uno que presupone una coherencia interna y una lógica autorreferencial del derecho según las cuales la presunción de inocencia del imputado es el sostén del edificio jurídico y la prisión preventiva aquello que lo debilita.

Comenzaremos por dar una definición amplia de la prisión preventiva, y esto porque se trata de una medida cautelar que tiene algunos elementos comunes que podemos señalar más allá de los lugares y las coyunturas en los que se la aplica. Entonces, sugerimos que consiste en la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme –efectuada por un juez o tribunal competente– contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito. Según parte de la doctrina jurídica,³ una vez que se comprueba la existencia de un ilícito y de indicios vehementes de la participación de quien está siendo investigado, el encierro preventivo suele fundarse en el peligro de fuga del imputado, en el

³ Se entiende por doctrina jurídica el conjunto de producciones teóricas e investigativas llevadas adelante por los dogmáticos del derecho.

peligro de que este último pueda obstaculizar la averiguación de la verdad durante el proceso, o en ambos a la vez.⁴

Dicho confinamiento se vuelve problemático, principalmente por la contradicción que existe entre la prisión preventiva y el principio de inocencia. Considerado “principio de principios” a la luz del abordaje que hace la dogmática jurídica, el principio de inocencia es aquel que garantiza que cualquier persona sea considerada inocente mientras no exista un pronunciamiento firme que destruya ese estado jurídico. En definitiva, significa que todo individuo que no ha sido declarado culpable, aun siendo investigado por la comisión de un delito, aun habiendo sido condenado por medio de una sentencia no definitiva, goce de un trato diferente de aquel que ya ha recibido una condena firme (Bovino, 1998).

El encarcelamiento preventivo a nivel regional

En la actualidad, América Latina posee un porcentaje excesivo de presos preventivos que, si bien varía según los países, podríamos definirlo como un problema que va más allá de las fronteras nacionales. Aunque las estadísticas puedan tener ciertas variaciones, los porcentajes de personas encarceladas cautelarmente en la región oscila entre el 13 % de la población penitenciaria hasta casi el 80 % en algunos casos.

⁴ En algunos países de América Latina existen otros riesgos procesales que pueden habilitar el uso de la prisión preventiva, sin embargo, el peligro de fuga o el entorpecimiento en la investigación son los más relevantes a nivel regional.

País (año)	Número de personas en prisión preventiva	Porcentaje de personas en prisión preventiva
Paraguay (2015)	9,922	77.9 %
Bolivia (2018)	12,537	69.9 %
Uruguay (2017)	7,726	69.7 %
Haití (2018)	5,929	66.8 %
Venezuela (2017)	35,970	63.0 %
Honduras (2017)	9,660	53.1 %
Panamá (2018)	8,584	53.0 %
Guatemala (2018)	12,636	51.8 %
Argentina (2016)	36,374	47.7 %
Perú (2018)	35,029	39.8 %
México (2018)	80,442	39.4 %
Brasil (2018)	244,306	35.4 %
Ecuador (2018)	13,073	34.9 %
Chile (2018)	14,628	33.9 %
Colombia (2018)	40,070	33.6 %
El Salvador (2018)	11,434	29.5 %
Nicaragua (2016)	3,140	21.4 %
Costa Rica (2016)	2,543	13.3 %

Fuente: The World Prison Brief.

Además de ser datos en algunos casos impactantes, como por ejemplo Paraguay (78 %), Bolivia (70 %), Uruguay (70 %) y Venezuela (63 %), es importante articularlos con el incremento que ha venido experimentando el uso de la prisión preventiva en estos países durante los últimos años. Esto nos permite confirmar que el encierro de personas jurídicamente inocentes se ha venido agravando en América Latina, región que después de África es la que mayor porcentaje de presos preventivos tiene a nivel mundial.

País (año)	Años	Incremento porcentual de la prisión preventiva
Venezuela	2000-2016	516.5 %
Nicaragua	2004-2016	289.1 %
Brasil	2000-2018	209.2 %
Guatemala	2001-2018	180.8 %
Bolivia	2005-2018	149.3 %
Ecuador	2001-2018	139.8 %
El Salvador	2002-2018	135.1 %
Perú	2001-2018	121.6 %
Paraguay	2004-2016	103.5 %
Colombia	2000-2018	88.2 %
Panamá	2000-2018	63.9 %
Uruguay	2007-2017	48.6 %
Argentina	2002-2016	37.4 %
Costa Rica	2002-2016	35.3 %
Honduras	2005-2017	31.3 %
México	2000-2018	25.6 %
Chile	2000-2018	-11.6 %

Fuente: The World Prison Brief.

El cuadro anterior muestra, además, que la gravedad del fenómeno no es solo un problema reciente, sino que, por el contrario, se viene desplegando desde hace más de una década. Al respecto, un elemento importante para comprender el fenómeno de la prisión preventiva en América Latina es el trabajo que realizan diferentes ONG, entre otras razones, porque sus informes y documentos han servido para transformar dicha medida cautelar en un problema público. Como veremos a continuación, estos informes y documentos advierten que el uso excesivo de la prisión preventiva es el que provoca una situación de sobrepoblación y hacinamiento de una gran cantidad de presos. Dicho perjuicio lo padecen los internos de

muchas de las cárceles y comisarías, ya que sus condiciones de habitabilidad son lesivas. Esta situación, plantean las ONG, podría ser modificada si los poderes del Estado se comprometen y trabajan mancomunados para erradicar la aplicación innecesaria de la prisión preventiva.

Un ejemplo de estos informes es el del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que en el año 2009 publicó su primer documento sobre *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*. Allí se afirma que la regulación de esta medida cautelar ha sido uno de los temas más controvertidos en las reformas a la justicia criminal que tuvieron lugar en casi todos los países de la región. Estas reformas comenzaron a implementarse a partir de la última década del siglo XX y, según dicho informe, intentaron ir en contra del uso extendido del encarcelamiento cautelar que por aquel entonces se encontraba naturalizado. Se trataba de dejar de ver la prisión preventiva como una pena anticipada y empezar a considerarla una medida excepcional que debía ser utilizada solo en los casos donde fuese imprescindible para el desarrollo del proceso. Esta búsqueda de transformación dentro de la región se vio interrumpida a comienzos de los años 2000 por un fenómeno que este trabajo del CEJA definió como “período de contrarreforma”.

Tal como afirmamos en trabajos anteriores:

Como consecuencia de dicho período, en buena parte de los países latinoamericanos la regulación de la prisión preventiva se “endureció”, estableciéndose delitos que necesariamente exigían la aplicación de esta medida cautelar sin importar si existían riesgos procesales por parte de quienes estuviesen acusa-

dos de haberlos cometido. En segundo lugar, la contrarreforma restringió la posibilidad de que se utilicen otras medidas cautelares que eviten el encierro, como por ejemplo el arresto domiciliario. A su vez, se ampliaron las causales de procedencia de la prisión preventiva, por lo que había legalmente más posibilidades para aplicarla. Concluye el documento que para que exista un verdadero programa con el cual moderar el uso de la prisión preventiva, los sistemas procesales penales deben estar en condiciones de mostrar tanto eficacia en la persecución penal como eficiencia en el uso de las medidas cautelares personales.

En el informe *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, presentado en 2013 por la fundación Due Process of Law, se articula el problema de la prisión preventiva con una variada serie de fenómenos. El primero de ellos es el que enfrenta la presunción de inocencia de los imputados con la inseguridad ciudadana, hasta volverlas prácticamente irreconciliables. Esto equivale a decir que el hecho de no encarcelar preventivamente a quien está siendo investigado por un caso delictivo grave o resonante provoca en la comunidad un sentimiento de impunidad. Y según el informe, es esto lo que permite el gran respaldo popular a políticas “duras” en la represión del delito, en especial por la necesidad de neutralizar a individuos que, si bien son jurídicamente inocentes, resultan en apariencia amenazantes. Otro fenómeno que gravita para la fundación en la *deformación* de la prisión preventiva es la intervención oportunista tanto de la clase política como de los medios de comunicación. Existiría una exaltación por parte de la prensa de aquellos discursos de las autoridades políticas que pugnan por una utilización amplia

de la prisión preventiva, junto al aprovechamiento “electoralista” de dichas autoridades para exhibirse como enérgicos opositores a cualquier actitud indulgente respecto de los presuntos autores de delitos. El documento también alude a la debilidad institucional de los actores judiciales, debilidad que se encuentra atravesada por una cultura judicial proclive a la aplicación de la prisión preventiva. Y la situación descrita es más delicada en contextos como el latinoamericano, puesto que en sus tradiciones judiciales la presunción de inocencia parece tener un lugar sumamente frágil. (Kostenwein, 2017, pp. 952-953)

Otras investigaciones señalan que la incidencia de los presos preventivos es contundente en el marco de un problema más general, que es el de las severas condiciones carcelarias, incidencia que pasa inadvertida o se la toma como un elemento irremediable de la realidad penitenciaria (CEJA, 2011). También se indica que durante el proceso penal determinados actores, en particular policías y fiscales, pueden imponerse sobre otros, como es el caso de los defensores, favoreciendo de ese modo el uso de la prisión preventiva. A su vez, según algunos documentos, el encierro preventivo se vuelve un elemento de “chantaje” para las personas que lo están sufriendo, ya que las obliga a aceptar juicios abreviados para salir de prisión antes de lo que podrían hacerlo si esperasen un juicio ordinario, incluso debiendo confesar delitos que no han cometido (Dünkel y Vagg, 1994; INECIP, 2012).

La prisión preventiva como instrumento

Desde las ciencias sociales también se ha buscado describir y explicar el fenómeno de la prisión preventiva, especialmente a partir de procesos que exceden el ámbito judicial. Esta perspectiva está arraigada en un presupuesto que es el de considerar la medida cautelar mencionada como un instrumento de dinámicas más amplias que son las que le adjudican su lugar como herramienta de control (Kostenwein, 2017). Un ejemplo de esto es el trabajo de Bernard Harcourt (2012, 2013), para quien la prisión preventiva debe ser pensada en relación con el nacimiento y la implementación de métodos actuariales hacia el interior de la justicia penal, con los cuales se ha buscado predecir el comportamiento delictivo de personas concretas para luego suministrar medidas punitivas específicas.

Respecto al caso de América Latina, podemos mencionar el planteo de Raúl Zaffaroni (2006), según el cual se viene propagando en la región lo que él define como “autoritarismo cool”, cuya característica más relevante es el encarcelamiento de personas que jurídicamente son inocentes. Este autor sugiere que el sistema punitivo en la región se pone en práctica a partir de técnicas de neutralización para personas sospechosas y peligrosas, lo que en los hechos consolida un derecho penal de peligrosidad presunta. Sustentándose en esta supuesta peligrosidad, se aplican castigos para el número más alto de la población encarcelada sin que existan fallos condenatorios. Como consecuencia, las garantías tradicionales del derecho penal liberal vinculadas a los principios de inocencia y legalidad son dejadas de lado, apareciendo en su lugar sentimientos de miedo y venganza frente a la figura del enemigo. En definitiva, así como Harcourt situaba la aplicación de la prisión preventiva como

producto de métodos actuariales en la justicia penal, este jurista la ubica como una técnica de la que se echa mano en un contexto de “autoritarismo cool” en el que rige un derecho penal del enemigo, para el cual aquellas personas consideradas riesgosas tienen una presunción de culpabilidad y no de inocencia.

Máximo Sozzo (2007), al analizar la combinación entre los ejes discursivos y las prácticas concretas respecto de la prisión –especialmente en Argentina–, ubica el aumento del uso de la prisión preventiva como uno de los indicios del ascenso del populismo punitivo. Hablamos de “combinación” debido al énfasis del autor por definir en términos de “economía mixta” la cárcel actual, puesto que oscila entre un declive del proyecto normalizador, disciplinario o correccional, y otro ascendente de tipo securitario. Según Sozzo, a lo largo de las últimas décadas han surgido en aquel país una serie de transformaciones que dieron lugar a un fenómeno que puede considerarse como populismo penal (Bottoms, 1995; Garland, 2001). Uno de los elementos más importantes en este fenómeno es el cambio en la retórica y la legislación sobre el control del delito junto a la función de la prisión. En especial, el crecimiento sostenido de la población encarcelada en general, crecimiento que presenta altos índices de presos sin condena. Este gran incremento de los presos sin condena es explicado por el autor como una combinación de modificaciones legislativas de corte más represivo junto a una cultura penal que profundiza este tipo de recetas. Por lo tanto, existe una legislación más dura con una organización judicial decidida a aplicarla más rígidamente. En definitiva, la prisión preventiva, su uso en principio desmedido, incluso su legitimidad simbólica en la sociedad, son interpretados como uno de los indicios del advenimiento del populismo punitivo.

Repensando la prisión preventiva

Las contribuciones que acabamos de presentar son, en gran medida, las que han venido configurando el problema de la prisión preventiva en América Latina. Sin embargo, tanto la dogmática jurídica como los informes y documentos de las ONG, junto a los trabajos ligados a las ciencias sociales, tienen la particularidad de evaluar los diferentes procesos y efectos que ocasiona la utilización de la prisión preventiva desde un enfoque restrictivo. Esto significa que, aún con propósitos distintos, las tres perspectivas caracterizan a esta medida cautelar solo por los perjuicios que genera al ser aplicada. Tal como lo sugería Foucault (2002) acerca de los discursos sobre la sexualidad en la época moderna, también para el encarcelamiento preventivo parece existir una “hipótesis represiva”⁵ que atraviesa los distintos estudios que se han hecho sobre este tema. Con esto queremos decir que aquello en lo que se enfatiza es en los efectos negativos que provoca este instituto del derecho procesal penal, desatendiendo buena parte de las relaciones que produce y consolida.

El límite de la dogmática y las organizaciones no gubernamentales

Respecto al enfoque dogmático del encierro preventivo, se advierte que la preocupación está centrada en aquello que no se hace como se supone tendría que hacerse, dejando de lado la descripción y explicación de por qué se hace lo que se hace y no lo que

⁵ La expresión “hipótesis represiva” utilizada por Foucault en el primer volumen de *Historia de la sexualidad* nos parece provechosa para resumir en líneas generales los trabajos que se han hecho sobre la prisión preventiva.

debería hacerse (Cabrera, 2005). Más allá de que se trate de una postura opuesta a la utilización del encarcelamiento preventivo, resulta ser una teorización del fenómeno que deviene insuficiente para apreciar su complejidad. Por lo tanto, la dogmática de la prisión preventiva tiene el mérito de establecerse como un límite respecto a las trasgresiones de los principios y las garantías que deben proteger a los ciudadanos frente al Estado en las investigaciones penales. Sin embargo, para comprender lo que ocurre en los hechos con esta medida cautelar, el mérito que posee la dogmática se vuelve un obstáculo, porque la referencia que esgrime para analizarla son las representaciones ideales y normativas de principios y garantías formales, dejando de lado las motivaciones de los actores judiciales para aplicarla en la práctica (Baratta y Silbernagl, 1985).

Acerca de los trabajos que expusimos de diversas ONG, en Kostenwein (2017) y aquí, podemos sostener que sus conclusiones resultan prácticamente unánimes respecto a los efectos de la prisión preventiva. Se trata de una medida cautelar que, por utilizársela abusivamente, agrava las ya deplorables condiciones de encierro, todo lo cual es producto de determinaciones políticas irresponsables con objetivos electorales predominantes (CEJA, 2009; CIDH, 2013; CIPPEC, 2011). A todo esto se suma la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación en las decisiones que toman los operadores jurídicos al respecto, lo que contribuye a debilitar la independencia del Poder Judicial (DPLF, 2013; ADC, 2012a). Si bien no es nuestro objetivo pronunciarnos sobre la verdad o falsedad de los argumentos de estos informes y documentos, los cuales además necesitan ser evaluados jurisdicción por jurisdicción, sí podemos afirmar que, tal como se los plantea, estos argumentos terminan eclipsando el modo en que se estructuran los vínculos que se

generan a partir del uso de la prisión preventiva. En otros términos, estamos insinuando que esta perspectiva relega cómo es que se produce la serie de relaciones que hacen posible el uso del encierro preventivo entre actores judiciales y extrajudiciales. Relaciones que, sin ir más lejos, producen o generan los estudios e informes que dichas ONG elaboran para denunciar la prisión preventiva.

El límite dentro de las ciencias sociales

Tanto o más que los planteos previos de las ONG y del dogmatismo jurídico, es el tercer enfoque sobre la prisión preventiva el que le quita la especificidad al problema en cuestión, al menos tal cual nos proponemos abordarlo. Esto último sucede porque el fenómeno del encierro preventivo es reenviado a variables que lo muestran como un efecto o un reflejo de procesos externos al ámbito judicial.

