

REVISTA

FOJUDE

DIGITAL

Reflexiones sobre la praxis jurídica
en clave de derechos humanos.

EDICIÓN MARZO 2019 - AÑO 1

Nº 1



FOJUDE

Foro para la Justicia Democrática

REVISTA FOJUDE DIGITAL

Coordinadores

Mariela L. Fava - Mauro I. Maceri

Director General

Román De Antoni

Consejo Editorial

Aimé Silva

Sandra Marcos

Daiana Cortázar

Roberto A. Conti

Martín Rizzo

Seguinos



<https://fojude.wordpress.com>



<https://www.facebook.com/FOJUDE/>



https://twitter.com/fojude_org

INDICE

Presentación de la Revista Fojude Digital

Por Román De Antoni

5

Sección 1: PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Aislamiento en contexto de encierro: Una práctica a desterrar.

Por Yael Zygielman Tale

6

Privados de libertad mas no privados del derecho a la dignidad humana e integridad personal

Por Luisana Mancipe León

10

Detenidos en las comisarías:

Una Problemática que mantiene alerta a organismos Nacionales e Internacionales.

Por Daiana F. Cortazar

15

Encarcelamiento masivo

Por Stefania Alba Nájera

17

Sección 2: ADICCIONES

Abordaje del consumo problemático de estupefacientes.

Estudio del caso: ingeniero Budge.

Por Aimé Silva.

20

Sección 3: PROCESO PENAL Y CASTIGO

Un análisis sobre de la influencia del sistema inquisitivo en la construcción de la verdad

Por Yael Zygielman Tale

23

INDICE

Sección 4: ENTREVISTA

Entrevista a Ezequiel Kostenwein

Por Tomás Allan

25

Sección 5: LIBERTAD DE EXPRESION

Libertad de expresión: más allá del “libre mercado de las ideas”

Por Tomás Allan

29

Sección 6: ACTUALIDAD JURÍDICA

Actualidad en la jurisprudencia procesal sobre defensa del consumidor en la Provincia de Buenos Aires.

Por Ezequiel Rodrigo Galván

33

Sección 7: COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Notas sobre el rechazo de la Corte interamericana a la solicitud de opinión consultiva sobre el juicio político a presidentes/as electos/as constitucional y democráticamente.

Por Ezequiel Rodrigo Galván

37

Sección 8: DERECHO Y GÉNERO

Taller de violencia de género en contexto de encierro

Por Roberto Alfredo Conti

41

Sección 9: PALABRAS DEL DERECHO

43

Sección 10: PRESENTACIONES

46

Presentación de la Revista Fojude Digital

Por Román De Antoni

Es un orgullo para los miembros del Foro para la Justicia Democrática (FOJUDE) materializar un proyecto que venimos anhelando desde la refundación de esta organización conformada por operadores/as judiciales bonaerenses, abogados/as, estudiantes, entre otros. Es que FOJUDE DIGITAL nace con la finalidad de servir como espacio para abordar y visibilizar situaciones vinculadas a distintas afectaciones de derechos humanos (especialmente en la Provincia de Buenos Aires) prestando atención especial al rol del Poder Judicial en su tratamiento.

Es una revista que pretende un formato dinámico, actual y ajustado a las plataformas de comunicación vigentes, tratando escapar al abordaje tradicional de cobertura de estos conflictos, habitualmente plasmados en extensos artículos científicos de poco alcance. Más bien, FOJUDE DIGITAL se presenta como una revista 2.0 de artículos de corta extensión que busca ser fácilmente compartida entre sus posibles lectores a través de las distintas plataformas digitales en la que hoy en día interactuamos cotidianamente como son los grupos de whatsapp, redes sociales, entre otros.

Una característica fundamental que deseamos destacar de la revista es su carácter participativo. En FOJUDE DIGITAL estudiantes y jóvenes graduados son los verdaderos y principales protagonistas de sus contenidos. También participan funcionarios judiciales, jueces, fiscales, defensores, académicos, entre otros. Aquí, los pasantes desarrollan sus primeras experiencias en redacción en contenidos que son de su interés y ayudan a visibilizar temas relacionados con casos judiciales que afectan a distintos colectivos de personas y que, generalmente, no tienen espacio en los medios tradicionales.

A los fines de cumplir con estos objetivos, la revista cuenta con varias secciones que no constituyen una estructura cerrada o definitiva, ya estas pueden ir modificándose con el devenir del tiempo en función de las propuestas e ideas que vayan aportando, tanto los lectores, como los miembros del equipo editorial.

Con la revista se desea, en definitiva, fomentar la creatividad de los pasantes e interesados, buscando nuevas ideas y visibilizando -a través de un lenguaje claro y sencillo-, situaciones que afectan a las personas más vulnerables desde una mirada reposada en rol del Poder Judicial. Estamos seguros que hay innumerables conflictos aún no conocidos ni lo suficientemente visibilizados dentro de este ámbito. Ese es nuestro principal objetivo.

No quiero finalizar esta presentación sin antes efectuar los merecidos agradecimientos. En primer lugar, a los pasantes que sin pretensión alguna -y sin conocernos- han realizado sus ponencias y, con total seguridad, colaborarán y enriquecerán los contenidos de los distintos números de la revista. Por otra parte, quisiera agradecer a los coordinadores de este proyecto, Mariela Fava y Mauro Maceri, con quienes cotidianamente conversamos sobre distintas ideas/proyectos y son quienes verdaderamente ponen el cuerpo a esto. Finalmente a los miembros y socios del FOJUDE en cabeza de su presidente, Mario Coriolano, por brindar el apoyo institucional y financiero para que FOJUDE DIGITAL pueda nacer y aspirar a continuar.

Aislamiento en contexto de encierro: Una práctica a desterrar.

Por Yael Zygielman Tale



Palabras claves: Encierro- Aislamiento- Practicas- Salud Mental

Resumen: En este trabajo nos proponemos investigar sobre la utilización de aislamiento en las personas que presentan algún tipo de padecimiento mental, practica realizada en el encierro donde estas personas son alojadas, ya sea por su propio padecimiento mental o porque cometieron algún hecho ilícito, pero no culpable. En este sentido el interrogante viene a plantear, si existe fundamento normativo para la utilización del aislamiento, como así también las implicancias de su uso sobre esta población.

I- Introducción:

Si queremos obtener algún tipo de respuesta a los dolores del encarcelamiento, es difícil desentrañarla solo desde el campo jurídico, ya que se trata de una problemática compleja y atravesada por múltiples factores: sociales, culturales, políticos y económicos.