Con matices, los trabajos que reunimos en la perspectiva que indaga la prisión preventiva desde las ciencias sociales muestran influencias de dos tipos de formulaciones. La primera considera que el encarcelamiento preventivo es una herramienta con la que se busca neutralizar a grupos o poblaciones excedentes que proliferan debido a los cambios estructurales en el mercado laboral. En este sentido, se observa una afinidad con diagnósticos de autores como Loïc Wacziarg. Una de las características de su trabajo, que va desde *Las cárceles de la miseria* hasta *Castigar a los pobres*, es la de haber desplazado el problema del delito y la criminalización, ubicando las políticas neoliberales en el centro de la explicación sobre la excesiva tasa de encarcelamiento. En concreto, el sociólogo francés afirma que la caída de las protecciones sociales en los estratos inferiores de la sociedad encuentra su complemento en el despliegue de un

circuito fundamentalmente represivo, “pues a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal” (2004, p. 88). A su vez, explora *modalidades* e identifica *dispositivos* del ensanchamiento del Estado penal norteamericano, el cual se expande a partir de dos procedimientos fundamentales: uno que busca reajustar los servicios sociales a manera de herramienta de control para los grupos más revoltosos, como por ejemplo la obligación de aceptar cualquier tipo de trabajo, bajo pena de perder el derecho a la asistencia que recibe (*workfare*); el otro tiene que ver con la utilización *masiva y sistemática* del encierro, con el cual se intenta contener –incluso neutralizar– en el ámbito ciudadano los inconvenientes que provoca la falta de trabajo o su precarización (Wacqüant, 2010; Harcourt, 2011; De Giorgi, 2006). El trabajo de Zaffaroni (2006) que presentamos previamente parece abreviar principalmente en una propuesta como esta.

Otra influencia de la que se sirven los trabajos que desde las ciencias sociales analizan el uso de la prisión preventiva es la de abordajes como los de David Garland, en particular algunas hipótesis que este autor formuló en *The culture of control* (2001). En este trabajo, el autor busca dar cuenta de una serie de mutaciones en la penalidad, concebida esta en sentido amplio, que va de la modernidad a la modernidad tardía. En este proceso se observan un mayor escepticismo frente al ideal rehabilitador; un resurgimiento de sanciones bajo el signo de una expresividad simbólica; las transformaciones en los principios rectores de la política criminal –menos reflexiva y más emocional–; un inusitado protagonismo de la víctima –principalmente en términos discursivos–; la aparición del *público* como aquel que debe ser resguardado; y, como correlato, la *electoralización* de la cuestión criminal y la justicia penal. En el

análisis que hace el autor escocés del campo del control del delito en Gran Bretaña y Estados Unidos, asevera que entre 1890 y 1960 existió una confianza plena en la justicia penal para lograr derrotar al delito, apuntalada por un programa correccionalista cuyo axioma fundamental era el de rehabilitar a quienes habían trasgredido la ley. Pero promediando la década de 1970 esto comienza a atomizarse, dando lugar a una nueva configuración del fenómeno: la policía, la politización de la política criminal, el papel de la experticia, los nuevos soportes comunicacionales y la víctima como figura simbólica dejan de ser lo que eran, por lo que actores, relaciones y posiciones en el campo del control del delito necesitan ser revisadas (Pratt, 2007; Zimring, 1996). Para quienes utilizan este tipo de planteo al evaluar el uso de la prisión preventiva en el contexto latinoamericano, como es el caso de Sozzo (2007), dicha medida es un emergente de los cambios ocurridos entre los respectivos actores, relaciones y posiciones, tal cual lo asevera Garland.

La prisión preventiva como consecuencia

Tal como lo adelantamos, en las diferentes perspectivas que señalamos a lo largo de este trabajo lo que se percibe es la intención de analizar el encierro preventivo, su incremento en especial, como un elemento que solo cumple funciones negativas hacia el interior de un régimen jurídico penal, y no como una práctica concreta que genera relaciones y compromisos entre actores judiciales y no judiciales. En términos de Bruno Latour (2008), las perspectivas que mencionamos proponen considerar la prisión preventiva como un intermediario, es decir, como un factor que simplemente traslada un impulso o una “fuerza social” sin modificarlos. Por lo tanto, si estamos en condiciones de conocer la funcionalidad

del encierro preventivo, sea en el neoliberalismo o en el populismo punitivo, podemos derivar de ello la explicación del encierro preventivo en su conjunto.

Nosotros asumimos una posición distinta frente a la prisión preventiva, y es la de definirla no solo por su aspecto opresivo, sino también por lo que produce, es decir, por lo que es capaz de articular. Y para desarrollar nuestra posición es necesario identificar los diferentes quehaceres y relaciones que ella origina, por un lado, entre los mismos actores judiciales, y, por otro, entre ellos y determinados actores extrajudiciales. Esto significa que no podemos comprender el papel que cumple la prisión preventiva si solo nos limitamos a la hipótesis represiva que identifica únicamente las prohibiciones, los rechazos, las censuras y las denegaciones que ocasiona esta medida cautelar (Foucault, 2002).⁶

Más allá de no negar las secuelas perjudiciales que desencadena la utilización del encierro preventivo en concreto, se debe analizar la prisión preventiva a partir de las asociaciones que hace posibles entre actores judiciales en los expedientes y en las audiencias. Esto último implica que la medida cautelar en cuestión no podría circular como circula si no fuese producida por medio de justificaciones, críticas, tomas de posición y decisión, a partir de los intercambios que se realizan hacia dentro del Poder Judicial, y entre los actores del Poder Judicial y el campo de la política o los

⁶ Sugerir la idea de una hipótesis represiva sobre la prisión preventiva no significa soslayar algunos efectos que las perspectivas presentadas a lo largo de este artículo mencionaron y que podrían considerarse "efectos positivos". Ejemplo de lo dicho podría ser que la prisión preventiva produce más juicios abreviados, más hacinamiento penitenciario, etcétera. Sin embargo, en la explicación de estos "efectos positivos" se prescinde de lo que estructura nuestra tesis: las relaciones que esto último genera entre actores judiciales entre sí, y entre estos y actores extrajudiciales.

medios de comunicación. La prisión preventiva no es solo un instituto que cumple un papel instrumental al servicio de intereses clasistas, ni es un instituto “fungible” cuyas competencias podrían ser desempeñadas por cualquier otra decisión judicial. Para que el encarcelamiento preventivo exista como existe, resulta necesario que los operadores jurídicos hagan algo con él, que lo utilicen para validar sus resoluciones de cara a la comunidad en general. Parafraseando a Latour (1992, 2008), sugerimos que la prisión preventiva no es tanto una *sustancia* sino más bien un *movimiento*, porque, a diferencia de lo que parece proponer la hipótesis represiva que describimos previamente, las características que se le atribuyen son una consecuencia de la acción colectiva dentro y fuera del Poder Judicial.⁷

A modo de cierre

En este trabajo, una vez más hemos hablado de las tres perspectivas que han trabajado el problema de la prisión preventiva a nivel internacional y regional. En primer lugar, vimos la relevancia que tiene para el enfoque dogmático del encarcelamiento preventivo el principio de inocencia y las disputas históricas que se han dado entre ambos. Consideramos que este enfoque se concentra fundamentalmente en informar que no pasa aquello que debería pasar

⁷ Así como lo propone Latour (2008) para *lo social*, nosotros creemos que se puede plantear para la prisión preventiva: “El adjetivo ‘social’ designa dos fenómenos por entero diferentes: es a la vez una *sustancia*, una especie de materia y también un *movimiento* entre elementos no sociales. En ambos casos, lo social desaparece. Cuando se lo toma como un sólido, pierde su capacidad de asociar; cuando se lo toma como fluido, lo social nuevamente desaparece porque destella solo por un instante, justo en el momento fugaz en el que nuevas asociaciones están amalgamando lo colectivo [...] Lo social solo es rastreado cuando está experimentando modificaciones” p. 227).

según lo postulan las normas jurídicas, dejando de lado elementos que podrían contribuir a comprender por qué en la práctica pasa lo que pasa respecto a la prisión preventiva.

Luego señalamos cómo distintos documentos e informes provenientes de diferentes contextos revelan un cúmulo de regularidades al analizar el problema del encarcelamiento preventivo. Más allá de sus particularidades en América Latina, se puede hablar de la prisión preventiva como una medida cautelar *poco* peculiar. Si bien esta segunda perspectiva se encarga de llevar adelante un importante trabajo de denuncia y visibilización de las consecuencias del fenómeno, impide distinguir cómo se configuran las asociaciones que el uso de la prisión preventiva habilita. O, lo que es lo mismo, prescinde de explicitar el modo en que se generan las relaciones que el uso del encierro preventivo produce a diario entre actores judiciales y extrajudiciales.

En tercer lugar presentamos la perspectiva que desde las ciencias sociales ubica la prisión preventiva como producto de procesos más amplios. Esto significa que la medida cautelar es considerada un instrumento de dinámicas sociales que se generan en esferas lejanas a la institución judicial. En consecuencia, desde este enfoque, la prisión preventiva no es tenida en cuenta como objeto de estudio en sí mismo, sino como un fenómeno que emerge a partir de otros motivos “reales”, que son los que le confieren su papel en tanto herramienta de control.

Por último ofrecimos nuestro punto de vista, según el cual la prisión preventiva debe definirse primordialmente por lo que produce, por lo que está en condiciones de generar, para lo cual es imperioso

rastrear las tareas y relaciones que motiva, por un lado, entre los mismos actores judiciales. Aquí es importante preguntarse cómo argumentan estos acerca de la solicitud, aceptación o denegación de la medida cautelar en los expedientes o en las audiencias. Pero también es imprescindible, por otro lado, explorar qué vínculos genera la prisión preventiva entre los actores judiciales y determinados actores extrajudiciales, como la opinión pública, las autoridades políticas o los medios de comunicación.

Referencias

- Asociación por los Derechos Civiles [ADC] (2011).** *La prisión preventiva en la Argentina, ¿cuánta información tenemos?* https://issuu.com/defensoriaec/docs/la_prisi_n_preventiva_en_argentina.
- (2012a). *Prevenir no es curar*. EMEPE.
- (2012b). Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. *Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
- Baratta, A. y Silbernagl, M. (1985).** La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal. *Doctrina Penal*, 32.
- Bottoms, A. (1995).** The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. En Clarkson, Ch. y Morgan, R. (eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. Clarendon.
- Bovino, A. (1998).** *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Del Puerto.
- Cabrera, S. (2005).** Pena y prisión preventiva. *Urbe et ius*, Año I.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas [CEJA] (2008).** *Reformas procesales en América Latina: resultados del proyecto*

- de seguimiento V etapa*. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5368/RPP_V.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- (2009). *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*, vol. I. CEJA.
- (2011). *Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina*, vol. II. CEJA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2013)**. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.
- Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento [CIPPEC] (2011)**. *¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?* <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1932.pdf>.
- De Giorgi, A. (2006)**. *El gobierno de la excedencia*. Traficantes de sueños.
- Díaz, E. (1965)**. Sociología jurídica y concepción normativa del derecho. *Revista de Estudios Políticos*, 143.
- Due Process Of Law [DPLF] (2013)**. *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. DPLF.
- Dünkel F. y Vagg, J. (eds.) (1994)**. *Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of PreTrial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners Waiting for Trial*. Instituto Max Planck.
- Feeley, M. (2007)**. *The process is the punishment*. Russell Sage Foundation
- (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial. *Delito y Sociedad*, 26.
- Feeley, M. y Simon, J. (1995)**. La nueva penología. *Delito y Sociedad*, 6/7.
- Garland, D. (2001)**. *The culture of control*. University of Chicago Press.

- Garófalo, R. (1912).** *La criminología*. Daniel Jorro.
- Harcourt, B. (2011).** *The Illusion of Free Markets*. Harvard University Press.
- (2012). Punitive Preventive Justice A Critique. En Ashworth, A. y Zedner, L. (eds.), *Preventive justice*. Oxford University Press; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper 599; University of Chicago, Public Law Working Paper, 386.
- (2013). *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*. Ad-Hoc.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP] (2012).** El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Servicop.
- Kostenwein, E. (2017).** La prisión preventiva en plural. *Direito e Práxis*, 8 (2). <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25019>.
- Hobbes, T. (1994).** *Leviatán*. FCE.
- Latour, B. (1992).** *Ciencia en acción*. Labor.
- (2007). *Nunca fuimos modernos*. Siglo XXI.
- (2008). *Reensamblar lo social*. Manantial.
- Llobet Rodríguez, J. (1997).** *La prisión preventiva*. UCL.
- Pratt, J. (2007).** *Penal Populism*. Routledge.
- Sozzo, M. (2007).** Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión depósito” en Argentina. *Nueva Doctrina Penal*, 2.
- Wacqüant, L. (2004).** *Las cárceles de la miseria*. Manantial.
- (2010). *Castigar a los pobres*. Gedisa.
- Zaffaroni, E. (2006).** *El enemigo en el derecho penal*. Ediar.
- Zimring, F. (1996).** Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on Three Strikes in California. *Pacific Law Journal*, 28.

Los informes técnicos criminológicos en la provincia de Buenos Aires: Análisis del instrumento que revela la justificación del encierro

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 10/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.96>

Los informes técnicos criminológicos en la provincia de Buenos Aires: Análisis del instrumento que revela la justificación del encierro

Technical criminological reports in the province of Buenos Aires: Analysis of the instrument that reveals the justification of confinement

*Paola Relli Ugartamendía*¹
Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El artículo tiene como objetivo el análisis del modo en el que se elaboran los informes criminológicos sobre las personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta que estos documentos son también el resultado de la justificación del encierro de una persona penada. Asimismo, se analiza la reforma introducida en 2020 respecto a los nuevos estándares para la elaboración de los informes criminológicos. Por último, se plantean reflexiones sobre la incidencia en el aumento de la población carcelaria en la provincia, a partir de cierta resistencia a no dar a los informes criminológicos la entidad técnica que merecen, a efecto de restringir las posibilidades de hacer efectiva la progresividad y las libertades anticipadas.

Palabras clave: Informes cronológicos – Progresividad – Reforma 530/20.

¹ Abogada. Secretaria de Ejecución de la Defensoría General de La Plata. Correo electrónico: palorelli@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5587-5584>.

Summary: *The article aims to analyze how criminological reports on people deprived of their liberty are elaborated in the province of Buenos Aires, taking into account that these documents are also the result of the justification of the confinement of a convicted person. Likewise, the reform introduced in 2020 regarding new standards for the preparation of criminological reports is analyzed. Finally, reflections are made on the impact on the increase in the prison population in the province, based on a certain resistance to not giving criminological reports the technical entity they deserve, in order to restrict the possibilities of making progressivity and anticipated freedoms effective.*

Keywords: *Chronological reports - Progressivity - Reform 530/20.*

El objetivo de este artículo es realizar un análisis crítico de los informes criminológicos que se realizan en el ámbito penitenciario bonaerense a personas condenadas, teniendo en consideración que son, en definitiva, el resultado de una política criminal que debe estar dirigida al cumplimiento del fin y la justificación de la pena.

La evaluación que realizan los organismos técnicos criminológicos en las unidades penitenciarias bonaerenses sobre las personas privadas de su libertad ha sido transformada a lo largo de la historia con el objetivo de *aggiornar* los fines constitucionales de la pena y las distintas políticas criminales imperantes en cada momento.

En la actualidad, por Resolución 530/20 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia, se ha producido una profunda reforma en el ámbito bonaerense, donde se brindan nuevas directrices para la elaboración del informe sobre el desempeño institucional de una persona condenada.²

El objetivo de esta reforma ha sido cambiar el paradigma de la manera en que deben elaborarse los informes criminológicos, estableciendo directrices más estandarizadas, que van desde una mirada con perspectiva en derechos humanos y de género hasta la introducción de aspectos de índole coyuntural y no solo individual del sujeto estudiado.

² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires, "Pautas de implementación de la Guía para la confección de Informes de los Departamentos Técnicos Criminológicos aprobada por Resolución Ministerial N° 256/16", incorporadas por Resolución 530/20.

En este trabajo partiré de la base de que los informes criminológicos no son ni más ni menos que el resultado del tratamiento penitenciario plasmado en papel, aplicado a una persona condenada, en un periodo determinado de tiempo. Por lo tanto, será de suma importancia conocer también las condiciones en que la persona privada de su libertad es evaluada, su trayectoria penitenciaria, las distintas fases y oportunidades concretas que el poder administrador le ha otorgado a lo largo de su tiempo en prisión, sin dejar de lado aspectos que definitivamente hacen a la evaluación de este individuo en contexto, y que no son –sin lugar a dudas– su responsabilidad. Estos últimos aspectos son puntos centrales de la reforma mencionada.

La reforma introducida por la Resolución 530/20 incorpora aspectos novedosos para el evaluador, ya que indica que los informes criminológicos deberán contener información que se acerca a lo que algunos autores llaman “la medida cualitativa de la pena” (Zaffaroni, 2013).

Ahora bien, ¿cuál es el objetivo de esta reforma? En una primera aproximación, se observa la necesidad de implementar pautas estandarizadas que limiten la confección arbitraria de informes criminológicos, pero a la vez que estos aspectos discrecionales dejen de ser objeto de obstáculo para conseguir libertades anticipadas. Teniendo en cuenta algunos aspectos coyunturales también introducidos, ¿estamos frente a un sinceramiento del poder administrador, que asume su imposibilidad de brindar las herramientas necesarias a las personas privadas de la libertad para la obtención de los fines constitucionales de la pena?

La reforma vino a recoger demandas puntuales de los organismos de derechos humanos, de las personas privadas de su libertad y,

en particular, de quienes trabajamos en la ejecución penal, que nos encontramos diariamente ante clichés estandarizados que estigmatizan a estas personas y hundan sus pretensiones liberatorias en la más absoluta arbitrariedad del evaluador inquisitivo.

En el trayecto del presente trabajo intentaré demostrar que la reforma mencionada es el principio de un largo camino para la modificación de esas prácticas estandarizadas, evidenciar que urge dar el debate público sobre qué esperamos de la pena privativa de la libertad como sociedad y hasta dónde estamos dispuestos a sostener la distancia entre las vivencias de una persona privada de su libertad en la cárcel y la justificación formal de la pena, es decir, parafraseando a Michel Foucault, sobre *la verdad y las formas jurídicas*.

La progresividad en la pena

La legislación argentina ofrece una variedad de instrumentos para conocer los aspectos legales que fundamentan la pena privativa de la libertad, que a su vez funcionan como límites al poder punitivo del Estado. Ha establecido las razones por las que decide aplicar una pena privativa de la libertad a una persona que ha cometido un delito, el objetivo, la determinación y las modalidades.

La Constitución nacional, ya desde su sanción en el siglo XIX, establecía los primeros parámetros sobre los cuales se debía ejercer el poder punitivo del Estado. Y será principalmente el artículo 18 el encargado de limitarlo:

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Por su parte, la Constitución de la provincia de Buenos Aires establece su posición en el artículo 30:

Las prisiones son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan.

La reforma constitucional de 1994 introducida en el artículo 75 inciso 22 con la incorporación de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos reafirma esta idea de que la finalidad nunca puede implicar un trato cruel, inhumano o degradante, y que lo contrario conlleva comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino, y ya no solo del juez que lo autorice.

Los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos vienen a agregar contenido específico al fragmento de "sanas y limpias, para seguridad y no para castigo". La Convención Americana de Derechos Humanos³ establece en su artículo 5º específicamente las condiciones en las que se puede y no se puede someter a una persona al encierro.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley nacional N° 23.054, aprobada con el nombre de Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,⁴ en su artículo 10º, establece el principio de humanización y dignidad en la ejecución de las penas, teniendo en cuenta su finalidad de “reforma y la readaptación social de los penados”.

Finalmente, me interesa destacar las Reglas Mandela.⁵ Este instrumento normativo nos brinda un objetivo preciso en la regla 4º, cuando establece que los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. La misma regla aclara que estos objetivos solo se pueden lograr si se aprovecha el período de privación de libertad instando a las autoridades a ofrecer educación, formación profesional y trabajo, como actividades de carácter recuperativo, moral, espiritual, social y las basadas en la salud y el deporte.

Es decir que en nuestro país no se puede privar de la libertad a una persona bajo cualquier condición, sino que primeramente debe limitarse a los alcances del artículo 18 de la Constitución nacional, en el juego armónico con los instrumentos mencionados. Entonces, podemos concluir que en nuestro estado de derecho las cárceles serán espacios de seguridad, pero a su vez lugares físicamente limpios, que bajo ningún pretexto pueden implicar tratos crueles, inhumanos o degradantes y que estructuralmente serán adecuados con el objetivo de lograr la reinserción social de

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución N° 2.200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/175, anexo, “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, en la actualidad, “Reglas Mandela”, 17 de diciembre de 2015.

las personas condenadas, ofreciendo su desarrollo educativo, profesional, laboral, etcétera.

El principio de progresividad y las leyes de ejecución penal

En el derecho interno coexisten dos leyes, llamadas de ejecución penal: la Ley nacional N° 24.660 y la Ley N° 12.256 de la provincia de Buenos Aires. Ambas establecen cuál es el fin de la pena y regulan su ejecución. Sin entrar en el ya superado debate sobre cuál es la legislación aplicable a la provincia, diré que ambas lo son en la medida que prevalezca el principio de ley más benigna al condenado, porque es la interpretación armónica con la que acuerdo.

La Ley provincial N° 12.256 también refiere cuál es el fin de la pena, estableciendo que debe ser la adecuada reinserción social a través de la asistencia y el tratamiento de las personas privadas de su libertad en consonancia con los preceptos de la Ley nacional N° 24.660, que determinará la necesidad de lograr que la persona logre o adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social.

Ambas legislaciones destacan asimismo la progresividad como medio para el cumplimiento de esos fines. Este principio indica que para que el objetivo de la condena se produzca, la persona condenada debe avanzar sobre un sistema de fases o programas que la acompañen hacia la libertad. Avanzar en el sistema de fases con las herramientas proveídas por la Administración penitenciaria sería la manera más evidente de entender la progresividad.

El Dr. Marcos Salt (Rivera Beiras y Salt, 2005) enseña que las condiciones de encierro deben atenuarse progresivamente, de manera que todas las personas puedan recuperar paulatinamente la libertad.

La manera por la cual se podrá conocer si el objetivo de la progresividad en el régimen de ejecución de la pena se ha producido será a través de los informes criminológicos. A través de ellos se sabrá si ese fin se ha cumplimentado o si la privación de la libertad en la persona evaluada ha sido un mero castigo.

Informes criminológicos en la provincia de Buenos Aires. Reforma y perspectiva

Los informes criminológicos son los dictámenes que realizan los responsables técnicos de las diferentes áreas del Servicio Penitenciario sobre una persona privada de la libertad que aspira, dentro de la progresividad, al acceso a otras modalidades/regímenes en la ejecución de la pena, o bien a alguno de los diferentes derechos a libertades anticipadas. En ellos, el departamento técnico criminológico reflejará los datos referidos a la familia, las visitas, el trabajo, la educación, las sanciones disciplinarias, la evaluación psicológica y del área de asistencia social, dictaminando por último su opinión sobre la viabilidad o no de incluir al sujeto estudiado en los dispositivos que la progresividad propone para quienes cumplan los objetivos de la pena.

En la provincia de Buenos Aires, la Ley N° 12.256 establece la evaluación permanente de las personas privadas de su libertad por parte de los grupos de admisión y seguimiento, complementando

ahora con la “Guía para la Elaboración de Informes Criminológicos” incorporada por la resolución ministerial 530/20 que los mismos se realizarán con una frecuencia no inferior a los seis meses.

Ahora bien, más allá de las disposiciones y regulaciones sobre el contenido de los informes criminológicos y sus formas de elaboración, en la práctica, la manera en la que estos se producen suele despertar críticas tanto en la población carcelaria como en los actores judiciales que deben valerse de ellos para la toma de decisiones. Los aspectos que se señalan negativamente se podrían sintetizar en la falta de tiempo en las evaluaciones psicológicas, la no contemplación de aspectos sobre la calidad de vida en prisión, el hacinamiento, la falta de cupo para poder acceder a la educación o el trabajo, los expedientes disciplinarios incompletos, etcétera.

En la provincia de Buenos Aires, la Justicia de ejecución requiere este tipo de insumo para concretar el trámite de libertad condicional (Código Penal, art. 13), libertad asistida (Ley N° 12.256, arts. 101 y 104) o de cambio de régimen o salida transitoria (Ley N° 12.256, art. 100). Contrariamente a lo que corresponde, algunos magistrados también solicitan informes criminológicos, a efecto de conceder una morigeración a la prisión preventiva, instituto cuya naturaleza jurídica no justifica este requerimiento, pero asimismo se usa para completar los requerimientos del trámite.

El informe se requiere al departamento técnico criminológico de cada unidad penitenciaria y se conforma con la opinión de varias áreas de tratamiento: escuela, talleres, disciplina, salud y entrevistas con psicólogo/a y trabajador/a social. El resultado de los informes por áreas conformará luego un acta dictamen que resume los

aportes dados por cada disciplina en una recomendación sobre la conveniencia o inconveniencia de ingresar a la persona evaluada en un régimen de mayor autogestión o salida anticipada.

Por resolución, en 2019 el Ministro de Justicia y Derechos Humanos creó la Mesa Interinstitucional de Diálogo,⁶ con el fin de generar espacios de diálogo tendientes a mejorar el sistema carcelario de la provincia, que se hallaba colapsado.⁷ Para ello, convocó a participar de dicha mesa a representantes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Casación Penal, de la Procuración General de la Suprema Corte, de la Defensoría de Casación Penal, de la Defensoría del Pueblo, de la Cámara de Diputados, de la Cámara de Senadores, de las universidades públicas nacionales, del Arzobispado de La Plata, del Comité Nacional para la Prevención contra la Tortura, de la Comisión Provincial por la Memoria, del Centro de Estudios Legales y Sociales y de otras organizaciones de la sociedad civil con reconocida trayectoria en la defensa de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

En el marco de las reuniones de la Mesa Interinstitucional de Diálogo que se produjeron para resolver las distintas problemáticas de violaciones a los derechos humanos asociadas a la sobrepoblación en las cárceles bonaerenses, el colectivo de personas privadas de la libertad que participaba en dichos encuentros, a través de una

⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución N° RESO-2019-1-GDE-BA-MJYDHGP.

⁷ Actualmente la población carcelaria asciende a 56.830 personas, entre comisarías, unidades penitenciarias y alcaldías, según el "Informe de Implementación y Seguimiento del Programa de Cumplimiento de la Sentencia", de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires.

presentación escrita, ponía en duda los criterios para la elaboración de informes criminológicos y destacaba criterios arbitrarios para su elaboración. Su postura instaba también a reflexionar sobre las condiciones de encierro de la persona evaluada, sin observar el entorno en el que la misma vive. También destacaba como problemática la subjetividad y los juicios de valor que realizan los profesionales del área de la psicología y social.

Las observaciones que realizaron en 2019 las personas privadas de la libertad son similares a las establecidas anteriormente por parte de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia en la causa N° 35.601, caratulada “Romero Díaz, Silvio Leonardo (Detenidos en la Unidad Nro. 9) s/ habeas corpus”. En esta oportunidad, el máximo tribunal penal de la provincia entendió que los informes criminológicos deberían respetar en su elaboración pautas generales y protocolos de elaboración, donde las conclusiones de exámenes psicológicos o psiquiátricos, sobre todo de tinte desfavorable, sean acompañados de los respectivos protocolos y de la relación sucinta de las entrevistas, resultados de test.

La reforma propuesta y su perspectiva

La reforma implementada por la Resolución 530/20 del Ministerio de Justicia bonaerense en las “Pautas de implementación de la Guía para la confección de Informes de los Departamentos Técnicos Criminológicos aprobada por Resolución Ministerial N° 256/16” introduce directrices para limitar el uso abusivo de ciertas reflexiones que pueden hacer discrecionalmente muchos profesionales, para también profesionalizar y unificar las prácticas y contenidos

en la realización de evaluaciones e informes criminológicos en cada grupo técnico de cada unidad penitenciaria.

Entre los rasgos más generales de la reforma, por ejemplo, se establece la manera en la que deben referirse a las personas privadas de la libertad –especialmente teniendo en cuenta la diversidad de género y autopercepción–, los parámetros coyunturales sobre las condiciones de alojamiento de la persona estudiada como parte de su limitación al progreso, se prohíbe brindar ciertas informaciones de manera parcial, se obliga a realizar una fundamentación metodológica y teórica a los profesionales psicólogos y trabajadores sociales, etcétera.

Las incorporaciones más relevantes de la Resolución 530/20

En primer término se establece, como disposición para toda la comunidad penitenciaria, la manera en la que deben comenzar a dirigirse cuando se refieren a una persona privada de su libertad, excluyendo la denominación “interno”, que resulta negadora de la persona como sujeto de derechos, estableciendo opciones directas: mujeres madres, mujeres embarazadas; comunidad LGBTTI+; jóvenes adultos; adultos mayores; personas con tratamiento o padecimiento psiquiátrico y otras patologías médicas graves y discapacidades.

La obviedad de referirse a las personas evaluadas según su grupo de pertenencia fue necesario plasmarla, ya que en 2023 hay un segmento de los evaluadores que aún niegan la identidad de género o la importancia de observar a la persona desde la pertenencia a

grupos determinados, lo que la coloca en un mayor grado de vulnerabilidad social y merecen una especial mirada y contemplación con determinada perspectiva, consonante con las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁸.

Otro punto destacable es el ámbito de evaluación. La misma debe ser efectuada en un ambiente acorde al tipo de entrevista que va a realizarse, donde prime un marco de privacidad que permita el desarrollo adecuado de la misma. Las unidades penitenciarias suelen improvisar espacios para las entrevistas que no poseen estas características y claramente pueden ser condicionantes del resultado. Por ejemplo, las unidades penitenciarias 1, 9 y 34 poseen boxes o habitaciones sin puerta, expuestos a los sonidos externos, sin generar espacios donde desarrollar la entrevista con la debida privacidad.

Otra novedad que en la práctica judicial es muy importante es que en el informe se indique la ubicación en el régimen y modalidad en la que se halla la persona privada de la libertad. La reforma destaca la importancia de adecuar el informe al régimen otorgado administrativamente por el personal penitenciario, el cual debe ser plasmado en el mismo. Sucede que en la mayoría de las unidades penitenciarias conviven distintas modalidades, y hasta regímenes, por lo tanto, es clave para atender las exigencias de la progresividad que el informe indique en cuál se encuentra alojada la persona evaluada, su modalidad y tratamiento. La exigencia ayuda a partir de la

⁸ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, del 4 al 6 de marzo de 2008.

base de que la persona privada de la libertad se encuentra en determinado nivel dentro de la progresividad, por lo que la resolución judicial debe contemplarlo para cumplir con este precepto.

En otro orden, se destaca el modo en el que se debe informar sobre los procedimientos sancionatorios a los que ha sido sometida la persona privada de la libertad. Esta exigencia no es casual, pues estos suelen adolecer de los elementos formales que brindan legalidad a las sanciones que merman la conducta numérica. Dichos procedimientos a veces no llegan a una sanción, y sin embargo quedan los registros administrativos que son informados.

La importancia de que la conducta numérica sea la máxima que la persona haya podido alcanzar durante el tiempo de encierro es un elemento fundamental en las resoluciones de cualquier instituto liberatorio. Los expedientes administrativos muchas veces no culminan en sanciones propiamente dichas, pero son informados indebidamente como "inicio de actuaciones administrativas disciplinarias", lo que podría afectar el concepto del interlocutor. La nueva guía para la confección de informes determina la obligatoriedad de no dejar constancias de ningún proceso sancionatorio que no se encuentre firme ni de aquellos que por el paso del tiempo hayan caducado.

Téngase presente que el cumplimiento por parte del poder administrador de los elementos legales en un proceso sancionatorio tiene origen en el derecho de defensa que debe prevalecer en las actuaciones administrativas, de lo contrario, este deviene ilegal y, por lo tanto, nulo.

El control judicial posterior al acto sancionatorio se encuentra amparado por la ley, y la falta de oportunidad en el ejercicio de defensa e impugnación es agravio suficiente que implica violación a las garantías del artículo 18 de la Constitución nacional. Es por ello que un procedimiento viciado de nulidad o inexistente no puede ser informado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en reiteradas ocasiones que las personas privadas de su libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, con excepción de aquellas libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso.

En el aspecto educacional, la reforma indica que se debe informar como rubro estudios realizados o posibilidad de continuarlos, que además de indicar los niveles educativos alcanzados se destaque la exigencia cuantitativa y la cuestión coyuntural. El informe deberá dejar precisada también la cantidad de personas privadas de libertad alojadas en el establecimiento penitenciario en cuestión; la cantidad real y actual (cupó) que el establecimiento tiene para el acceso a educación. Específicamente, este parámetro deberá además decir si la persona privada de la libertad estudia o no y, en este último caso, cuáles son las razones institucionales por las cuales esta capacitación no se produce. El derecho a la educación se garantiza de manera formal, pero no existe cupo para toda la población en todos los niveles ni en todas las unidades penitenciarias por igual.

En igual sentido que el aspecto anterior, cuando se haga saber sobre las tareas laborales o capacitación en oficios, así como la

participación en actividades deportivas, recreativas e intelectuales, esta información deberá ir acompañada de los datos que contribuyan al entendimiento coyuntural: dispositivos laborales existentes, cupos, voluntad del sujeto de formar parte de los mismos, ofertas disponibles para su inclusión, etcétera.

Uno de los más necesarios aspectos reformados es el de las pautas para la elaboración de los informes psicológicos. Este punto es uno de los más cuestionados por parte de las personas privadas de la libertad y por quienes trabajamos en la ejecución de la pena. Con frecuencia asistimos a informes que carecen de rigor científico, exentos de metodología y fundamentación, con frases o clichés que se suelen utilizar posteriormente como argumento para la inconveniencia.

La importancia de que el profesional actuante se abstenga de realizar juicios de valor es superlativa. Frecuentemente los informes refieren que la persona no posee arrepentimiento sobre el hecho que lo ha condenado, circunstancia que no solo no debe ser evaluada, sino que además responde a cuestiones del fuero íntimo de la persona y que es invalorable.

Cabe destacar la delimitación que se les hace a los profesionales psicólogos en su pericia, restringiendo su participación al examen actual del individuo, sin caer en evaluaciones futuras e inciertas que, por cierto, no deben formar parte del requerimiento. Cobra materialidad el principio de reserva toda vez que no se pueden valorar negativamente las reflexiones del fuero íntimo que haya podido realizar el evaluado respecto del hecho que dio origen a la condena, quien no tiene que dar cuenta de las mismas.