En este caso, la pregunta interroga ¿por qué se utilizan celdas de aislamiento para personas con padecimiento mental, en las cárceles de nuestro país si esta práctica implica tortura? El encierro en aislamiento implica el sometimiento a pasar días desnudos, con frío y sin comida en construcciones que no exceden de dos metros por dos metros, sin ventanas, en los que se come rodeado de moscas, se duerme y se defeca todo en un mismo sitio.

Deviene imprescindible la necesidad de un abordaje interdisciplinario, de los distintos campos de las ciencias sociales, para que las normas no se cristalicen en un deber ser y puedan cobrar dinamismo, en una realidad que supera todo postulado de racionalidad.

Como el ser de las cosas, no son lo que las normas indican: “...las cárceles, serán sanas y limpias para la reeducación y no para el castigo de los reos...” (Art. 18 CN). Formula que incansablemente repetimos a lo largo de nuestras carreras, tanto estudiantes y docentes. Es necesario meterse en el fondo de la cuestión y tratar de sacar un poco de luz, de las miserias que aun escondemos como sociedades que se autoproclaman así mismas “modernas”.

Pero como sabemos, la realidad no es el deber ser: tratados internacionales, leyes penales y procesales penales. Muchas veces solo con la norma llegamos tarde, despertamos cuando la maquinaria punitiva que, como tal, entrampada en su esencia de máquina, ya se devoro miles de vidas mediante el encarcelamiento.

II.- La Cárcel:

Como expresa Foucault en vigilar y castigar uno de los libros más lúcidos del siglo pasado, el castigo cobra una transformación en el siglo de las luces y del suplicio público se pasa a la prisión como nueva forma de castigar.

De este modo nos dice el autor en relación al castigo y los cuerpos: “No tocar ya el cuerpo, o lo menos posible en todo caso, y eso para herir en él algo que no es el cuerpo mismo. Se dirá: la prisión, la reclusión, los trabajos forzados, el presidio, la interdicción de residencia, la deportación —que han ocupado lugar tan importante en los sistemas penales modernos— son realmente penas “físicas”; a diferencia de la multa, recaen, y directamente, sobre el cuerpo. Pero la relación castigo-cuerpo no es en ellas idéntica a lo que era en los suplicios. El cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de

una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien. El cuerpo, según esta penalidad, queda prendido en un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones. El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos. Y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según unas reglas austeras, y tendiendo a un objetivo mucho más “elevado”. Como efecto de esta nueva circunspección, un ejército entero de técnicos ha venido a relevar al verdugo, anatomista inmediato del sufrimiento: los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los psicólogos, los educadores. Por su sola presencia junto al condenado cantan a la justicia la alabanza de que aquélla tiene necesidad: le garantizan que el cuerpo y el dolor no son los objetivos últimos de su acción punitiva.” ... “De ahí ese doble sistema de protección que la justicia ha establecido entre ella y el castigo que impone. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia; ésta se libera de su sorda desazón por un escamoteo burocrático de la pena.”

Foucault nos habla de la transformación del castigo, en donde el suplicio sobre el cuerpo ya no es el objetivo último de su acción punitiva, cabe preguntarnos entonces ¿por qué si cambia el objeto de lo punitivo, aún subsisten prácticas que tienen como finalidad única el castigo sobre el cuerpo del condenado? Por otra parte, nos interrogamos sobre la función de la justicia ¿Que sucede cuando la justicia es informada de las prácticas de tortura a la que son sometidas las personas en las cárceles o manicomios? ¿Qué sucede cuando estas prácticas son sistemáticas? ¿Qué poder tiene la burocracia judicial cuando la maquinaria funciona por inercia? ¿Funciona por inercia? ¿Dónde se estructuran las lógicas que dan marco de posibilidad a que esto ocurra? Preguntas que nos motorizan la necesidad de repensarnos, y nos dan la pauta inicial de que, a 200 años del siglo de las luces, aun somos sociedades administradoras de castigo y de dolor.

III.- El manicomio:

Sabemos que el nacimiento de la prisión y el manicomio u hospital asilar tienen similares características, ya que comparten una matriz práctica y discursiva semejante. De este modo Amarante expresa que “el manicomio se torna la expresión de este modelo que se basa en la tutela, en la vigilancia panóptica, en el tratamiento moral, en la disciplina, en la imposición del orden, en la punición correctiva, en el trabajo terapéutico, en la custodia y en la interdicción.” ...“El asilo, mientras espacio ordenado en bases científicas, como propusieron Pinel y Esquirol sería, por lo tanto, el lugar ideal para el ejercicio del tratamiento moral, de la reeducación pedagógica, de la vigilancia y de la disciplina”.

Tanto la cárcel como el manicomio tienen como finalidad la reeducación del privado de libertad. Se justifica el encierro mediante teorías de la prevención especial positiva, que tienen como función manifiesta o discursiva la readaptación de las personas. Pero hacia adentro de estas instituciones, se siguen ejerciendo prácticas que tienen como único fin la tortura de las personas allí encerradas.

Una de las prácticas comunes dentro de estas instituciones es el aislamiento de las personas, cuando estas presuntamente manifiestan algún comportamiento peligroso para sí o para terceros, ya sea porque rompen alguna norma de comportamiento interno o porque se desestabiliza su cuadro de salud. Muchas veces tiene relación con las lógicas de gobernabilidad dentro de estos lugares por el personal a cargo, sean penitenciarios o profesionales de la salud.

IV.- Normativa en Salud Mental:

Dado que las personas con algún padecimiento de su salud mental, son un colectivo más vulnerable en nuestras sociedades, requieren de una mayor protección. La salud mental ya no es entendida de manera estática y determinada biológicamente, La Ley Nacional De Salud Mental, en adelante (LNSM) definió a la salud mental de manera amplia, en la cual la salud depende de componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos.

Así mismo el concepto de discapacidad psicosocial también es un concepto que se ha modificado, el Estado argentino ha aceptado al ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (en adelante Convención o CDPD), la cual implica un cambio de paradigma. Según su art. 1, son personas con discapacidad “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” La Convención se fundamenta en el llamado “Modelo Social de la Discapacidad”, que establece que la discapacidad obedece a causas preponderantemente sociales (art. 1, 2º párr.).

Este colectivo de personas se encuentra protegido en diversa normativa tanto Nacional como Internacional. La Ley Nacional De Salud Mental vino a receptar un recorrido histórico y social que buscaba el reconocimiento de los derechos de estas personas históricamente segregadas en nuestras sociedades. En este sentido, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así también los Principios de Salud Mental de la ONU, las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) entre otras, se constituyen como un piso de derechos para este colectivo de personas.

El reconocimiento a nivel Convencional y por supremacía Constitucional, de la materia, hizo que se adoptara una política de armonización de la normativa interna, modificándose el código Civil, en consonancia con el nuevo paradigma. También contamos con jurisprudencia en la materia, la sentencia del año 2008 de la Corte Suprema de Justicia “RMJ s/ Insania”, se receptan todos los principios y convenciones internacionales que, en conjunto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, significaron un precedente para nuestro país en la sanción de la LNSM 26657.