Respecto del contacto familiar o referentes terceros no familiares, cabe destacar que no siempre mantener contacto familiar fluido o con otros vínculos socioafectivos es posible. A veces hay obstáculos que trascienden a la persona condenada, que no pueden endilgársele, o bien el hecho de no recibir visita debe ser valorado positivamente. Las comunicaciones telefónicas periódicas estrechan la distancia que a veces resulta imposible de sortear económicamente para una familia. Es decir que la persona privada de la libertad puede estar en comunicación permanente con su familia pero no verla por razones que lo exceden, lo que no puede valorarse negativamente.

Los traslados de lugar de alojamiento constantes, la distribución de la población en función de condenados y procesados, el alojamiento en cárceles generalmente lejanas al domicilio familiar, los incumplimientos constantes en el programa conocido como 7 por 60, muchas veces impiden que el contacto se produzca. La distancia es un factor decisivo, teniendo en cuenta los elevados costos que una familia debe afrontar al viajar a una cárcel lejana a su domicilio, sumado a todos los gastos que insumen los elementos que no provee la Administración y que deben ser solventados por la familia: alimentos, medicación, ropa, elementos de aseo.

Entonces, ¿se puede valorar negativamente la falta de visitas y, por lo tanto, carencia del factor socioafectivo? La nueva resolución ministerial intenta que las explicaciones se brinden de manera íntegra, aclarando cuando la visita no se produce por cuestiones ajenas a la voluntad del sujeto; no siempre implica falta de contención familiar.

El informe criminológico y su contribución a la sobrepoblación carcelaria

Todas las resoluciones judiciales cuyo objeto es liberar a una persona anticipadamente, o cualquier otro instituto tendiente a hacer efectiva la progresividad de la pena, necesitan nutrirse de informes que traduzcan, valoren, describan, en definitiva, informen técnicamente sobre la vida en prisión de una persona condenada.

Asimismo, y en un sentido más amplio y general, también puede responder a la pregunta de por qué ingresan tantas personas al sistema carcelario y egresan tantas menos, ya que de estos documentos informativos depende la libertad de muchas de ellas.

Según fuentes oficiales consultadas,⁹ en la actualidad la provincia de Buenos Aires tiene bajo custodia del Servicio Penitenciario 48.794 personas alojadas en cárceles, de las cuales 24.744 se encuentran condenadas. Este número elevado de personas privadas de su libertad impacta, si se lo observa en la estadística nacional: la provincia posee casi el 50 % de la población total privada de la libertad en Argentina, ya que hay 94.994 personas privadas de la libertad según estadística oficial del año 2020.

Las 58 cárceles bonaerenses albergan a una población inmensa, y el Estado provincial tiene la responsabilidad de brindar asistencia en la salud física y psíquica, educación, trabajo o capacitación

⁹ Los datos expuestos fueron extraídos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su aporte “Observatorio Sistema Judicial Penal”, del 21 de abril de 2023, de la Autoridad de implementación y seguimiento del Programa de Cumplimiento de Sentencia (APCS). Disponible en: <https://apcs.scba.gov.ar/>.

laboral, alimentos, elementos de higiene, garantizar los vínculos familiares, la seguridad, etcétera. Estos aspectos primordiales se relacionan íntegramente con el tratamiento del condenado; de no estar garantizados, deberán ser tenidos en cuenta como elementos para valorar el cumplimiento de los fines de la privación de la libertad, o no podrá evaluarse adecuadamente. Esta afirmación se sostiene teniendo en cuenta que la normativa vigente obliga al poder administrador de dotar de ciertas condiciones a las personas privadas de la libertad para que en ese marco se desarrolle el tratamiento penitenciario.

Sin dudas, para poder evaluar a la persona desde un punto de vista constitucional/legal, los derechos enunciados deben estar abastecidos, de lo contrario, además de no cumplir con la ley, se estará observando de modo segmentado la vida en prisión. De ahí la importancia del aspecto coyuntural que aporta la reforma, que debe empezar a ser incorporado a la luz de evaluar también en qué se equivocó respecto a una persona determinada el Estado provincial para que este sujeto observado rigurosamente no esté en condiciones de seguir su vida en el medio libre o en un establecimiento de mayor autogestión.

A partir de la reforma, en el año 2021 el número de dictámenes catalogados de favorables o viables se ha incrementado notablemente.¹⁰ El informe criminológico se ve ahora limitado por las pautas objetivas determinadas por la reforma, minimizando la discrecionalidad, incorporando la novedad de que sean justificados incluso ante la persona privada de la libertad para que a partir de las

¹⁰ Si bien no hay estadísticas oficiales públicas, he accedido a información cuantitativa que demuestra que los informes viables de 2021 se han duplicado respecto del 2020.

observaciones pueda construir su vida en prisión cumpliendo los objetivos que se le propongan.

La tendencia demuestra que, al evaluar de manera integral a la persona privada de la libertad, la viabilidad como resultado de los informes criminológicos ha comenzado a incrementarse, y esto puede deberse a la implementación de las nuevas prácticas para la confección de dichos informes. Ahora bien, estos resultados no se ven reflejados en la tendencia al otorgamiento de la libertad, ya que el número de personas privadas de la libertad en los periodos 2020-2023 no ha disminuido por acceder a los institutos de las libertades anticipadas. ¿Es que los jueces no han podido aún incorporar los nuevos conceptos de manera positiva y animarse a otorgar libertades anticipadas en esta línea de pensamiento, brindando así mayor entidad técnica a los informes criminológicos?

Reflexiones finales

La provincia de Buenos Aires hace más de veinte años que vive una crisis humanitaria de abordaje complejo respecto de la situación de las personas privadas de su libertad bajo custodia del Estado provincial. El hacinamiento como principal motor de la violación a los derechos humanos en las cárceles se fue agudizando con los años.

Todos los años esta información se evidencia y diagnostica en resoluciones judiciales o informes de organismos gubernamentales y no gubernamentales. En este punto destaco el “Informe sobre personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires”, del año 2005, de la entonces Secretaría de Derechos Humanos

provincial, donde se hizo un diagnóstico del estado de situación oficializando el hacinamiento y la falta de respeto a los derechos humanos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Complementan el diagnóstico año a año otros instrumentos, como los informes anuales de la Comisión Provincial por la Memoria (*El sistema de la crueldad*).

Las respuestas desde los distintos roles del Estado provincial y nacional fueron variadas, no siempre contribuyendo al mejoramiento del sistema carcelario, oscilando entre reformas legislativas restrictivas y en una carrera contra el tiempo, el incremento de plazas en las cárceles existentes o la construcción de nuevas como una solución, lo que nunca les será suficiente.

Por su parte, tanto el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, el dictamen del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires solicitado por Resolución de Corte N° 2301/18 del 10 de octubre de 2019 y la causa N° F-3359 caratulada “Monasterio Nelson y otros s/ Habeas Corpus” del Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial La Plata, a cargo del doctor Eduardo Eskenazi, entre otros fallos relevantes, oficializaron un diagnóstico desastroso para la provincia de Buenos Aires, y cada uno de estos dictámenes –con sus especiales aportes al estado de situación– encendieron las alarmas determinando que en la provincia no se garantizan las condiciones de habitabilidad mínimas que satisfacen los estándares de derechos humanos de las personas privadas de libertad, por lo cual el Estado provincial debe hacerse responsable.

Todos estos documentos coincidieron en observar que las causales de incremento constante de la población son variadas y su solución se encuentra dada en que cada poder del Estado aporte su contribución a efectos de paliar las graves violaciones a los derechos humanos descriptas, a la vez de restringir los ingresos a prisión con usos alternativos a la privación de la libertad.

En la actualidad –y con retrospectiva– podemos afirmar que las reformas legislativas a las leyes de ejecución, al Código Procesal Penal de la provincia y al Código Penal de la nación contribuyen al crecimiento sostenido de la población carcelaria, reduciendo las opciones de acceso a alternativas a la privación de la libertad y a las libertades anticipadas para las personas condenadas.

Por su parte, la opinión pública, a través del relato mediático, en varias ocasiones se posiciona exigiendo mayores penas para las personas que cometen delitos. Estas exigencias se dan sobre todo cuando se produce un hecho que conmociona a la sociedad por su gravedad intrínseca.

Uno de los aspectos que generaron históricamente la sobrepoblación carcelaria fue el no otorgamiento de libertades anticipadas fundado en informes criminológicos empañados por un sesgo restrictivo y prejuicioso: nadie quiere ser el responsable de autorizar que una persona procesada o condenada transite en libertad su pena o su proceso. Mucho menos si la llamada “opinión pública” lo desapruueba.

El debate entre los organismos de derechos humanos, los colectivos de personas privadas de la libertad y el Estado provincial puso

en evidencia que tanto las reformas legislativas restrictivas como los criterios de elaboración de informes criminológicos eran en parte los principales responsables del incremento poblacional, y en el caso de los últimos, no reflejaban en su totalidad la veracidad de lo que implica estar privado de la libertad en la provincia de Buenos Aires, que a veces puede ser equiparable a la tortura, a un trato cruel o degradante.

La reforma comentada en el presente trabajo es un primer paso hacia el sinceramiento estadual, toda vez que obliga al interlocutor a ceder ante sus subjetividades e impresiones y blanquear la verdadera coyuntura del evaluado. Este incipiente aporte a la política criminal de la provincia lo observo positivamente toda vez que el Estado no solo describirá el desempeño institucional del condenado en los informes criminológicos, sino que también habrá de mencionar sus propias limitaciones para brindarle asistencia y tratamiento. Inclusive podrá recomendar que por esas mismas limitaciones la libertad anticipada sea la mejor opción.

La capacitación del personal técnico del Servicio Penitenciario bonaerense es esencial en esta etapa de implementación de la reforma, pues, además de los prejuicios y estándares arraigados, vienen nuevos desafíos, como el tratamiento y acompañamiento especializado que deben recibir los grupos más vulnerables que pasan por las prisiones. Me refiero en particular a parte de la comunidad trans y LGTBIQ+, quienes atraviesan inequidades en la cárcel con menos posibilidades de desarrollo en todo sentido que el resto de la población.

Por último, si bien se ha podido observar que a partir de la reforma de 2020 la viabilidad de los informes criminológicos ha crecido, lo cierto es que las libertades anticipadas no han tenido la misma suerte y receptividad judicial. Los jueces en sus resoluciones, principalmente, y los fiscales en su compulsión a negarse y al recurso de apelación descreen –o no se fían– evidentemente de la recomendación estadual que se realiza a través de los informes criminológicos. Por lo tanto, el próximo desafío será dar el debate y cuestionar –con estos novedosos preceptos– los puntos de vista estandarizados en la Justicia, que en definitiva serán los que resuelvan el debate original sobre para qué nuestra sociedad necesita la cárcel.

Referencias

- Guillamondegui, L. R. (30 de junio de 2014).** Reflexiones acerca de las calificaciones de conducta y concepto. Propuestas de discusión en procura de arribar a un mecanismo de valoración de los informes criminológicos respetuoso de la finalidad jurídica de la ejecución de la pena privativa de libertad. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39238-reflexiones-acerca-calificaciones-conducta-y-concepto>.
- Lastau, D. E. (2018).** Los informes criminológicos y su confección e incidencia en el régimen progresivo de la pena (Argentina-España). *Derecho Penal y Procesal Penal*, 12.
- Rivera Beiras, I. y Salt, M. G. (2005).** *Los derechos fundamentales de los reclusos*. Editores Del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (2013).** La medida cualitativa de la prisión en el proceso de ejecución de la pena. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48811-medida-cualitativa-prision-proceso-ejecucion-pena>.

Sobre la reincidencia penitenciaria bonaerense:
entre la recirculación penitenciaria y la expansión punitiva

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

Recibido: 04/04/2023 **Aprobado:** 30/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.90>

Sobre la reincidencia penitenciaria bonaerense: entre la recirculación penitenciaria y la expansión punitiva¹

Buenos Aires penitentiary recidivism: between penitentiary recirculation and punitive expansion

Tomás Bover²

Universidad Nacional de Quilmes

Resumen: La reincidencia es un problema público, pero su construcción pierde de vista el papel de las prácticas institucionales (policiales y judiciales) que contribuyen a reproducir la “reincidencia penitenciaria” cargando el fenómeno en la cuenta de los “reincidentes”. Este artículo se propone abordar una serie de dimensiones de ese problema a partir de discutir la expansión del encierro penitenciario, abordar la reincidencia penitenciaria como categoría conceptual (con sus luces y sombras) e interpretar los resultados de un primer informe de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires, que realiza una descripción demográfica de la población penitenciaria bonaerense.

¹ Este artículo presenta los primeros resultados del proyecto “La reincidencia penitenciaria en la Provincia de Buenos Aires: Un enfoque cuali-cuantitativo del fenómeno para el período 2015 – 2024”, PICT-2021-GRF-TI-00495, acreditado y subsidiado por el FONCYT (Ministerio de Ciencia y Técnica de la Nación), y dirigido por Esteban Rodríguez Alzueta en el Laboratorio de estudios sociales y culturales sobre violencias urbanas (LESyC) de la Universidad Nacional de Quilmes, en el marco de un convenio entre la UNQ y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires.

² Doctor en Antropología Social (EIDAES - Universidad Nacional de San Martín). Docente-investigador de la Universidad Nacional de Quilmes en el LESYC. Docente del Instituto Universitario de la Policía Federal. Correo electrónico: tomasbover@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2076-285X>.

Palabras clave: Reincidencia penitenciaria – Encarcelamiento masivo – Información criminal.

Abstract: *Recidivisms is a public problem, but in its construction, the role of institutional practices (police and judicial) that contribute to reproducing “prison recidivism” is lost sight of, charging the phenomenon to the account of “repeat offenders”. This article proposes to address a series of dimensions of this problem from discuss the expansion of prison confinement, address prison recidivism as a conceptual category (with its lights and shadows) and interpret the results of the first report of the Criminal Policy Under secretary of the Ministry of Justice and Human Rights of the Province of Buenos Aires, which carries out a demographic description of the Buenos Aires prison population.*

Keywords: *Penitentiary recidivism – Mass incarceration – Criminal information.*

En los últimos años, la reincidencia criminal se ha convertido en un tema que trasciende las fronteras de la cuestión criminológica para ingresar de lleno en el campo de la discusión como problema público y político. Si la inseguridad y el miedo al delito se han convertido en preocupaciones centrales en nuestro país (Kessler, 2004), las figuras del “delincuente” y particularmente del “reincidente” probablemente sean las que mejor personifican esos temores. Estas se construyen a partir de una serie de preconceptos que proponemos revisar en este artículo a la luz de datos recientemente publicados en un primer informe de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires, que construye un sistema de indicadores para medir la reincidencia penitenciaria del Sistema Penitenciario Bonaerense (SPB).³ Se indica que la reincidencia penitenciaria, comprendida como la recirculación de una persona por los distintos dispositivos a cargo del SPB, alcanza al 26,2 % de la población penitenciaria, es decir que esa proporción de personas ya había estado bajo la órbita del SPB anteriormente. Pero ¿qué quiere decir dicho porcentaje? Que, en primer lugar, para reflexionar sobre el encierro penitenciario bonaerense debemos caracterizarlo a partir de su evidente “primarización”, y que debe leerse junto a un proceso de encarcelamiento masivo con las características específicas que adquiere este fenómeno en nuestro país.

El objetivo de la investigación en curso es robustecer el debate público en torno a la reincidencia, que tiende a banalizar la discusión

³ El informe “Reincidencia Penitenciaria en la Provincia de Buenos Aires: caracterización general de la población penitenciaria” fue realizado por un equipo conformado por Iván Galvani, Horacio González, Walter Defrick, Santiago Nabaes, Matias Manuele, Sofía Caravelos y Tomás Bover.

alrededor del relato de “la puerta giratoria” (“entran por una puerta y salen por la otra”), y contribuir al desarrollo de políticas públicas penitenciarias y pospenitenciarias de largo aliento que atiendan la especificidad de esta población.

Proponemos, en una primera sección, caracterizar los procesos de encarcelamiento masivo y su correlato bonaerense contemporáneo. En una segunda instancia, discutir los límites y alcances de la categoría “reincidencia” para señalar qué nos dice sobre el funcionamiento de las agencias penales. Y, finalmente, caracterizar a la población que se encuentra bajo la órbita del SPB en todas las modalidades de detención a la luz de la discusión sobre la reincidencia penitenciaria.