Toda esta normativa nacional e internacional debiera resultar suficiente para que el Estado adopte

políticas para este colectivo de personas y pueda reducir su nivel de vulnerabilidad.

V- Conclusión:

Si bien solo establecimos una aproximación al dolor que implica la reclusión en celda de aislamiento, mencionando que su aplicación a personas con padecimiento mental se configura como pena de tortura, prohibida por diversas normativas con jerarquía constitucional.

Nos siguen quedando variados interrogantes sin responder. Si dicha práctica está prohibida por legislación Nacional e Internacional, si estas prácticas se inscriben en un proceso de degradación de la dignidad de la persona humana, donde el único abordaje de la salud es de carácter punitivo, ¿por qué se sigue utilizando? ¿A qué patrones responde? ¿A la gobernabilidad de las prisiones? ¿Al castigo sobre el cuerpo para lograr su disciplinamiento? ¿Su corrección? ¿A un moderno hacer morir, dejar vivir?

Desde un enfoque legal el Estado argentino es responsable en sus tres poderes por la aplicación de esta práctica, si no cesa en la misma, más temprano que tarde va a responder ante los organismos de Derechos Humanos por las convenciones a las que adhirió y las cuales está incumpliendo. Sería sano para nuestro sistema constitucional, que el Poder Judicial garantice el cumplimiento de la normativa y la prohibición de aplicar penas de tormentos en las cárceles de nuestro país.

BIBLIOGRAFIA:

Farge, A. 2008. “Efusión y tormento: el relato de los cuerpos historia del pueblo en el siglo XVIII” Ed. Katz editores.

Foucault, M. 2008. Vigilar y Castigar. Ed. Siglo veintiuno editores.

Foucault, M. 2003. “La verdad de las formas jurídicas”. Ed. Octaedro

Foucault, M. 1996. “La vida de los hombres infames”. Ed. Museos de Buenos Aires.

Federici, S. 2015. “El Calibán y la bruja: mujeres cuerpo y acumulación originaria” Ed. Tinta limón.
Kafka, F. 1995 “En la colonia penitenciaria” Ed Alianza.

Pavarini, M. y Melossi, D. 1985. “Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario” Ed. Siglo veintiuno editores.

Szasz, T. 2006. “La fabricación de la locura: estudio comparativo de la inquisición y el movimiento en defensa de la salud mental” Ed. Kairos

Zaffaroni, R. 2011 “La palabra de los muertos: conferencias sobre criminología cautelar” Ed. Ediar.
Zaffaroni, R. 2011 “La cuestión criminal” Ed. Planeta.

Privados de libertad mas no privados del derecho a la dignidad humana e integridad personal

Por Luisana Mancipe León



La categoría o estatus que puede tener un derecho varía, según lo que indica la doctrina, de acuerdo a si este es tenido como “derecho humano”, “derecho fundamental” o “derecho constitucional”¹. Sin embargo, esos distintos estatus o categorías no serán objeto del presente artículo, ya que el mismo girará en torno a un derecho inherente a la persona humana que goza de las mayores “protecciones” por estar reconocido tanto a nivel internacional como a nivel interno, este es el derecho a la integridad personal y concretamente, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -por mencionar solo algunos de los instrumentos internacionales más importantes-, y la Constitución de la Nación Argentina, establecen que toda persona tiene derecho a recibir un trato digno y a que le sea garantizado el respeto a su integridad personal.

Aunado al mencionado régimen jurídico, urge comentar que la Constitución de la Nación Argentina, prevé en el artículo 75 que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, lo que permite aseverar que conforme a las disposiciones aplicables en el país, tanto el derecho a la dignidad humana como a la

¹ Casal, J. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Legis, Caracas, 2010, pp. 11 y ss.

integridad personal cuentan con las más amplias protecciones, al menos teóricamente.

De esta forma debe tenerse en cuenta que el derecho a un trato digno es inherente a la condición de persona humana, por lo tanto, le corresponde a todos los seres humanos y, entre ellos, a los que están privados de libertad, independientemente de que la privación se deba a una medida cautelar mientras está siendo procesada la persona², o a una sentencia condenatoria por la comisión de un hecho punible³, debe recordarse que en cualquiera de las dos situaciones, sólo se ha restringido o limitado el derecho a la libertad -con las consecuencias y penas accesorias que ello pueda implicar según la ley-, pero no por ello, los reclusos pierden la condición de persona humana y en consecuencia, el derecho a la dignidad e integridad personal.

El resultado de esto es que ningún recluso debería ser sometido a vejámenes, tratos crueles, inhumanos o degradantes que afecten su integridad personal a nivel físico ni psíquico. Sin embargo, las violaciones de este derecho ocurren de manera muy frecuente y se manifiestan tanto por la vía de la acción, por ejemplo cuando los funcionarios encargados de la custodia de los reclusos en los establecimientos penales lesionan a los internos sin que exista una causa de justificación o inculpabilidad, pero también por la vía de la omisión cuando no se toman las medidas adecuadas para garantizar el respeto a la dignidad e integridad de los privados de libertad.

² Sobre la prisión provisional López Barja, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 4ª edición. Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 835 y ss. Adicionalmente, resulta insoslayable hacer referencia al principio de proporcionalidad como límite principal de la prisión provisional. Al respecto, véase Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Córdoba G. y Pastor D.. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 258.

³ Sobre la sentencia condenatoria López Barja, J. Ob. cit. pp. 1433-1434.

En este sentido, resulta indispensable que los centros de reclusión en los que se encuentran personas privadas de libertad cumplan o satisfagan determinadas condiciones elementales de infraestructura, higiene, salubridad y habitabilidad.

Ello podría lograrse si se cumpliera con lo establecido en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos⁴, adoptadas por las Naciones Unidas, que permiten trazar a grandes rasgos y en líneas generales, cuáles son las necesidades básicas de la población reclusa que obligatoriamente tienen que ser satisfechas para que sean garantizados los derechos que tienen los internos. No obstante, para nadie es un secreto que actualmente la situación carcelaria de los países de América latina es realmente paupérrima.

En el caso concreto de Argentina, de manera muy reciente (abril 2018), un informe sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Relator Especial de las Naciones Unidas, Sr. Nils Melzer permitió denunciar públicamente las violaciones de los derechos humanos que sufren quienes se encuentran privados de libertad en este país⁵.

Aquí no se abordarán todos los casos planteados en el documento, sino que se hará referencia únicamente a dos señalados en el informe. En primer lugar, el relativo a la unidad penitenciaria de Cruz del Eje, ubicada en provincia de Córdoba, en la cual según indica el informe:

“una numerosa cantidad de personas... informó que habían sido golpeadas duramente mientras se encontraban encadenadas a las camas de metal durante varios días o que habían sido colocadas en posiciones de estrés dentro de celdas de aislamiento por períodos prolongados. De manera similar, en la cárcel de Bouwer, los internos declararon haber sido encadenados o esposados de pies y/o manos por períodos que oscilaban entre varias horas y tres días...”.

Se desprende del informe una denuncia, una voz que alerta sobre la violación del derecho a la integridad personal, concretamente a través de una acción que afecta directamente a la integridad física de los reclusos y que seguramente causa secuelas en lo que se refiere a la integridad psicológica de los mismos.

En segundo lugar, se encuentra el caso del hospital psiquiátrico Dr. Alejandro Korn, ubicado en la ciudad de La Plata, en el que algunos inimputables cumplen medidas de seguridad⁶. Sobre este centro psiquiátrico el informe indica que las condiciones son las siguientes:

“...me impactó la situación de los pacientes institucionalizados... En especial, aquellos pacientes en la sección Agudos del hospital, tanto hombres como mujeres, se encuentran sometidos a condiciones degradantes

⁴ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁵ Observaciones Preliminares y recomendaciones, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Nils Melzer en la visita oficial a la Argentina entre el 9 y 20 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22974&LangID=S> [Consultado el 1/9/2018 de septiembre de 2018].

⁶ “...En el ámbito de la justicia de la provincia de Buenos Aires, las medidas de seguridad se cumplen en la Unidad Psiquiátrica para varones, Unidad Nro. 34 y en un Anexo de la Unidad Nro. 45, para mujeres... Hasta noviembre de 2012, se incluía la Unidad Nro. 10, la cual cambió de régimen y los internos fueron derivados a la Unidad 34 y a dos hospitales neuropsiquiátricos de la misma provincia, el Hospital Alejandro Korn de Melchor Romero...”. Documenta Organización Civil. *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate*. Editorial UBIJUS, 2017 p. 26. Disponible en: <http://www.documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-justicia-dis-capacidad-psicosocial/2017-inimputabilidad-medidas-seguridad-debate-reflexiones-america-latina-derechos-personas-discapacidad.pdf> [Consultado el 1/9/2018 de septiembre de 2018].

que resultan incompatibles con la dignidad humana. El edificio que alberga a estos pacientes literalmente se cae a pedazos, las instalaciones sanitarias están rotas y los baños sucios e inundados, sin que se tomen

medidas para mantener las instalaciones en una condición sanitaria aceptable. Para superar el problema de escasez de personal, supuestamente se obliga a algunos pacientes a tomar medicación en exceso, incluidas pastillas para dormir. Sin la atención adecuada, los pacientes que están en condiciones de hacerlo, ayudan a aquellos con discapacidades más severas a cambiar sus pañales, a fin de mantener un mínimo nivel de higiene personal. En mi opinión ponderada, las secciones de Agudos... son totalmente inadecuados para albergar a seres humanos y deben cerrarse y reemplazarse de inmediato por instituciones adecuadamente equipadas y con el personal que corresponde...”.

Como puede observarse este caso es igual o más alarmante que el primero, pues estaríamos en presencia de una atroz violación al derecho a la dignidad e integridad de las personas que allí se encuentran recluidas, debido a que no estarían dadas las condiciones mínimas de habitabilidad, ni de satisfacción de las necesidades básicas de cualquier ser humano y, menos aún, de personas que padecen enfermedades mentales y que, tal como se indica en el informe, algunas de ellas parecieran no poder valerse por sí mismas, lo que hace mucho más complejo el panorama a nivel jurídico, en lo que se refiere a la responsabilidad penal en la que pudiera incurrir el personal del hospital, debido a que podría darse un tipo de comisión por omisión, por existir una evidente posición de garante⁷.

⁷“El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura a) situación típica, b) ausencia de la acción determinada, c) capacidad de realizarla... posición de garante, producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo... en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada posición de garante por parte del autor. Se da cuando corresponde al su-

Finalmente, el informe prácticamente concluye haciendo un paneo general que permite tener un acercamiento sobre el estado en el que se encuentran muchos centros de reclusión en Argentina, al señalar lo siguiente:

*“...lamento informar que, en **muchas comisariás y penitenciarias** provinciales, encontré condiciones de detención totalmente incompatibles con la dignidad humana, que podrían constituir tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Por ejemplo, en el Establecimiento Penitenciario N°9 (Provincia de Córdoba), las celdas de 3 metros x 4 tienen 12 camas cucheta triples. En cada celda hay diez reclusos que permanecen encerrados durante 16 horas por día, sin instalaciones sanitarias, sin luz artificial, sin actividad de ningún tipo y sin espacio para moverse... Orinan y defecan en recipientes plásticos, excepto durante dos períodos de cuatro horas diarias cuando se abren las celdas... permanecen en estas condiciones sin ningún acceso ni a la luz del sol ni a espacios abiertos durante períodos que oscilan entre varias semanas y más de 6 meses... En las Comisariás provinciales No. 1 y 5 (Provincia de Buenos Aires), la Alcaldía de Varones y la Comisaría de Ibarreta en la Provincia de Formosa y en varios pabellones de las penitenciarias en Florencio Varela (Provincia de Buenos Aires) y Cruz del Eje (Provincia de Córdoba)... Las celdas están infestadas de insectos y/o ratas, se encuentran mal ventiladas e iluminadas, tienen instalaciones eléctricas improvisadas que cuelgan del cielorraso o de las paredes, o no tienen luz artificial de ningún tipo... En otras

jeto una específica función de protección del bien jurídico...”. Mir Puig, S. *Derecho Penal Parte General*. 8ª edición, IB de f, Buenos Aires, 2009, pp.318 y ss. También pudiera ser un escenario propicio -dependiendo de las circunstancias del caso-, para que se materialice un tipo de autoría mediata o de participación a través de la instigación, según el grado de afectación por las enfermedades mentales de los enfermos que atienden a otros enfermos, al respecto Ob. cit. pp. 365 y ss.

celdas, las canillas no funcionan, obligando a los detenidos a tomar el agua de los inodoros que utilizan para orinar y defecar... ”.

Esta visión general que brinda el mencionado informe o documento, permite concluir que es estrictamente necesario mejorar las condiciones de vida de la población reclusa, que como se señaló anteriormente, se encuentra privada de libertad, pero no privada del derecho a que le sea reconocida, respetada y garantizada su dignidad e integridad personal.