Los procesos de encarcelamiento masivo y su abordaje

El encarcelamiento masivo en Argentina es un fenómeno que se inicia en la década de los noventa con un aumento exponencial de la población penitenciaria y que tenía como antecedentes versiones similares en otros continentes décadas antes. Se trata de una expansión que responde parcialmente a varias cuestiones: en primer lugar, al incremento del delito callejero (Kessler, 2004; Ciafardini, 2006; Ciafardini y Fernández, 2021); en segundo lugar, a la aparición de la inseguridad como problema público (Kessler, 2009; Isla y Míguez, 2010), pero que también se presenta como correlato de los procesos de criminalización, judicialización y represión de la pobreza y la protesta (González Moras *et al.*, 2003; Gargarella, 2005). El telón de fondo de estos fenómenos fue la desocupación

y el aumento de la marginalidad (Villarreal, 1997; Feijoó, 2003; Svampa, 2000, 2005; Merklen, 2005), consecuencia de las reformas neoliberales llevadas a cabo en esa década y las anteriores. De ahí en adelante, el encarcelamiento nunca dejó de aumentar. Sin embargo, el encarcelamiento masivo no es un fenómeno local sino mundial (Burton-Rose, D., D. Pens y P. Wright, 1992; Cuneo Nash, 2017; Lewkowicz, 2004; Pavarini, 2006; Wacquant, 2011; Re, 2008; Bauman, 2005; Anitua y Gual, 2016; Simon, 2018), que en Argentina tiene las siguientes características:⁴

- Es preventivo: es decir, se lleva a cabo sin sentencia firme y hay un gran porcentaje, por momentos, donde más de la mitad de la población está procesada, con una “contención cautelar”.
- Es clasista: puesto que la gran mayoría de la población encerrada es pobre, es decir, no tenía trabajo formal ni informal al momento de la privación de la libertad y vivía en un barrio pobre.

⁴ Tomemos por caso el año 2012 para graficar lo dicho y luego comparar con los datos bonaerenses producidos una década después, cuando la población encarcelada en todo el sistema penitenciario (federal y local) era de 61.192 personas (SNEEP). Allí vemos que más de la mitad de las personas encerradas estaban procesadas, y solo el 48 % se encontraba con sentencia condenatoria. En el sistema federal y la provincia de Buenos Aires, la proporción fue mayor: el 56 % se encontraba con prisión preventiva. Por otro lado, vemos también que el encierro era de relativamente corta duración: solo había 605 personas que habían ingresado en 2002, y 2.303 personas que lo había hecho en 2007. La gran mayoría había ingresado en los últimos cinco años (en 2008, 3.730; en 2009, 5.466; en 2010, 7.824; en 2011, 10.727; y en 2012, 15.456). Es decir, el promedio de encierro es aproximadamente de cinco años. Razón por la cual algunos investigadores han señalado que a través del sistema penal lo que se hace es sacar de circulación a contingentes sociales que comparten más o menos las mismas cualidades socioculturales, a saber: son masculinos (95 %), argentinos (94 %), jóvenes (el 64 % son menores de 34 años), solteros (76 %), urbanos (el 91 % vive en la ciudad), pobres (el 39 % está desocupado y el 40 % eran trabajadores de tiempo parcial al momento de la detención), descualificados (el 51 % solo tenía primario completo; el 20 %, secundario incompleto; el 3 %, universitario o terciario completo; el 43 % no tenía ni oficio ni profesión; el 45 % tenía oficio; solo el 12 % tenía profesión). Se comprende entonces que la gran mayoría (un poco más del 60 %) estaban privados de la libertad imputados por haber cometido delitos contra la propiedad privada (robo y tentativa de robo, 24.566; hurto y tentativa de hurto, 4.376; otros delitos contra la propiedad, 2.367) y delitos contra la Ley N° 23.727 (estupefaciente, 9.556 personas).

- Es rotativo: porque se trata de una población que va a itinerar por distintas unidades penitenciarias a lo largo de su estancia en prisión (INECIP, 2012; Rodríguez Alzueta, 2014).
- Es primario: un amplio porcentaje de la población carcelaria se encuentra experimentando su primera situación de encierro penitenciario.

Para comprender y explicar estas características no basta con mirar las condiciones socioeconómicas de la población prisionizada, sino que hay que poner el ojo en las rutinas burocráticas, policiales y judiciales. En efecto, las interpretaciones de las últimas décadas para explicar la masividad del encierro pueden agruparse en dos grandes paradigmas (Re, 2008): por un lado, aquellas teorías que hacen hincapié en los factores estructurales o socioeconómicos, esto es, en las variables externas al sistema penal (Wacquant, 2000, 2011; De Giorgi, 2005, 2006; Bauman, 2005; Stern, 2010, Calveiro, 2012); por el otro, el “policy choice”, es decir, aquellos modelos de interpretación que hacen especial énfasis en los aspectos internos al sistema penal, en las políticas de control, en las legislaciones específicas y en las rutinas y saberes institucionales (Garland, 2005; Simon, 2011; Christie, 1993; Pratt, 2006, Fassin, 2018).

Para los “economicistas”, el aumento de la población carcelaria se explica por las transformaciones que se produjeron en el mercado laboral y otros cambios políticos y sociales, como el dismantelamiento del estado de bienestar y el deterioro de la sociedad salarial, el aumento de la desocupación y la precarización del mercado laboral, la recomposición del capitalismo sobre la base de las apuestas financieras; es decir, en la desindustrialización, la desindustrialización y la marginación social. En cambio, para los modelos de

“policy choice”, las causas para comprender el encarcelamiento en masa habría que buscarlas al interior del propio sistema penal. En primer lugar, en la inflación punitiva, esto es, en el aumento de la criminalización primaria: cada vez hay más leyes penales –con penas cada vez más duras– y vemos proliferar códigos de convivencia o contravencionales que habilitan la intervención del sistema penal en situaciones cotidianas que antes no eran referenciadas como problemáticas o, siéndolo, se las mantenía en la órbita de otras instituciones –con políticas sociales– (Garland, 2005; Zaffaroni, 2006). En segundo lugar, en el aumento de la criminalización secundaria: cada vez hay más agentes policiales en la calle con más discrecionalidad, es decir, mayor severidad de las agencias involucradas en el control espacial (Garland, 2005; Simon, 2011; Anitua, 2009; Bover, 2021); pero también una concepción neorretributiva de la pena en los jueces encargados de aplicar aquellas figuras penales (Garland, 2005, O’Malley, 2006, Melossi, 2012). Y, en tercer lugar, no hay que perder de vista el pánico moral, es decir, el papel que juegan las retóricas políticas y mediáticas que reconocemos en la “demagogia punitiva”: la difusión en la sociedad de un sentimiento de inseguridad a través de cruzadas morales o “campañas de Ley y Orden” (Pratt, 2006, 2011, 2013; Lea y Young, 2001), que se traducen en una demanda de mayor represión, linchamientos, escraches, quemas intencionadas de vivienda, etcétera (Gutiérrez, 2006; Picht, 2009; Rodríguez Alzueta, 2019, 2020). No se trata de interpretaciones excluyentes. Como sugiere también Lucía Re (2008), cada una de estas variables habría que tenerlas en cuenta a la hora de comprender el encarcelamiento en masa. Sin embargo, como nos advierte Massimo Pavarini (2006), no hay reglas generales que expliquen el fenómeno de una vez y para siempre, para todos los casos. En cada región, en cada país, el encarcelamiento tiene sus propias

particularidades, asume una funcionalidad específica que merece ser explorada atendiendo a las especificidades del caso.

De modo que la reincidencia no solo hay que pensarla teniendo como marco este fenómeno –el encarcelamiento masivo, clasista, preventivo, rotativo y primarizado–, sino que, además, hay que abordarlo sin perder de vista las prácticas policiales y judiciales. El policiamiento, puesto que son las agencias policiales las que seleccionan la población que luego será judicializada por los operadores judiciales (Tiscornia, 2004, 2008; CELS, 2016; Pita y Pacecca, 2017; Rodríguez Alzueta, 2016, Bover, 2021); y las prácticas judiciales, porque son sus operadores, cautivos de modos de pensar y decir, quienes toman decisiones y desarrollan prácticas que aumentan no solo la población prisionada, sino la contención cautelar (Tiscornia, 2004, 2008; Kostenwein, 2016, 2020; INECIP, 2012).

Hay un corpus de investigaciones que indican que la reincidencia es mayor después del encarcelamiento que cuando se impone una pena alternativa (Pager, 2007; Liebling y Maruna, 2011; Fassin, 2017; Western, 2018; Neusteter, Subramanian, Trone, Khogali y Reed, 2019), o que un contacto negativo con la policía o con el sistema de justicia aleja al sujeto de un posible desistimiento o distanciamiento de la “carrera criminal” (Laub y Sampson, 2003; Rios, 2011a, 2011b; Goffman, 2014; Jacques y Wright, 2015; Braga, 2016). Este último punto es importante, porque, en su mayoría, estas investigaciones encuentran que “desistencia” y “reincidencia” son dos caras de la misma moneda, por lo que hace un tiempo se viene combinando el estudio de ambos fenómenos (Petersilia, 2003; Burnett y Maruna, 2004; Maruna y Immarigeon, 2004).

Reponer la “textura de las dificultades” (Newman y Massengill, 2006; Western, 2018) de la “reincidencia penitenciaria” implica la combinación de las dimensiones macro y microsociológicas (Garland, 2017; Katz, 2019) que vienen desarrollando los estudios de los “efectos del encarcelamiento” (Liebling y Maruna, 2011). Esta “textura” implica identificar cuáles son los efectos sobre la salud mental y física, los problemas de adicción, los trastornos postraumáticos, el desarrollo y malestar de las familias de las personas privadas de su libertad y el impacto del encarcelamiento en la capacidad de desistir con éxito de la delincuencia. Por otro lado, si acordamos con Garland (1999) que, limitado a sus funciones técnicas, el encarcelamiento no funciona y hay otras instituciones mucho mejor situadas para entregar bienes como “reparación”, “inclusión” o “corrección”, y si sumamos a este argumento que el encarcelamiento desacopla a las personas prisionizadas de ciertas instituciones comunitarias que obstaculizan las “carreras criminales” (Sampson y Laub, 1993) podemos llegar a la conclusión de que debemos situarnos en un conjunto de indagaciones en las que se propone que el ámbito carcelario no se estudie separado y aislado de la vida comunitaria extramuros.

“La cárcel y la calle”

Una interesante serie de estudios que vinculan los estudios urbanos y penitenciarios propone una comprensión de “la cárcel” y “la calle” como sitios que siempre se implican mutuamente (Fassin, 2017; Gill, Conlon, Moran y Burridge, 2018; Bandyopadhyay, 2020; Moore, 2020; Schneider, 2020; particularmente en el sur global, podemos encontrar investigación sobre las prisiones que siguen este

enfoque metodológico y teórico: Antillano, Pojomovsky, Zubillaga, Sepúlveda y Hanson, 2016; Biondi, 2016; Darke, 2018; Ariza y Iturralde, 2020; Weegels, 2020). Estos estudios proponen los conceptos de “travesía” y “porosidad” para desafiar y escapar de la poderosa preeminencia y presunción del binarismo: cárcel/calle –o, lo que es lo mismo, adentro/afuera–. “Solo estableciendo el vecindario y la prisión en una continuidad analítica podemos tener en cuenta la emergente translocalidad de la vida social carcelaria” (Da Cunha, 2008, p. 346) y, de esta forma, ensayar mejores respuestas a las preguntas sobre la reincidencia. Estos trabajos emplean una metodología etnográfica *trans*-sitio –ya no situada ni multisitio– y se centran en los “senderos” vividos, negociados y polivalentes que surgen en las prácticas sociales de viajar de ida y vuelta entre “la calle” y “la cárcel” –en su superposición y sus enredos (Weegels, Jefferson y Martin, 2020)–.

Las investigaciones suelen estudiar estos “mundos” por separado. Así, el impulso cada vez mayor de la securitización somete efectivamente las vidas de las personas “atrapadas” en los márgenes urbanos a una “sujeción carcelaria” (Crewe, 2011), que implica soportar técnicas carcelarias de separación y exclusión, y un procesamiento desproporcionado a través del sistema de justicia penal y una mayor marginación (Wacquant, 2011; Rios, 2011a; Goffman, 2014). Así es que gran parte de la investigación sobre prisiones y penalidad ha puesto de relieve la forma en que las medidas carcelarias exacerbaban las privaciones preexistentes, frustrando procesos ya complicados de inclusión social, reingreso, rehabilitación o reinserción (Liebling y Maruna, 2011; Crewe, 2011). En este sentido, nuestro intento es alejarnos de la fijación criminológica de estudiar la reincidencia a través de la oposición (clásica) entre la vida en el

interior y la vida en el exterior, entre la “subcultura del recluso” y la cultura en la comunidad, dejar de privilegiar una distinción analítica entre la vida en prisión y la vida después de la prisión antes que un enfoque analítico de *continuidad* (Petersilia, 2003). Así es que para reapropiarnos y reconfigurar el concepto de “reincidencia” debemos comprender que los límites aparentemente manifiestos entre estos sitios son a menudo, fronteras porosas, y la vida social dentro o fuera de la prisión o dentro y fuera de la calle *no debe* ser desagregada analíticamente (Waltorp y Jensen, 2019; Weegels, Jefferson y Martin, 2020).

Por otro lado, la literatura contemporánea que revisa los efectos del encarcelamiento y los factores de la reincidencia carece de una dimensión afectiva suficiente y bien estudiada. El miedo, la ansiedad, la soledad, el trauma, la depresión, la injusticia, la violencia y la incertidumbre son parte de la experiencia de la vida carcelaria. Estos sentimientos “ocultos” –pero aparentes– de la vida carcelaria no han sido medidos o tomados suficientemente en serio por aquellos interesados en la sociología de la penalidad. En cierto punto, no se ha logrado un convencimiento disciplinario y metodológicamente convincente de que tal “dolor” resulte en un “daño” mensurable. Sin embargo, esos “dolores” tienen consecuencias. Las pequeñas humillaciones e injusticias cotidianas que se viven en la cárcel (como en algunas comunidades) pueden ser sufridas en silencio, pero a medida que se acumulan y se intensifican estas heridas pueden expresarse como odio y violencia “inexplicables”.

La reincidencia como categoría problemática

Para abordar la “reincidencia penitenciaria”, nos proponemos leerla más allá de las llamadas conductas criminales. Partimos de no cargar la reincidencia, ni la reiterancia, exclusivamente a la cuenta de la libertad individual. Tanto la reincidencia como la reiterancia en el crimen requieren la consideración de las condiciones estructurales con las que se miden esas personas, pero también, y fundamentalmente, de aquellas rutinas institucionales –policiales y judiciales– que ponen el “ojo” en determinados actores (De Giorgi, 2005; Fassin, 2018; Rodríguez Alzueta, 2020). Las instituciones estatales no están solas; esta tendencia a volver a encarcelar a las mismas personas hay que considerarla acoplada al populismo y punitivismo “desde abajo” (Pratt, 2011, 2013) que habilitan y legitiman mecanismos de sobrevigilancia, hostigamiento y control que inciden sobre los procesos de reencarcelamiento (Rodríguez Alzueta, 2019).

Proponemos esta perspectiva porque, hasta ahora, la reincidencia ha sido explicada centralmente poniendo en el centro del debate la conducta individual (CELIV, 2014, 2022), mientras que no ha sido abordada críticamente desde una perspectiva centrada en los procedimientos punitivos. A ese fin, presentamos algunas dimensiones de la discusión sobre los alcances y límites de la categoría “reincidencia criminal”, del porqué de nuestra propuesta de uso de la categoría “reincidencia penitenciaria”, así como la necesidad de repensar los procedimientos de análisis del fenómeno existentes y en uso.

En principio, hay que distinguir entre “reincidencia criminal”, “reincidencia jurídica”, “reincidencia delictiva” y “reincidencia penitenciaria”.

Es importante tener en claro estas distinciones, puesto que, de acuerdo con la definición teórica que se adopte, se tomarán determinadas decisiones metodológicas para establecer cómo se medirá y pensará la reincidencia.

La *reincidencia criminal* es un indicador utilizado en el ámbito judicial para evaluar los programas de reinserción y rehabilitación. Distingue entre las personas que tienen reiterados contactos con el sistema de justicia criminal, ya sea por una nueva detención, condena o encarcelamiento (Villagra, Espinoza y Martínez, 2013). Estos contactos determinan los tres principales modos de calcularla. La *reincidencia jurídica* refiere a una nueva condena, y la *reincidencia delictiva* a un nuevo delito/detención. Finalmente, con la categoría *reincidencia penitenciaria* se hace alusión al reencarcelamiento. En cualquiera de sus variantes, estamos frente a una categoría ambigua, una definición utilizada en varios campos vinculados entre sí, muchas veces de manera indistinta, lo cual obliga a realizar un trabajo de revisión crítica.

Nos proponemos saldar esta vacancia y partir de un “índice de reincidencia penitenciaria” que señala la magnitud del problema. Pero, además, desagregar demográficamente ese indicador para reponer la complejidad del fenómeno. En segundo lugar, es un objetivo de la investigación que da origen a este artículo darle volumen analítico e interpretativo al fenómeno de la reincidencia penitenciaria a través de la perspectiva de los actores implicados y visibilizar aquellas prácticas institucionales que contribuyen a ejercer una presión para que las personas continúen derivando hacia el delito, a fin de que el Estado pueda desplegar políticas públicas que desanden estos modos de actuar y decir.

El encierro penitenciario bonaerense

El informe producido por la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires presenta los primeros indicadores de reincidencia penitenciaria de la provincia. Allí se detallan las características demográficas de la población del SPB, pero también permite señalar y medir la magnitud de la reincidencia penitenciaria en dicho sistema y en todas sus modalidades de detención. A continuación se presentan y analizan sus principales hallazgos.