En una época en la que las tendencias actuales de la doctrina buscan reinventar la estructura del derecho penal tomando esta vez como base la función que cumple en la sociedad⁸, nos preguntamos cómo se puede esperar que el ciudadano tenga confianza y convicción en el cumplimiento de la norma penal⁹, si ni siquiera podemos garantizar las condiciones básicas de vida de quienes se ven inmersos en la maquinaria, aplicación y materialización de la ley penal.

Referencias bibliográficas

Casal, J. (2010). *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Caracas: Legis

Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [Consultado el 7/9/2018].

⁸ Sobre el sistema político criminal funcionalista. Roxin, C. *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal*. Barcelona, 2012, pp. 4 y ss. [Consultado en <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. 3/9/2018].

⁹“En la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos... el efecto de aprendizaje, motivado sociopedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal... y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción... ”. Roxin, C. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª edición alemana Luzón Peña, D. Thomson Civitas, Navarra, 1997, pp. 91-92.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Ley N° 24.053. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm> [Consultado el 3/9/2018].

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000 [Consultado el 3/9/2018].

Declaración Universal de Derechos Humanos. Ley N° 11.723. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_03_declaracion_universal_ddhh.pdf [Consultado el 3/9/2018].

Documenta Organización Civil. *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate*. Editorial UBIJUS, 2017 p. 26. Disponible en: <http://www.documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-justicia-discapacidad-psicosocial/2017-inimputabilidad-medidas-seguridad-debate-reflexiones-america-latina-derechos-personas-discapacidad.pdf> [Consultado el 1/9/2018 de septiembre de 2018].

López Barja, J. (2010). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Thomson Reuters, 4ª edición.

Mir Puig, S. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: IB de f, 8ª edición.

Observaciones Preliminares y recomendaciones, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Nils Melzer en la visita oficial a la Argentina entre el 9 y 20 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22974&LangID=S> [Consultado el 1/9/2018 de septiembre de 2018].

Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ce-

lebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/228> [Consultado el 8/9/2018 de septiembre de 2018].

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª edición alemana Luzón Peña, D. Navarra: Thomson Civitas.

Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Trad. Córdoba G. y Pastor D. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Roxin, C. (2012). *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal*. Barcelona, pp. 4 y ss. [Consultado en <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>. 3/9/2018].

Detenidos en las comisarías:**Una Problemática que mantiene alerta a organismos Nacionales e Internacionales.***Por Daiana F. Cortazar*

En Noviembre de este año la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó una resolución en el marco de la presentación realizada por el titular del Juzgado Correccional n°2 de La Plata, el Dr. Eduardo Eskenazi (causa Monasterio y otros s/ Habeas Corpus), dando por finalizada la tarea del mencionado magistrado por considerar que un juez local no puede tener injerencia en todo el territorio de la provincia y encomendó al Tribunal de Casación el diseño e implementación de “un espacio interinstitucional para el abordaje integral de las condiciones de detención en cárceles y comisarías de la Provincia”, atribuyendo la responsabilidad a la máxima instancia penal de la justicia bonaerense de encontrar soluciones en un “término razonable” pero sin fecha cierta.

En ese orden de ideas, la Suprema Corte manifestó preocupación “por la falta de establecimientos para contener el aumento de la población carcelaria, y por el alojamiento de detenidos en seccionales policiales carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad”, indicando que se deben arbitrar los medios para su subsanación.

En otro expediente, que tramita en paralelo ante el Juzgado Contencioso Administrativo n° 4, el gobierno provincial admite oficialmente que el 45% de los detenidos en comisarías está alojado en dependencias clausuradas.

En un análisis del contexto social que funciona como disparador para exponer la grave situación que atraviesa el sistema penal bonaerense podemos recordar dos acontecimientos, entre otros, que pusieron al poder ejecutivo y sus funcionarios de seguridad contra las cuerdas. Por un lado, la Tragedia de Pergamino donde 7 detenidos murieron a raíz de un incendio y, por otra parte, la Masacre en la Comisaría n° 3 de Esteban Echeverría donde fallecieron 9 personas, entre ellas un hombre de 25 años que estaba detenido por intentar robar una cortadora de césped.

En el plano internacional, la provincia de Buenos Aires se encuentra en la mira de la CIDH (Cor-

te Interamericana de Derechos Humanos), por la violación a los derechos fundamentales, a raíz de un informe del GTDA (Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias), que funciona como un brazo de la CIDH, realizado en septiembre del corriente año, referido a las condiciones de detención en Argentina.

Uno de los puntos detallados por el GTDA que genera preocupación es la detención de manera permanente en comisarías que fueron concebidas para detenciones transitorias (solo hasta 48 horas según el plazo legal), situación generada por el incremento de la población carcelaria y una deficiencia en la capacidad del sistema carcelario que no posee plazas suficientes para alojar al número de personas detenidas produciendo un desborde hacia las seccionales policiales que no cuentan con la infraestructura apropiada para asegurar condiciones dignas de detención, verificando situaciones de hacinamiento, grave estado de salud en los detenidos y sobrepoblación.

Es oportuno destacar en este punto que muchas de las seccionales policiales se encuentran bajo inhabilitación y, a su vez, ninguna de ellas cuenta con el personal adecuado para la custodia de detenidos, debido a su formación el personal policial no tiene las herramientas para ejercer esta función que es propia del Servicio Penitenciario Bonaerense que cuenta con servidores públicos capacitados tanto para la custodia como para el tratamiento de personas que se encuentran privadas de su libertad.

Otras cuestiones de incidencia señaladas tienen que ver con la amplia discrecionalidad por parte del personal policial para realizar las detenciones basadas en la mera sospecha o por verificación de identidad.

Por otro lado, el abuso del instituto de la prisión preventiva que deriva inevitablemente en un “castigo de facto” haciendo que aquellos que aún no perdieron su estado de inocencia sufran una privación de su libertad más allá de los parámetros de razonabilidad impuestos por los organismos internacionales. Incluso la falta de un sistema que per-

mita acceder con facilidad y veracidad a la información judicial y penitenciaria de todos los centros de detención y la carencia de un Registro único de Personas Detenidas, dentro del Poder Judicial y en específico de los juzgados de ejecución encargados del cumplimiento de la pena es usual que se dificulte ubicar a los detenidos y que al hacerlo se constate que hace meses se encuentran detenidos transitoriamente en comisarías, todas ellas situaciones que contribuyen a un sistema penal argentino permanentemente en el ojo de la tormenta desde la perspectiva internacional.

Lo expuesto con anterioridad se completa con las manifestaciones realizadas por el Ministro Ritondo que expresó al respecto: “yo prefiero a los delincuentes amontonados y no liberados”, y un contexto social que mira hacia un costado desconociendo derechos fundamentales que son de TODXS.

Guiados por medios de comunicación, la opinión pública alza su voz en pos de la privación de la libertad como único modo de enfrentar la inseguridad y terminar con la delincuencia. En torno a esto, tal como lo expreso la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH, que realizó una visita de trabajo a Argentina en septiembre de 2016: “En particular, la CIDH ha sido informada que los jueces se abstienen de decretar medidas cautelares por temor a ser sancionados o removidos de sus cargos. Sobre este aspecto, un juez de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal refirió a la Relatoría que “cotidianamente revocamos prisiones preventivas en las que se nota que en lugar de atender a los requisitos de aplicación de la prisión preventiva (peligro de fuga y de entorpecimiento a la investigación), se impone con criterios como el de la prevención punitiva”. En este sentido, el Defensor de Casación de la provincia de Buenos Aires, Mario Coriolano, indicó que “para el juez, en la actualidad, tiene mayor costo político conceder una excarcelación que mantener una prisión preventiva, ante amenaza de un juicio político o escrache mediático”. Sobre esta situación, en 2010, la CIDH manifestó su preocupación en su comunicado de prensa 64/10 relativo a la anterior visita a Argentina, al referir que los jueces optan por la imposición de la privación de libertad “con el objeto de mostrar efi-

ciencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y del mismo poder político”.

Esta problemática en la que se encuentra inmerso el sistema penal bonaerense no vislumbra posibilidades de ser subsanado estructuralmente y continua preocupando a las diversas organizaciones vinculadas a la temática que nos atañe (tales como el CELS, Comisión por la Memoria, Defensoría de Casación Penal, entre otros) que claman por una solución ante las diversas denuncias, presentaciones e informes relativos a las condiciones inhumanas de detención que son moneda corriente en la región. En este marco, las políticas se encuentran orientadas a generar espacios físicos y estructuras que puedan proveer cupos carcelarios (como la ampliación del Programa de Alcaldías), sin embargo nada se orienta a formular políticas que revean la situación de los detenidos- procesados con prisión preventiva para la aplicación de medidas alternativas en vistas de los principios de subsidiariedad y progresividad, y que posibiliten una reducción de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

FUENTES:

<http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/081/568/000081568.pdf>
<https://www.cels.org.ar/web/2012/04/la-cidh-ordeno-protoger-a-los-internos-de-las-unidades-penitenciarias-46-47-y-48-de-san-martin/>
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp>
<https://www.infobae.com/sociedad/policias/2017/03/06/tragedia-de-pergamino-hubo-demora-para-abrir-la-puerta-del-calabozo-aseguro-un-bombero/>
<https://ppn.gov.ar/documentos/legislacion>
<https://ppn.gov.ar/pdf/jurisprudencia/PJ%20Chubut.%20Habeas%20Corpus%20Correctivo.%2008-03-06%20fallo.pdf>
<https://www.cels.org.ar/web/2018/10/sistema-penal-bonaerense-la-corte-debe-intervenir-con-urgencia/>
https://ppn.gov.ar/pdf/proyectoslegislativos/PROYECTO%20DE%20LEY_0.pdf
<https://www.letrap.com.ar/nota/2018-11-28-11-17-0-la-corte-bonaerense-se-planta-ante-vidal-por-detenidos-en-carceles-y-comisarias>

Encarcelamiento masivo

Por Stefania Alba Nájera



Es común hoy en día escuchar en las calles frases como “que se pudran ahí adentro” o otras como “entran por una puerta y salen por la otra”, sin llegar a extremos escalofriantes como “el que mata tiene que morir”. Es evidente que la sociedad, o un gran conjunto de ella, ha asumido que existe un enemigo y que es a ese enemigo a quien hay que encarcelar; separarlo del mundo cotidiano. Ellos son los otros, los malos, los pibes chorros, los desviados. Y rematan considerando que “algo habrán hecho” y que en definitiva en la prisión “no hacen nada, no estudian, no trabajan”.

De esta manera el Estado acumula presos. La mayoría de ellos hombres, de alrededor de treinta años, sin condena firme y seleccionados de sectores vulnerados de la sociedad.

La prisión es entonces un micro ecosistema; violento, vigilado, abusivo y represivo, entre muchas otras cosas.

La construcción de cárceles nunca fue, ni será, la solución posible a los problemas de superpoblación carcelaria y a los efectos que el fenómeno produce, como por ejemplo el hacinamiento. Existieron desde el gobierno nacional proyectos tanto de asignación de recursos para finalizar los penales de Zarate

y Campana¹, como así también ideas de privatización de las unidades penitenciarias².

En los últimos días las noticias fueron en otro sentido; se informó por medios de comunicación el anuncio de Juan José Baric, responsable del Servicio Penitenciario, de que no se construirán nuevas unidades penitenciarias para responder a la sobrepoblación carcelaria. Posiblemente esta decisión tenga que ver con la emergencia económica que atraviesa la región, pero que en definitiva no hubiera tenido sentido alguno llevarla adelante. Mientras el gobierno estima una superpoblación carcelaria de 10 mil detenidos existen informes de diferentes organismos que evidencian un número por demás mayor.

Según el CELS la población encarcelada en la Provincia asciende a un número de 42.666, distribuidos en penales y en comisarias. El cupo carcelario según las condiciones edilicias es para 19.810 plazas³, con lo cual se registra una sobrepoblación del 115%.⁴ Por otro lado, el último informe de la Comisión Provincial por la Memoria nos actualiza con los siguientes datos: la existencia de 50 cárceles y 12 alcaldías alojándose a diciembre de 2017 más de 38.000 personas en 20 mil cupos.⁵ Según los datos oficiales emitidos por el SNEEP, aunque algo

¹ <https://www.lanacion.com.ar/2023647-asignaran-500-millones-para-terminar-dos-carceles>

² <https://www.tiempoar.com.ar/nota/polemica-por-un-plan-para-construir-mas-carceles-y-que-las-gestionen-privados>

³ Entendemos el concepto de cupo de manera restringida, es decir, la cantidad de camas disponibles para que las personas detenidas duerman. Se sostiene la postura de tomar al cupo de manera integral, tomando en cuenta no solo la capacidad de las celdas sino también un conjunto de dispositivos y recursos que componen las condiciones de alojamiento.

⁴ <https://www.cels.org.ar/web/spb/>

⁵ Informe Anual 2018, El sistema de la crueldad XII, Pag. 179 y ss., Comisión Provincial por la Memoria.

desactualizados (año 2015), nos arrojaba un número de 33.482 personas detenidas ⁶

Entendemos acertado dicha medida ya que claramente la construcción de mayores plazas no solucionaría de manera alguna los problemas de superpoblación carcelaria. La provincia ha declarado ya la emergencia penitenciaria y por otro lado hemos recibido hace pocos meses la visita del Relator Especial sobre tortura de la ONU, quien declaró que las condiciones de detención en las comisarías y cárceles “violan las normas internacionales y son totalmente incompatibles con la dignidad humana”. ⁷ Dijo además que la población carcelaria en nuestro país se triplicó en las últimas dos décadas, nada que no podamos advertir quienes como curiosos nos acerquemos a temáticas penitenciarias.