Aspectos metodológicos

Una primera consideración es que la fuente utilizada para la realización del informe es el Registro Administrativo de Legajos Virtuales de Internos, donde el SPB carga información de la población bajo su custodia en unidades penitenciarias, alcaldías y en la modalidad de monitoreo electrónico, lo que determina que se consideren “reincidentes SPB” aquellas personas privadas de la libertad que registran en sus legajos personales un ingreso penitenciario anterior en el mismo servicio. Como todo registro administrativo, el Legajo Virtual de Internos presenta una serie de sesgos: recién a partir del año 2010 resultó de carga obligatoria, por lo que el corte de este informe a diciembre de 2021 no rescata información de estadías anteriores a ese año. A su vez, el sistema no se encuentra vinculado a otros registros, como podrían ser otros servicios penitenciarios o dependencias policiales.

Evolución de la situación penitenciaria bonaerense

La situación carcelaria de la provincia de Buenos Aires arrastra desde hace décadas problemas estructurales. A diciembre de 2019, el SPB registró la tasa de superpoblación más alta de su historia, que se ubicó cerca del 110 %. Esa cantidad de personas detenidas en la provincia representaba una tasa de encarcelamiento superior a los 300 individuos detenidos cada 100.000 habitantes, cifra que indicaba que la prisionización bonaerense superaba en un 70 % el nivel promedio de nuestro país, cuya tasa, sin considerar la provincia de Buenos Aires, es de 174 personas cada 100.000 habitantes.

A estos problemas se suma la falta de información producida para la planificación de políticas penitenciarias y pospenitenciarias, que suelen estar sujetas a las variaciones de la cobertura mediática y sus coberturas mediáticas punitivas (Pratt, 2011, 2013; Rodríguez Alzueta, 2019). Ante este panorama, resulta alentadora la aparición de información pública que permita “echar luz” sobre el fenómeno y conocer su magnitud.

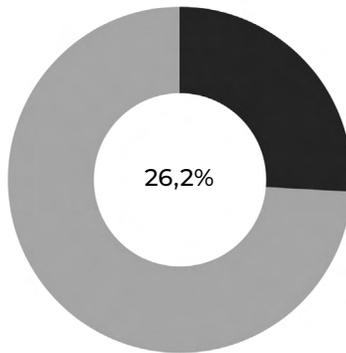
A continuación se reproducen algunos de los hallazgos del informe junto a preguntas que pueden orientar futuras indagaciones.

Tabla 1. Población según reincidencia SPB

Reincidencia	Total	%
Reincidentes SPB	13.012	26,2
Primarios SPB	36.750	73,8
Total	49.762	100,0

Fuente: Dirección de Producción de Información de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires.⁵

Gráfico 1. Población según reincidencia SPB



Según la tabla 1 y el gráfico 1, el SPB cuenta con una población total de 49.762 personas privadas de la libertad, de las cuales 13.012, es decir, el 26,2 %, registran al menos un ingreso anterior en el Registro Administrativo de Legajos Virtuales de Internos al 15 de

⁵ Las siguientes tablas y gráficos tienen la misma fuente.

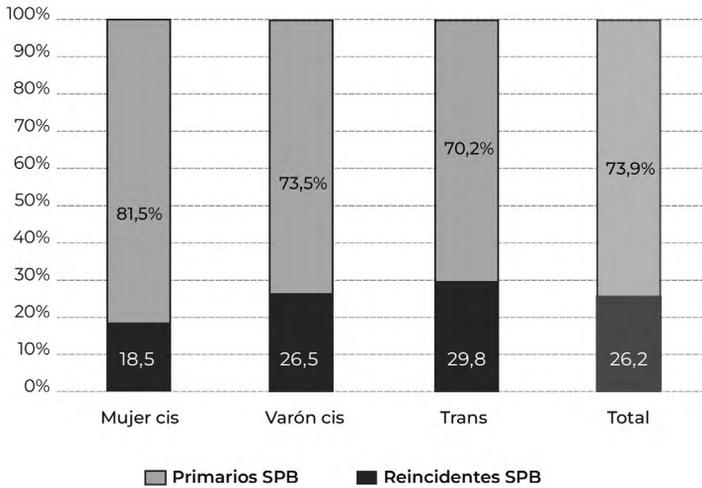
diciembre de 2021. Esto quiere decir que un 73,8 % de la población que se encuentra en alguna de las tres modalidades de detención definidas para el SPB lo hace por primera vez. Lo dicho, entonces, tiene dos caras: por un lado, que la reincidencia, en términos comparativos con las mediciones de otros países (CELIV, 2022), no parece ser un fenómeno de considerables magnitudes; pero, por otro lado, que se ratifica el carácter “primarizado” de la población penitenciaria. Esto abre una serie de interrogantes: ¿qué relación existe entre esa primarización penitenciaria y el encarcelamiento masivo?, ¿cuánto de la expansión del sistema penal bonaerense responde al accionar policial?, ¿qué otras lógicas políticas y judiciales debemos leer en ese crecimiento de la población encarcelada?

Como sabemos, todo promedio concentra en su medición fenómenos que en la práctica se encuentran dispersos, por lo que a continuación se presentan algunos datos sobre cómo ese porcentaje de población reincidente se puede interpretar según su género.

Tabla 2. Población según reincidencia SPB y género

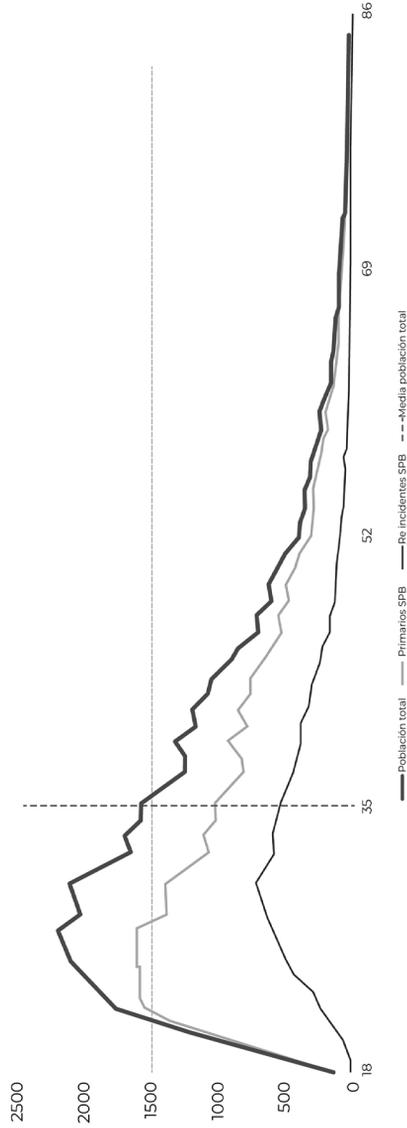
Reincidencia	Género			Total
	Mujer cis	Varón cis	Trans	
Reincidentes SPB	435	12.543	34	13.012
Primarios SPB	1.919	34.751	80	36.750
Total	2.354	47.294	114	49.762

Gráfico 2. Población según reincidencia SPB por género



Una primera consideración es que el 95 % de la población total del SPB resultan ser varones cis, que presentan una tasa de reincidencia SPB del 26,5 %, que por el “peso” numérico que tienen sobre el total de la población se aproxima a la tasa total de reincidencia del SPB (26,2 %). La desagregación por género de la reincidencia en el SPB ubica a las mujeres cis ocho puntos porcentuales por debajo de los varones cis y de la tasa general (18,5 % frente a 26,5 %). Por otro lado, la tasa de reincidencia SPB entre las personas trans se presenta más alta que la general (29,8 %), aunque resulta necesario señalar que el tamaño de esa población hace particularmente sensible dicho promedio a las variaciones en la poca cantidad de casos que la componen.

Gráfico 3. Edad comparada de la población total, reincidente SPB y primarios SPB



Un segundo hallazgo, además de la variación por género de la tasa de reincidencia, está vinculado a la edad de la población general, primaria y reincidente del SPB: el gráfico 3 nos muestra que no hay grandes diferencias en la composición de cada una de estas poblaciones. Por un lado, vemos que la población no es tan joven como suele pensarse, en los términos que se encuentra instalado el problema de la inseguridad y sus coordenadas actuales. Si la discusión alrededor de la baja de edad de punibilidad penal construye a un sujeto joven no punible como el centro del problema (Rodríguez Alzueta, 2019), es notable que al observar la población penitenciaria nos encontramos otra realidad. Entre los 27 y 30 años de edad se encuentran los picos para todas las distribuciones, y el promedio es de 34,8. Si bien es esperable que la población reincidente tenga edades un poco mayores, ya que para “ser reincidente” antes se tiene que haber contado con una primera estadía en el SPB, cuando observamos las curvas, estas no difieren tanto. Entonces, lo que la distribución por edad dice es que se trata de una población poco juvenilizada y con una tendencia poblacional a la reincidencia muy próxima al promedio de edad de la población primaria para el SPB.

Esto abre otra serie de interrogantes: ¿qué otras formas de encierro es necesario observar para conocer los alcances del sistema penal bonaerense sobre los/as jóvenes?, ¿qué información sobre el encierro experimentado bajo el control de la Justicia penal juvenil o en las comisarías dependientes de la Policía de la provincia podría complementarse para conocer otras dimensiones de la reincidencia?

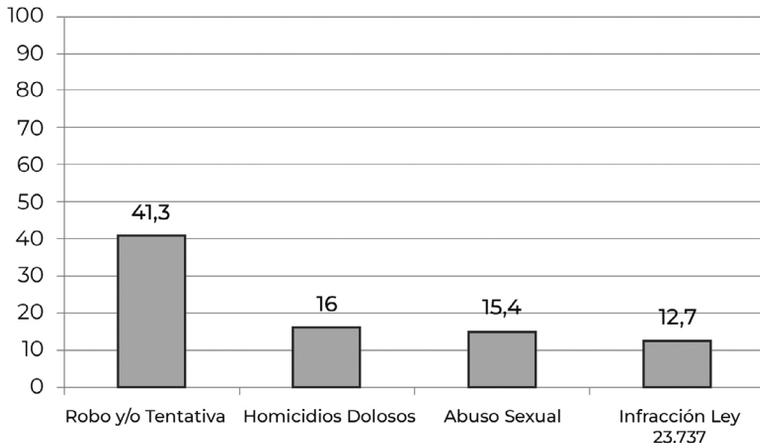
Finalmente nos interesa presentar otra serie de resultados que permiten conocer cómo la tasa de reincidencia penitenciaria del 26,2 % se comporta cuando es desagregada según los principales delitos, es decir, los que reúnen el mayor volumen de personas privadas de libertad.

Tabla 3. Cuatro delitos principales.

Total por delitos y reincidentes SPB

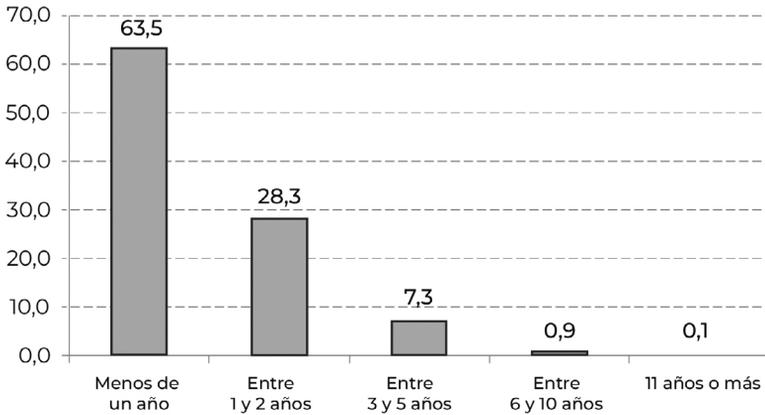
Delitos	Cantidad	% sobre el total SPB	% reincidencia	% sobre el total de reincidentes
Robo y/o tentativa de robo	20.541	41,3	35,3	55,8
Homicidios dolosos	7.959	16,0	17,1	10,5
Abuso sexual	7.631	15,4	8,2	4,8
Infracción Ley N° 2.373	6.296	12,7	23,7	11,5

Gráfico 4. Reincidencia en los cuatro delitos con mayor incidencia en el SPB



El cuadro precedente permite señalar, al igual que las variables de género y edad, que la cifra promedio de reincidencia presenta fuertes variaciones al analizarse a la luz de distintas variables, en ese caso, señalando la preeminencia de población reincidente por delitos contra la propiedad por sobre otros delitos cuando nos referimos a población masculina. Finalmente, interesa presentar la antigüedad de la población penitenciaria en el SPB.

Gráfico 5. Distribución de la población SPB según tiempo de estadía



Lo que este gráfico señala es que el 91,8 % de las personas privadas de la libertad se encuentra en sus primeros dos años de detención, y que el 99,9 % de la población penitenciaria se encuentra detenida hace menos de diez años. Si leemos en conjunto estos últimos dos gráficos encontramos que el robo y la tentativa de robo y las penas menores a dos años “explican” el grueso de la población masculina, algo que es preciso aclarar, porque las infracciones a la Ley N° 23.737 son la principal causa de encierro en población de mujeres cis y población trans. Entonces, lo que tenemos a partir de estos datos es una nueva caracterización de la población penitenciaria bonaerense: masculinizada, primaria, rotativa y que responde principalmente al reproche penal por delitos contra la propiedad.

Palabras de cierre

Este artículo presenta una serie de discusiones y resultados preliminares de dos investigaciones convergentes: por un lado, la realizada desde la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, por otro, desde el Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales en Violencias Urbanas (LESyC) de la Universidad Nacional de Quilmes en el marco del convenio entre UNQ y la dependencia ministerial.

Haber construido un primer sistema de indicadores sobre reincidencia penitenciaria implica una serie de oportunidades, al echar luz y magnificar un problema en cuya falta de medición residía buena parte de la opacidad que lo caracteriza. La reincidencia penitenciaria y la participación juvenil en el delito son probablemente las áreas de información criminal sobre cuyos déficits se monta más eficazmente un diagnóstico equívoco que habilita un reproche punitivo que está muy lejos de responder a la verdadera dimensión de esos temas.

Sin embargo, esos mismos datos dejan al descubierto otras dimensiones de un mismo problema. En primer lugar, como señalamos, el proceso de encarcelamiento masivo tiene entre sus efectos una mayoritaria proporción de personas encarceladas que nunca habían experimentado el encierro penal. Esa expansión punitiva es el correlato de una “baja” reincidencia –al menos en su versión penitenciaria–: tantas personas atravesando por primera vez una estadía en la prisión opacan la incidencia estadística de aquellos que lo hacen por segunda o más veces. En segundo lugar, las cárceles están preeminentemente pobladas por hombres cis que cometen

delitos contra la propiedad y mujeres cis o personas trans que participan del mercado de drogas ilegalizadas. Pero, además, las estadías penitenciarias, en su mayoría, son menores a dos años, lo que resulta en una caracterización penitenciaria con una triple condición: masculina, clasista y primaria.

Agregar datos a estos problemas es una necesaria e inicial respuesta a las dificultades que conlleva construirlos desde la falta de información, pero esos datos requieren de instancias ulteriores que permitan abordar una “textura de las dificultades” (Newman y Massengill, 2006; Western, 2018) asociadas a múltiples “efectos del encarcelamiento” (Liebling y Maruna, 2011). Como decíamos en el inicio de este artículo, el desafío es echar luz sobre la reincidencia penitenciaria, pero también reconocer las enormes limitaciones de esa categoría “hecha” para dar cuenta del reproche individual más que del funcionamiento del sistema penal. Entre esos silencios se incluye el de una dimensión afectiva: el miedo, la ansiedad, la soledad, el trauma, la depresión, la injusticia, la violencia y la incertidumbre son parte de la experiencia de la vida carcelaria que, de un modo extendido, deja huellas que necesariamente tendrán un correlato social asociado al incremento de las violencias. Si la reincidencia penitenciaria nos dice menos del funcionamiento actual del sistema penal que la expansión punitiva, una primera reflexión a modo de cierre es: ¿qué sociedad y qué tipo de convivencia social se construye cuando para buena parte de sus miembros –principalmente varones de sectores populares– la cárcel se convierte en una experiencia ineludible?

Referencias

- Álvarez Uría, F. (1991). Sociologías de la cárcel. En Beloff, M. A., Bovino, A. y Courtis, Ch. (comps.), *Cuadernos de la cárcel*. No hay derecho.
- Anitua, G. I. (2009). *Derechos, seguridad y policía*. Ad-Hoc.
- Anitua, G. I. y Gual, R. (comp.) (2016). *Privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*. Didot.
- Antillano, A., Pojomovsky, I., Zubillaga, V., Sepúlveda, C., y Hanson, R. (2016). The Venezuelan Prison: From Neoliberalism to the Bolivarian Revolution. *Crime, Law and Social Change*, 65 (3).
- Ariza, L. J. y Iturralde, M. (2020). The Bullet in the Glass: War, Death, and the Meaning of Penitentiary Experience in Colombia. *International Criminal Justice Review*, 30 (1).
- Bandyopadhyay, M. (2020). Carceral Entrapments: Views from the Prison/Street Interface in India. *The Cambridge Journal of Anthropology*, 38 (1).
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Paidós.
- Biondi, K. (2016). *Sharing this Walk: An Ethnography of Prison Life and the PCC in Brazil*. University of North Carolina Press.
- Bover, T. (2021). *Distintos y uniformes. Una etnografía en la Policía Federal Argentina*. Universidad Nacional de Quilmes.
- Braga, A. (2016). Better Policing Can Improve Legitimacy and Reduce Mass Incarceration. *Harvard Law Review Forum*, 129 (7).
- Burnett, R. y Maruna, S. (2004). So, 'prison works' does it? The criminal careers of 130 men released from prison under Home Secretary Michael Howard. *Howard Journal of Criminal Justice*, 43.