Esto no es novedad, no es nuevo. Ni a nivel nacional como latinoamericano. Como señala Luic Wacquant, el encarcelamiento masivo es “uno de los experimentos históricos más imprevistos y crueles de la era democrática”. No sólo implica el hecho de encarcelar, es decir, encerrar, privar de la libertad a un número demasiado considerable de personas, sino que conlleva inmediatamente a la pregunta del fin de la pena. Entendemos además que la idea de segregar gran parte de la población; de correrla de la sociedad, de ocultarla beneficia en gran medida a ciertas clases dirigentes. Además de responder a pedidos estimulados por los medios de comunicación dónde se reclaman medidas más severas que en definitiva tienen que ver con alimentar el aumento del poder punitivo del Estado.

Revisando la historia, la prisión no existió como tal desde el inicio de los tiempos. La misma fue, y es, una manera que tuvo y tiene el hombre, traducido de alguna manera en Estado, de castigar a la persona que comete, o al menos se lo acusa de cometer, alguna especie de delito que el legislador ha determinado como tal. Así como se advierte la confiscación de la víctima en todo conflicto social

⁶ http://www.jus.gob.ar/media/3191517/informe_sneep_argentina_2015.pdf

⁷ <https://www.cels.org.ar/web/2018/04/la-argentina-es-responsable-de-una-generalizada-persistente-y-seria-violacion-de-la-convencion-contra-la-tortura/>

judicializado, el hecho de prisionar a un ser humano constituye ampliamente una confiscación de su cuerpo y de su fuerza de trabajo. El capitalismo entonces, tampoco es ajeno a toda circuito de castigo diseñado allá por el siglo XVIII.

Se han construido diversas teorías que intenta legitimar el encarcelamiento. Algunas se apoyan en creer que la pena aplicada al supuesto infractor de la norma produciría un determinado sentimiento de abstracción social hacia el delito. Otras, que de hecho son fácilmente reconocibles en el texto de la ley, conducen a la idea de que la pena es un mal para el infractor, y que gracias a la misma, la persona tiene la posibilidad de entrar al círculo de las llamadas teorías “re. Esto significa que el supuesto fin de la pena es re- socializar, re- insertar al individuo en la sociedad. Lo curioso de este discurso es que sigue siendo legitimado cuando es evidente, en el plano del mundo real, que las cosas no se dan de esa manera. Muy por el contrario. La persona prisionarizada no solo no logra reinsertarse sino que le resulta mucho más dificultoso que antes de transitar la institución total. El preso ha quedado denigrado, se le ha asignado un rol distinto al que asume un adulto fuera de prisión, se lo ha regresado a un estadio adolescente donde ha perdido todo tipo de responsabilidad, tarea, objetivo. Amén de todo este proceso, la persona muy probablemente haya sufrido vejaciones, torturas, violencias, malos tratos, sumado a las malas condiciones de las prisiones, la mala alimentación de los internos, la falta de higiene, de espacio, de la cobertura de las necesidades básicas de cualquier ser humano.

Sorprendentemente, o no tanto, desde quienes crean las políticas criminales, se piensa y proyecta, la apertura de más unidades penitenciarias. Ingenuamente alguien podría pensar que esta acción distribuiría de mejor manera a los reclusos, brindándoles mejores condiciones de vida, o en realidad no mejores, sino comenzando a brindárselas. Dejar la ingenuidad de lado sería un gesto inteligente para atenerse entonces a los datos de la realidad y considerar válidamente la idea de que un mayor número de prisiones significa lisa y llanamente un aumento en la población carcelaria; un aumento a su vez en el proceso de criminalización secundaria y hasta porque no un endurecimiento en las penas legales.

El fenómeno del encarcelamiento masivo se deriva de múltiples causas y deja bastas consecuencias. De suma importancia es relevar que la mayoría de las personas privadas de su libertad lo están bajo la modalidad de la famosa prisión preventiva. Hablando en un lenguaje que deje de ser estrictamente jurídico, la prisión preventiva en resumidas cuentas es una “prisión por las dudas”. Es aquí cuando el poder judicial colabora incesantemente en el aumento de “presos por las dudas”, y pese a haber intentado reducir el uso de este mecanismo con institutos como el juicio abreviado o los procesos de flagrancia, nada de la situación se ha visto modificada. Así dadas las cosas, la prisión preventiva sigue generando que la mitad de las personas detenidas cumplan una pena en la cárcel sin sentencia firme. Estos institutos entonces son avasalladores de los derechos humanos; arbitrariedad para detener, automaticidad para convalidar y velocidad para condenar son las tres prácticas combinadas del Poder Judicial y las fuerzas policiales que produjeron un record en la tasa de encarcelamiento de la provincia de Buenos Aires.

Más allá de los datos cuantitativos no podemos desconocer que detrás de los números existen seres humanos a quienes les asisten derechos, no beneficios como usualmente se los llama, en el sentido de que cumplen con su pena en condiciones de hacinamiento, condiciones que claramente pueden ser consideradas como tortuosas. Las cárceles son creadas con la finalidad de ser llenadas elevando el piso del encarcelamiento.

Consideramos entonces que las políticas criminales que deben adoptarse son en primer lugar la reducción de la emergente prisión preventiva. Discutir sobre la finalidad de la pena sería algo demasiado utópico y nos llevaría a un estudio mucho más amplio, pero es claro que requiere ser debatido a corto o a largo plazo, entendiendo que las teorías “re” han quedado por demás añejas y se asume que las mismas en nada cumplen con la función discursiva que se proponen. Muchos otros autores han esgrimido ideas para combatir el encarcelamiento masivo; muchas de ellas fueron por ejemplo reservar la pena de prisión para delitos graves, o mismo la idea de un cupo carcelario como postula el Dr. Eugenio Raul Zaffaroni. Es decir, una vez determinada la capacidad real de las prisiones, limitar el

número de presos a esa capacidad, sometiendo al resto a penas no privativas de la libertad.

En definitiva entender y asimilar que la pena privativa de la libertad debe ser excepcional y aplicarse el mínimo posible atendiendo a los derechos; tomando conocimiento de la dignidad y condición de ser humano en sí mismo. Básicamente todo puede reducirse en el principio de humanidad; no entendiéndolo como un sentimiento de ternura, sino entendiéndolo a los hombres y mujeres como sujeto con necesidades y con posibilidades de desplegarse y superarse, más que de “re” insertarse. Posiblemente entonces frente a estos planteamientos deberíamos refundar el derecho penal entendiéndolo como un derecho penal reducido y fragmentario.