- Burton-Rose, D., Pens, D. y Wright, P. (eds.) (1992). *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.* Virus.
- Calveiro, P. (2012). *Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control social.* Siglo XXI.
- Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia [CELIV] (2014). *El delito en cifras: Reincidencia en el delito. Boletín número 1.* <http://celiv.untref.edu.ar/delito-en-cifras-abril2014.html>.
- (2022). *Reincidencia en Argentina: Informe 2022.* <https://celiv.untref.edu.ar/descargas/informe-celiv-2022.pdf>.
- Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS] (2016). *Hostigados. Violencia y arbitrariedad policial en los barrios populares.* CELS.
- Christie, N. (1988). *Los límites del dolor.* FCE.
- (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Editores del Puerto.
- Ciafardini, M. (2006). *Delito urbano en la Argentina. Las verdaderas causas y las acciones posibles.* Ariel.
- Ciafardini, M. y Fernández, D. (2021). *Delito y prevención del delito en la Argentina.* Universidad Nacional de Quilmes.
- Crewe, B. (2011). Depth, Weight, Tightness: Revisiting the Pains of Imprisonment. *Punishment Society*, 13 (5).
- Cuneo Nash, D. (2017). *El encarcelamiento masivo.* Didot.
- Da Cunha, M. (2008). Closed Circuits: Kinship, Neighborhood and Incarceration in Urban Portugal. *Ethnography*, 9 (3).
- Darke, S. (2018). *Conviviality and Survival: Co-Producing Brazilian Prison Order.* Palgrave Macmillan.
- Daroqui, A., López, A. L. y Cipriano García, R. (2002). La cárcel del presente, su sentido como práctica de secuestro institucional.

- En Gayol, S. y Kessler, G. (comps.), *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*. Manantial.
- (2012). *Sujetos de castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*. Homo Sapiens.
- De Giorgi, A. (2005).** *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Virus.
- (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Traficantes de sueños.
- Fassin, D. (2017).** *Prison Worlds: An Ethnography of the Carceral Condition*. Policy Press.
- (2018). *Castigar*. Adriana Hidalgo.
- Feijoó, M. C. (2003).** *Nuevo país, nueva pobreza*. FCE.
- Ferreccio, V. (2017).** *La larga sombra de la prisión. Una etnografía de los efectos extendidos del encarcelamiento*. Prometeo.
- Gargarella, R. (2005).** *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Ad-Hoc.
- Garland, D. (1999).** *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI.
- (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- (2017). Punishment and Welfare: Social Problems and Social Structures. En Liebling, A, Maruna, Sh. y Mcara, L. (eds.), *The Oxford Hand book of Criminology*. Oxford University Press.
- Gill, N., Conlon, D., Moran, D. y BurrIDGE, A. (2018).** Carceral Circuitry: New Directions in Carceral Geography. *Progress in Human Geography*, 42 (2).
- Goffman, A. (2014).** *On the Run: Fugitive Life in an American City*. The University of Chicago Press.
- González Moras, J. et al. (2003).** *La criminalización de la protesta social*. Grupo La Grieta.

- Gutiérrez, M. (2006).** *La necesidad social de castigar. Reclamos de castigo y crisis de justicia.* Fabián Di Placido editores.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP] (2012).** *El estado de la prisión preventiva en la Argentina.* <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Prisi%C3%B3n-Preventiva.pdf>.
- Isla, A. y Míguez, D. (2010).** *Entre la inseguridad y el temor. Instantáneas de la sociedad actual.* Paidós.
- Jacques, S. y Wright, R. (2015).** *Code of the Suburb: Inside the World of Young Middle-class Drug Dealers.* The University of Chicago Press.
- Katz, J. (2019).** Hot Potato Criminology: Ethnographers and the Shame of Poor People's Crimes. *Annual Review of Criminology*, 2.
- Kessler, G. (2004).** *Sociología del delito amateur.* Paidós.
- (2009). *El sentimiento de inseguridad.* Sociología del temor al delito. Siglo XXI.
- Kostenwein, E. (2016).** *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal.* Ediar.
- (2021). *El castigo, esa otra bestia magnífica. Una invitación a la sociología de la justicia penal.* Astrea.
- Kostenwein, E. (comp.) (2020).** *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal.* Editores del Sur.
- Laub, J. H. y Sampson, R. J. (2003).** *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70.* Harvard University Press.
- Lea, J. y Young, J. (2001).** ¿Qué hacer con la ley y el orden? Editores del Puerto.
- Lewkowicz, I. (2004).** *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez.* Paidós.
- Liebling, A. y Maruna, S. (eds.) (2011).** *The Effects of Imprisonment.* Routledge.

- Maruna, S. e Immarigeon, R. (eds.) (2004).** *After Crime and Punishment: Path ways to Offender Reintegration*. Willan Publishing.
- Melossi, D. (2012).** *Delito, pena y control social. Un enfoque sociológico entre estructura y cultura*. Ad Hoc.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (1987).** *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Siglo XXI.
- Merklen, D. (2005).** *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática Argentina, 1983-2003*. Gorla.
- Moore, H. (2020).** Extralegal Agency and the Search for Safety in Northeast Brazil. Moving beyond Carceral Logics. *The Cambridge Journal of Anthropology*, 38 (1).
- Neusteter, S. R., Subramanian, R., Trone, J., Khogali, M. y Reed, C. (2019).** *Gatekeepers: the Role of Police in Ending Mass Incarceration*. Safety+Justice Vera Institute of Justice.
- Newman, K. y Massengill, R. (2006).** The Texture of Hardship: Qualitative Sociology of Poverty, 1995-2005. *Annual Review of Sociology*, 32.
- O'Malley, P. (2006).** *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Ad Hoc.
- Pager, D. (2007).** *Marked. Race, Crime, and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*. The University of Chicago Press.
- Pavarini, M. (2006).** *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Ad-Hoc.
- Petersilia, J. (2003).** *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Reentry*. Oxford University Press.
- Pita, M. V. y Pacecca, M. I. (2017).** *Territorio de control policial. Gestión de ilegalismos en la Ciudad de Buenos Aires*. Facultad de Filosofía y Letras (UBA).
- Pitch, T. (2009).** *La sociedad de la prevención*. Ad-Hoc.
- Pratt, J. (2006).** *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Gedisa.

- (2011). “Castigo legal, descivilización y populismo penal”, entrevista de Máximo Sozzo. *Delito y Sociedad*, 31.
- (2013). Cultura, emociones y castigo penal. *Nova Criminis*, 5.
- Ríos, V. (2011a).** *Punished: Policing the Lives of Black and Latino Boys*. New York University Press.
- (2011b). *Street Life: Poverty, Gangs, and a Ph.D.* Five Rivers Press.
- Rivera Beiras, I. (1995).** *Cárcel e indefensión social. Recursos jurídicos y sociales*. J. M. Bosch.
- (2005). *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Anthropos.
- Rodríguez Alzueta, E. (2009).** La cárcel ambulante. Traslados en las prisiones bonaerenses. *En Marcha*, 54.
- (2014). *Temor y control. La gestión de la inseguridad como forma de gobierno*. Futuro Anterior.
- (2016). *La máquina de la inseguridad*. EME.
- (2019). *Vecinocracia. Olfato social y linchamiento*. EME.
- (2020). *Prudencialismo. El gobierno de la prevención*. Cuarenta Ríos.
- Re, L. (2008).** *Cárcel y globalización. El boom penitenciario en los Estado Unidos y en Europa*. Ad-Hoc.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984).** *Penal y estructura social*. Temis.
- Sampson, R. J. y Laub, J. H. (1993).** *Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life*. Harvard University Press.
- Schneider, L. (2020).** Degrees of Permeability. Confinement, Power and Resistance in Freetown’s Central Prison. *The Cambridge Journal of Anthropology*, 38 (1).
- Simon, J. (2011).** *Gobernar a través del delito*. Gedisa.
- (2018). *Juicio al encarcelamiento masivo*. Didot.
- Stern, V. (2010).** *Creando criminales. Las cárceles y las personas en una sociedad de mercado*. Ad-Hoc.

- Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires (2023).** *El Primer informe "Reincidencia Penitenciaria en la Provincia de Buenos Aires: caracterización general de la población penitenciaria"*. En prensa.
- Svampa, M. (2000).** *Desde abajo. La transformación de las identidades sociales*. Biblos.
- (2005). *La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Taurus.
- Sykes, G. (2017).** *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Siglo XXI.
- Tiscornia, S. (2004).** *Burocracia y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Antropofagia.
- (2008). *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Editores del Puerto.
- Villagra, C., Espinoza, O. y Martínez, F. (2013).** Guía Metodológica para el Monitoreo y la Evaluación de Programas de Rehabilitación y Reinserción Social, producto final del proyecto Desarrollo de una Metodología Estandarizada para el Monitoreo y la Evaluación de Proyectos y Programas de Reintegración Social orientados a la Disminución de la Reincidencia Delictiva (en edición) financiado por la Organización de los Estados Americanos.
- Villarreal, J. (1997).** *La exclusión social*. Norma.
- Wacquant, L. (2000).** *Las cárceles de la miseria*. Manantial.
- (2011). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa.
- Waltorp, K. y Jensen, S. (2019).** Awkward Entanglements: Kinship, Morality and Survival in Cape Town's Prison-Township Circuit. *Ethnos Journal of Anthropology*, 84 (1).

- Weegels, J. (2020).** Prison Riots in Nicaragua: Negotiating Co-Governance Amid Creative Violence and Public Secrecy. *International Criminal Justice Review*, 30 (1).
- Weegels, J., Jefferson, A. y Martin, T. (2020).** Introduction. Confinement Beyond Site: Connecting Urban and Prison Ethnographies. *The Cambridge Journal of Anthropology*, 38 (1).
- Western, B. (2018).** *Homeward: Life in the Year After Prison*. Russell Sage Foundation.
- Wilson, H. y Hodge, R. (2013).** The Effect of Youth Diversion Programs on Recidivism: A Meta-Analytic Review. *Criminal Justice and Behavior*, 40 (5).
- Wong, J., Bouchard, J. y Gravel, J. (2016).** Can At-Risk Youth Be Diverted from Crime? A Meta-Analysis of Restorative Diversion Programs. *Criminal Justice and Behavior*, 43 (10).
- Young, J. (2003).** *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Marcial Pons.
- (2012). *El vértigo de la modernidad tardía*. Didot.
- Zaffaroni, E. R. (2006).** *El enemigo en el derecho penal*. Ediar.

04.

Enfoques

Desafíos en los procesos de selección de magistradas y magistrados: Instancias federales de intercambio de experiencias

Revista Escuela Judicial:

Electrónica ISSN 2796-874X // Impresa ISSN 2953-3694

Año: 03 / N° 4 - Noviembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.97>

Desafíos en los procesos de selección de magistradas y magistrados: Instancias federales de intercambio de experiencias

Dr. Gustavo Soos¹

Consejero titular en representación del estamento del Poder Legislativo. Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

En el marco del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina (FOFECMA), se desarrollaron en el mes de abril las *XXXII Jornadas Nacionales* en el Palacio de Justicia de la ciudad de San Luis.

El FOFECMA nuclea Consejos de la Magistratura de las diferentes jurisdicciones argentinas. Se encuentran representadas todas las provincias,² la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Nación. Reconozco su trascendencia desde el punto de vista de su composición representativa y plural, resultando enriquecedor contar con espacios propicios para el fomento de intercambio de experiencias que

¹ Consejero en representación del Poder Legislativo en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires (desde 2018). Senador electo por la provincia de Buenos Aires (desde 2017). Abogado (Universidad de Morón). Secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos del Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires (desde 2022). Presidente de la Comisión de Organización Territorial y Vivienda del Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires (desde 2022). Jefe de Gabinete en la Municipalidad de Merlo - ad honorem (desde 2017). Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste (desde 2021). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (desde 2014). Docente titular de Derecho Público de la Escuela de Administración de la Universidad Nacional del Oeste (desde 2019).

² Actualmente, la consejera Ana Laura Ramos representa al Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires como vicepresidenta segunda de FOFECMA.

refuercen la mirada institucional y federal en la ardua labor de seleccionar candidatas y candidatos a la judicatura.

El objetivo común de quienes integramos estos organismos se debe centralizar fundamentalmente en el gran desafío de afianzar los principios de independencia, pluralismo, transparencia, imparcialidad y previsibilidad en los procesos de selección, para así contar con las y los mejores profesionales en los juzgados, tribunales, cámaras, unidades fiscales y defensorías y con ello garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva para la ciudadanía en su conjunto.

Con ese fin, los Consejos, por su especialidad y por ser instituciones incorporadas constitucionalmente hace relativamente poco tiempo, poseen un funcionamiento muy dinámico, que se va adaptando con el correr del tiempo de acuerdo con los requerimientos que presenta cada jurisdicción con sus particularidades.

De este modo se van generando modificaciones reglamentarias en el seno de cada institución, en pos de perfeccionar los procesos, de hacerlos más eficaces, de contribuir a dotarlos de mayor transparencia, pero siempre observando lo sustancial de su estructura que justifica su existencia. Esto implica, por un lado, la elección mediante concursos públicos de las personas más aptas a la magistratura y, por el otro, la garantía de que quienes realizan esa selección —construyendo las mayorías requeridas legal o constitucionalmente— se encuentran legitimadas/os a partir de mecanismos democráticos por quienes han sido elegidas/os para representar a los diferentes actores que intervienen en la administración de justicia.

En ese contexto, de actualización respecto de receptar los cambios sociales y las necesidades judiciales que impactan en el modo de elegir a quienes administran la justicia, respetando los pilares básicos estructurales mencionados, se vuelve necesario habilitar estos espacios e instancias federales de reflexión para conocer y compartir propuestas o líneas de acción, atendiendo a las particularidades propias que cada uno de ellos presenta.

En nuestra provincia, la inconveniente reforma introducida por la Ley N° 15.058, que modificó el sistema de selección, y las circunstancias extremas acontecidas en el año 2020 producto de la pandemia de covid-19, trajeron aparejado un alto nivel de vacancias en el Poder Judicial y el Ministerio Público.

La modificación que se produjo, pasando de concursos abiertos por vacantes a un sistema de concursos por cargos; la obligatoriedad de la Escuela Judicial como requisito previo para acceder a rendir el examen de oposición; la doble convocatoria anual a examen para cubrir las vacantes que se producen en órganos de igual jerarquía y competencia material y la exigencia de un examen oral, además de la instancia escrita, propiciado por la nueva legislación, han impactado considerablemente en la ejecución efectiva del proceso tal y como fue proyectado.

A causa de esa imposibilidad de implementación práctica, a comienzos del 2022 debimos sancionar la Ley N° 15.316, que suspendió por dos años la exigencia del examen oral y la convocatoria a examen de oposición dos veces por año. Por aquel entonces, la práctica de la evaluación oral establecida en el artículo 26 de la Ley N° 11.868 se había tornado sumamente difícil de llevar a cabo,

teniendo en cuenta la cantidad de pruebas a realizar, con más de siete mil inscripciones.

En los últimos días, en conjunto con consejeras y consejeros representantes del estamento de legisladores, hemos presentado un proyecto de ley en la Cámara de Senadores con el fin de prorrogar nuevamente la vigencia de la suspensión por un periodo de dos años.

Lo acontecido nos lleva necesariamente a repensar la cuestión de si un sistema de selección que valora inadecuadamente la dimensión estructural de la institución encargada de llevar a cabo los procesos, que desconoce la gran demanda de cargos a cubrir en la jurisdicción específica y el gran cúmulo de aspirantes que se presentan a los concursos de oposición, como sucede en nuestra provincia, puede presentarse como una opción válida, viable y alternativa de implementación.

Claramente, los sistemas pueden ser mejorados, y es importante ser receptivos a la posibilidad de cambios y mejoras continuas para asegurar que sigan siendo relevantes y efectivos en un mundo en constante evolución. La necesidad puede estar impulsada por una variedad de factores, como cambios en las expectativas de la sociedad, la evolución de la tecnología o la experiencia adquirida a través de la aplicación práctica del sistema.

Pero la mejora de los sistemas no siempre significa desecharlos por completo, sino perfeccionar los existentes mediante ajustes y cambios incrementales, en un proceso gradual y progresivo para

abordar deficiencias y limitaciones existentes de acuerdo con las posibilidades y herramientas disponibles.

En el convencimiento de que el diseño de un sistema de selección no puede desconocer la realidad, sino que principalmente debe basarse y darse sustento en el contexto en el que se aplicará, considerando las variables y los factores que intervienen. Desde la disponibilidad del personal hasta los recursos presupuestarios, advirtiendo las complejidades de la implementación, atendiendo a la cantidad de vacantes a cubrir, como a los requerimientos en torno al perfil buscado y a las necesidades judiciales propias del contexto específico.

Las probabilidades de tener éxito extrapolando modelos de una jurisdicción a otra sin tener en cuenta lo mencionado, parecería conducirnos a una baja probabilidad de obtener resultados positivos.

Confío en que la configuración de un sistema propio, receptando aquellas experiencias comparadas que sean de posible implementación y construyendo los consensos necesarios entre todos los estamentos que conforman el organismo, parece ser el camino, y en esa dirección nos encontramos trabajando y transitando como institución.

En la actualidad, el Consejo de la Magistratura bonaerense se encuentra avanzando en los procesos de selección a ritmo acelerado, producto de un gran trabajo y compromiso no solo de quienes lo conformamos como representantes de la Legislatura, del Poder Ejecutivo, de magistradas/os, y de abogadas/os, sino también por

la dedicación, el esfuerzo y la vocación de todas las personas que trabajan diariamente en la institución.

XXXII Jornadas Nacionales, San Luis

En esta oportunidad, el encuentro federal abordó varios ejes temáticos relevantes. Uno de ellos versó sobre el cupo laboral de personas con discapacidad en el Poder Judicial. Se puso de resalto la necesidad de promoción de la inclusión y de realizar acciones concretas para obtener ámbitos específicos que fomenten o potencien los derechos y eviten prácticas que se contrapongan con el modelo social de la discapacidad, como contracara del antiguo modelo médico.

El progresivo cumplimiento de cuotas de empleo sin duda contribuirá a reducir la discriminación y el estigma asociados a la discapacidad. Al fomentar su inclusión en el Poder Judicial, se refleja el compromiso por parte del Estado para que la discapacidad no sea un impedimento para desempeñarse profesionalmente y que quienes deseen desarrollar su carrera en el ámbito judicial pueden tener un lugar legítimo para ello e iguales posibilidades de acceso a un cargo.

La importancia de contar con magistradas y magistrados comprometidas/os con las personas en condiciones de vulnerabilidad, que puedan identificar que algunas/os pueden presentar dificultades adicionales para acceder a sus derechos debido a factores como la discapacidad, la discriminación, la exclusión social y la falta de información, nos debe conducir como organismo

a reflexionar y reformular los perfiles de quienes van a desempeñar esos cargos.

De esta manera, el propio sistema de justicia, a partir de sus actores, asistirá a la reducción de las desigualdades sociales, removiendo los obstáculos para el ejercicio concreto de sus derechos, a partir de una actuación más intensa dirigida a vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones.

Por otro lado, se realizó un conversatorio en relación con la importancia del consejero popular y del consejero empleado judicial en el proceso de selección. Las experiencias proporcionadas resaltaron lo relevante de su participación al esgrimir perspectivas diferentes de las proporcionadas por los demás estamentos en las diversas instancias que comprenden el proceso de selección.

El consejero popular es elegido por la sociedad y representa sus intereses. Como tal, puede proporcionar una perspectiva valiosa sobre las expectativas y necesidades de la sociedad con respecto al sistema de justicia. El consejero empleado del Poder Judicial representa los intereses de quienes prestan servicios en las diferentes reparticiones judiciales, y, al participar en estos procesos, puede aportar una visión particular sobre las necesidades y preocupaciones de ese sector y contribuir a garantizar que los candidatos seleccionados tengan las habilidades y conocimientos necesarios para liderar y administrar un sistema judicial eficiente.

Solo tres jurisdicciones poseen la representación de la ciudadanía y de los empleados judiciales: Entre Ríos, Santa Cruz y Chubut. La modalidad de elección de los mismos varía: algunas receptaron

en su legislación que el mecanismo sea mediante voto directo en elecciones generales; otras, que lo sea a partir de elecciones dentro del Poder Judicial.

Las experiencias relatadas han servido de disparador para repensar la importancia de habilitar la representación en el seno de estas instituciones de quienes acuden al servicio de justicia para resolver sus conflictos y de quienes prestan servicios como trabajadoras/es en los diferentes órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Instancias de participación de la ciudadanía en ámbitos decisivos respecto de quienes van a llevar a cabo la tarea de resolver sus conflictos pueden contribuir a fortalecer la legitimidad del Poder Judicial, en momentos en los cuales se demanda que se vean reflejados los intereses sociales en las decisiones jurisdiccionales. Por ello, estas intervenciones populares, que a mi juicio contribuyen a garantizar la confianza de la sociedad en el sistema de justicia y que fortalecen democráticamente las instituciones, deberían visibilizarse en las conformaciones de todos los Consejos.

Sin perjuicio de ello, en nuestra provincia encontramos la limitación del artículo 175 de la Constitución, el cual establece que el Consejo se compondrá con representantes del Poder Ejecutivo, del Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la provincia. Con lo cual, de acuerdo con el texto vigente, no podría generarse una iniciativa legislativa que modifique la composición establecida receptando la incorporación del consejero popular y el consejero empleado judicial. Ello no obsta que en el futuro sea posible elaborar alguna forma de participación, de manera de hacer lugar a la manifestación

de su perspectiva en el proceso, sin perjuicio de que no posean las facultades que se les otorgan a las/os consejeras/os.

Otras cuestiones que se abordaron fueron las dificultades en la última etapa del proceso de selección en torno a entrevistas personales, órdenes de mérito y ternas; y con ello se generó un debate en relación con deber de motivar y fundamentar las decisiones del cuerpo en esas instancias del proceso.

En esa línea, se realizó el análisis de un fallo del Máximo Tribunal de la provincia de Entre Ríos en donde se plantea un cuestionamiento a un acta labrada con motivo de la entrevista personal, y en un voto del Dr. Giorgio se traza un paralelismo interesante con la emisión del veredicto en los jurados populares, que a continuación me permito compartir. El Dr. Giorgio menciona que

...parece que la juzgadora olvida la naturaleza del acto de que se trata y de las características del organismo que lo preside, integrado por personas que pertenecen a distintos estamentos o sectores más representativos de la sociedad, siendo incluso alguno de ellos totalmente ajenos al quehacer jurídico, que evalúan desde su particular perspectiva a cada postulante que se presenta a esa entrevista de acuerdo al modelo de magistrado que pretenden para esta provincia. Forman su convicción en base a la personalidad, conocimientos generales y compromiso para el cargo que refleja cada concursante en esa entrevista, en un procedimiento donde predomina la oralidad y se garantiza la publicidad de su contenido, asegurándose posteriormente la deliberación entre los distintos miembros que componen este organismo - como efectivamente aquí ha ocurrido - de la cual

emergerá la decisión final que se adopte, habiéndose arribado en este caso a un pronunciamiento por unanimidad. No se encuentra demasiado alejado - si se me permite la comparación - del funcionamiento del juicio por jurados, previsto en nuestra Constitución Nacional, al cual no se le exigiría mucho más que eso para la emisión de un veredicto.³

Estos debates generados nos conducen a profundizar estas temáticas que no se encuentran saldadas en estas jornadas, sino que actúan de disparadores y nos emplazan a abordar desde las diferentes aristas jurídicas estas problemáticas que, como cuerpo, se nos presentan en lo cotidiano.

La complejidad que representan los sistemas de selección y los desafíos que emergen de su concreta implementación nos convocan necesariamente a continuar trabajando en conjunto, priorizando el consenso en las decisiones, a especializarnos y a participar en diferentes espacios en donde se debatan estas cuestiones.

³ Caso "Barbiero (2), Valeria María c/ Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos y otros s/ acción de amparo", causa N° 22.803, 2 de septiembre de 2017, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, Tribunal Supremo de Entre Ríos.

Discursos de odio y discriminación:

Entrevista¹ al Dr. Ariel Gelblung²

REJ: *¿Cuáles son los elementos centrales para la definición de un discurso de odio o discriminatorio y las etapas que resulta posible caracterizar?*

Dr. Gelblung: Bien, en principio, entre los elementos que tiene que tener, y a partir de las cosas que nosotros vimos, es el hecho de que tenga como resultado atacar parte de la paz social o de determinados grupos de personas; tiene el objeto de degradar la calidad democrática, atacar la convivencia en la diversidad. En cuanto a las etapas, por supuesto hablamos de la normalización del discurso de odio; luego, la justificación de la pérdida de derechos; poder dar lugar a una deshumanización; y, por último, generar violencia, violencia física, violencia verbal, lo que hace realmente que sea bastante difícil la coexistencia a partir de ese momento.

REJ: *¿Cómo podemos caracterizar las tensiones existentes entre la propagación de estos discursos y la libertad de expresión? ¿Cuáles son las formas de discutir con esas lógicas?*

¹ Entrevista realizada en el marco de la capacitación sobre "Discurso de Odio y Discriminación" organizada por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

² Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Director y miembro fundador del Centro Simón Wiesenthal Latinoamérica. Representó al Centro en el Capítulo argentino de la Alianza Internacional para el recuerdo del Holocausto (IHRA). Miembro del International Legal Forum for Combating Antisemitism y el Legal Network Initiative. Integrante del Cuerpo Asesor del Comisionado para el combate y el monitoreo del antisemitismo de la OEA.

Dr. Gelblung: Creo que una de las personas que lo estableció más claramente fue el filósofo austriaco Karl Popper en 1945, cuando dijo que, si uno es tolerante incluso con los intolerantes, llegará un momento en que los propios intolerantes acaben con la tolerancia. ¿Esto qué significa? Hay personas que, de por sí, no quieren reconocer los derechos que podemos tener los demás, que pretenden diseminar este tipo de ideas o establecer y normalizar dentro del discurso este tipo de ideas, sosteniendo que no pueden ser censurados en función de la libertad de expresión. Pero en el momento en que tengan una cuota de poder, lo primero con lo que van a acabar es con la libertad de expresión y los derechos de los demás. Por lo cual las reglas deberían ser para todos de la misma manera. Hay reglas de juego. El problema es cuando aquel que no está de acuerdo con el juego quiere utilizar las reglas con las que todos los demás nos pusimos de acuerdo, entonces está la vieja discusión de si hay límites o no a la libertad de expresión o de si determinados grupos pueden expresarse políticamente.

Tenemos lugares, por ejemplo, en Estados Unidos, donde uno puede presentar cualquier tipo de partido, hasta un partido nazi, un partido comunista, entendiendo que el sistema va a poder con cada uno de ellos. Yo no soy tan confiado. Hay algo que no dije en la charla de hoy, y es que los defensores de que la libertad de expresión no debería tener límites generalmente son todos anglosajones y proveniente en su mayoría de Estados Unidos y Reino Unido, países que nunca han tenido dictaduras, países que nunca han sufrido totalitarismos. Todas las demás democracias que de alguna manera sí los han sufrido tratan de trabajar en contra de todo eso.

Yo antes hablaba de la paradoja de Popper. No sé si definirla como una propia, pero, digo, ellos se consideran a sí mismos algo así como el paraíso de la libertad de expresión, pero hasta Adán y Eva fueron echados del Paraíso. Por lo cual yo nunca querría que ellos tuvieran algún tipo de experiencia no democrática. Pero, dentro de un régimen democrático, permitir partidos que proponen el fin de la democracia no es jugar con las mismas reglas de juego.

REJ: A partir de esas reglas de juego, usted pone énfasis en cómo las nuevas tecnologías han reconfigurado un poco este escenario.

Dr. Gelblung: No solo lo digo yo, el propio Wiesenthal decía que sumar el discurso de odio a la tecnología es... bueno... Y esto lo vimos a lo largo de la historia, que, cuando pensamos en la década del treinta y del cuarenta, sumar tecnologías existentes en aquella época ha logrado horrores, ni qué hablar de hoy. Es decir que, cuando uno tiene disponibilidad de tecnologías que permiten que el discurso de odio se disemine o tenga algún tipo de normalización, es peligrosísimo.

REJ: Según su experiencia, ¿de qué modo y en qué instancia se pueden recuperar algunas formas –de lo que usted ha llamado de aplicación práctica– para el combate del discurso de odio y su propagación?

Dr. Gelblung: Bueno, yo creo que hay medidas individuales y colectivas. Las propias redes sociales proponen algunas que no son siempre efectivas, como –desde lo individual– el bloqueo o restringir a determinadas personas la consulta al propio ámbito, pero al mismo tiempo más generales, que tienen que ver con el reporte,

con la denuncia o con pedir que se den “de baja” determinados contenidos, o en algunos casos canales enteros. Ha sucedido a lo largo de la pandemia, y voy a hablar de algunos casos concretos, de gente que tenía un canal de YouTube, que tenía toda la estructura como si fuese un noticiero, de forma tal que la persona que lo veía creía que estaba viendo noticias, donde de lo que estaban hablando era de conspiraciones judías, de que las vacunas eran para unos pocos, de cómo nos iban a dominar. Bueno, un montón de ese contenido. Y, a través de acciones judiciales y denuncias, nosotros no solo hemos logrado que den de baja el contenido, sino el canal íntegramente. Por supuesto, empezaron a protestar, “nos persiguen los de siempre”, “nos quieren cerrar la boca”, la famosa libertad de expresión, que somos censores, o, cuando no pueden decir eso, el poder internacional que tenemos, que todos los medios de comunicación son nuestros. Una vez un periodista me llamó cuando una señorita dijo en una entrevista, muy enojada porque se iba de un canal televisivo, “los judíos son dueños de todos los medios de comunicación y dominan todo”. Me llamó para preguntarme eso, a lo cual yo me dije: “A una pregunta ridícula no se le puede responder con una respuesta seria”. Y dije: “Mirá, definitivamente esto no es así, y si es así, el día de la circuncisión a mí no me dieron las acciones que me tocan”. Es muy ridículo entrar en ese tipo de situación.

REJ: ¿Cuáles son sus perspectivas respecto del trabajo o la posibilidad de trabajo con los poderes judiciales y con las instancias de capacitación también en ese ámbito?

Dr. Gelblung: El trabajo con los poderes judiciales es fundamental. Yo creo que es un ámbito en el que no se hizo hasta el momento. Voy a dejar algunos ejemplos claros. Algunas manifestaciones de

lo que nosotros trabajamos todos los días con los discursos de odio son de antisemitismo. Argentina adopta una tarea muy particular, que es una definición de lo que es el antisemitismo.³ Tenemos en claro de qué hablamos cuando hablamos del tema recién en el año 2020.⁴ Hasta ese entonces, cuando existía una denuncia judicial de antisemitismo muy pocas veces se llegaba a una condena, porque o los jueces no entendían de qué estábamos hablando, o no entendían cómo aplicar la ley, o no entendían por qué eso era discriminatorio, o la libertad de expresión en el medio, como ha sucedido más de una vez. Desde la adopción de la definición por parte de la Argentina, diecinueve provincias⁵ y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se han dictado cinco sentencias judiciales donde los mismos jueces y fiscales que antes estaban en contra hoy están dando una muestra en otro sentido.⁶ Por lo tanto, este trabajo que hoy empezamos aquí con el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires,

³ Por la Resolución 114/2020 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Argentina adopta en el ámbito del sector público nacional la definición de la Alianza Internacional para el Recuerdo del Holocausto (I.H.R.A.), que establece que “el antisemitismo es una cierta percepción de los judíos que puede expresarse como el odio a los judíos. Las manifestaciones físicas y retóricas del antisemitismo se dirigen a las personas judías o no judías y/o a sus bienes, a las instituciones de las comunidades judías y a sus lugares de culto”. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-114-2020-338440/texto>.

⁴ La provincia de Buenos Aires se adhiere a la definición por el decreto 855/2023. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/855-local-buenos-aires-adhieren-utilizacion-definicion-antisemitismo-adoptada-resolucion-114-2020-ministerio-relaciones-exteriores-comercio-internacional-culto-nacion-b20230000855-2023-06-02/123456789-0abc-558-0000-3202bvorpced?&o=4&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derechos%20humanos%7COrganismo%7CAutor%5B25%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3810>.

⁵ A la fecha, no integran esta nómina La Pampa, Catamarca, Santa Cruz y Formosa.

⁶ Cámara Federal de Córdoba, Sala B, “LIZONDO, Esteban Andrés sobre inf. Ley 23.592”, Expte. FCB 6826/2020/ca1, del 1º de junio de 2022; Tribunal Oral Federal de Paraná, “ZAPATA, Franco Julián s/ Infracción Ley 23.592”, Causa FPA N° 9.462/2014/TO1, del 18 de abril de 2022; Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Rosario, “Denunciante: Gabriel Marcelo Dobkin – Denunciado: Selmar Jesús Acciaresi”, Expte. 3478, del 17 de febrero de 2023; entre otros.

que ya lo venimos haciendo en la ciudad de Buenos Aires, en Córdoba y en Chaco, posibilitará mejores resultados. Porque van a entender la importancia que tiene el administrador de justicia frente al reclamo del individuo que se siente discriminado o vulnerado.

-IMPRESO EN IMPRENTAS DEL ESTADO BONAERENSE-

REVISTA
ESCUELA
JUDICIAL