Bibliografía.

Criminalidad, Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe, Elías Carranza, Ediciones Siglo XXI, 2009.

El encarcelamiento masivo, Silvio Cuneo Nash, Ediciones Didot, 2017.

Informe anual 2017, El sistema de la crueldad XI, Comisión Provincial por la Memoria, 2017.

Informe anual 2018, El sistema de la crueldad XII, Comisión Provincial por la Memoria, 2018.

Manual de derecho penal, Eugenio Raul Zaffaroni, Editorial Ediar, 2012.

Las cárceles de la miseria, Loic Wacquant, Ediciones Manantial, 2015.

Vigilar y Castigar, Michael Foucault, Ediciones Siglo XXI, 2013.

Abordaje del consumo problemático de estupefacientes.**Estudio del caso: Ingeniero Budge.***Por Aimé Silva.***Introducción**

Lo que me propongo con el presente trabajo es reflexionar acerca de la necesidad de la planificación, implementación y evaluación de políticas públicas¹ destinadas al abordaje interdisciplinario² del problema de consumo problemático de sustancias estupefacientes y su vínculo con el sistema penal.

Ésta brecha entre la situación en la que nos encontramos y la que deseáramos, a mi entender, tiene su origen principal en la ausencia de voluntad política³ para garantizar del derecho a la salud y constituye un ejercicio de violencia institucional.

Es por ello que visibilizar la realidad que resalta en Ingeniero Budge⁴, en lo que atañe a la población en riesgo que tiene vínculo con el organismo en el que me desempeño laboralmente⁵, se me hace una obligación ética y de urgente pronunciamiento.

A lo largo del año 2017 en el Juzgado de Garantías n° 1 de Lomas de Zamora se fueron registrando los casos provenientes de la UFI N° 2⁶ en un primer

momento y luego de la UFI N°16⁷ y la UFI N°15⁸ y uno de los ítems que se inspeccionaron, tuvo que ver con si la persona imputada de cometer alguno de los delitos en los que intervienen esas fiscalías, había concurrido al “Conversatorio”⁹ y qué había sucedido. De ello se pudo conocer que en muchos casos¹⁰ no habían sido admitidas en ése espacio por registrar un consumo problemático de sustancias estupefacientes que hacía que no fuera “agrupable”.

De los distintos informes que se fueron confeccionando al efecto emerge que:

Hablamos de jóvenes, hombres, de entre 18 y 25 años, pobres –desocupados- y con un nivel de instrucción primario, población que se encuentra en una situación de riesgo cierto, actual e inminente de sufrir un daño y/o causarlo a otra persona.

Su vínculo con la sustancia: Un policonsumo (en su mayoría alcohol, marihuana, cocaína y paco) con compulsión exacerbada.

Los vínculos familiares: Familias multiproblemáticas, abúlicas en donde hubo tantas experiencias de desamor o mal amor que hay falta de voluntad, indiferencia y cierta naturalización de la violencia.

¹ El análisis va de suyo....

² inter y no multipor que tiene una mirada integradora del sujeto y busca la articulación para el abordaje integral.

³ Como incorporación a la agenda y la puesta en marcha del Estado en pos de llevar adelante la acción.

⁴ Metodológicamente se parte de que Ingeniero Budge es la zona con tasas más altas de violencia y consumo problemático de acuerdo al estudio realizado por Ijovenes en el corriente año, se puede acceder solicitándolo en el Consejo Consultivo de Lomas de Zamora, por la recolección primaria de datos del juzgado y lo publicado en el Observatorio de Drogas.

⁵ Juzgado de Garantías n° 1 departamento judicial Lomas de Zamora

⁶ Unidad Funcional de Instrucción n° 2 especializada en Violencia de Género e Intrafamiliar

⁷ Se agrega otra por el análisis que realiza la Fiscalía General respecto al cúmulo laboral en la temática.

⁸ Es la especializada en el procedimiento de flagrancia, que trabaja por grupos a los cuales se le sumó uno especializado en violencia de género e intrafamiliar.

⁹ Programa de articulación entre el Juzgado, que obliga a los imputados al momento de concederle la excarcelación a concurrir y la Dirección de Derechos de las Mujeres y Equidad de Género, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social del municipio de Lomas de Zamora que en un espacio físico destinado al efecto los entrevista, diagnostica e incorpora –si correspondiere- a la persona a los encuentros del taller llamado “Género y Cultura”.

¹⁰ De un total de 16 se registraron 8 casos.

Nos encontramos ante toxicomanías sociopáticas, en donde hay un desalojo del consumidor de la cultura de pertenencia, hay una expulsión de su propia cultura la marginalidad que produce la misma droga.

Éstos “clientes del sistema penal” poseen cierta apatía social (El otro no me interesa, todo vale) acrecentada por esta “notredad” en donde la persona pierde su esencia de otro y se transforma en un depositario de los males de la comunidad al que hay que exterminar porque ya no tiene arreglo.

El sistema Penal

Como siempre se le pide al sistema penal que logre lo que los otros poderes no han podido (querido??) y que “termine con la inseguridad” o en este caso “acabe con el narcotráfico ...y sus consumidores”.

Las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios) ejercen la acción punitiva sobre personas concretas –como las que hemos mencionado-, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente –tipo penal-, la agencia judicial lleva adelante la causa y en caso de encontrarla culpable (o antes preventivamente) le impone una pena que puede cumplirse en detención en los campos de concentración a los que llamamos “cárceles” y es ejecutada por la agencia penitenciaria (prisionización).

Explica Zaffaroni que: “La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable. La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamarla cifra negra u oscura. Las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende, se considera natural que el sistema penal lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario.”¹¹

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/

Asimismo en los tribunales del departamento judicial de Lomas de Zamora podemos identificar una perspectiva racionalista (se corresponde con el Estado Gendarme), la cual presupone que cada individuo tiene la potestad de elegir y decidir entre distintas alternativas; desde ésta mirada la transgresión a la norma y el consumo problemático de sustancias son vistos como un problema individual en donde el Estado no tiene injerencia ya que corresponde a un acto privado.

Y una perspectiva de Derechos Humanos, por otra parte, que se interrelaciona con otras disciplinas como la psicología, criminología, antropología jurídica, entre otras; asume que la persona posee una enfermedad mental y que es el Estado el que debe garantizar la tutela efectiva del derecho a la salud, la salud mental es entendida como un proceso determinado por componentes históricos, socio económico, cultural, biológico, psicológico cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de esos derechos.

En ése contexto, en cuatro de los casos aludidos se dio una situación en donde la persona delinquirió –amenazas, lesiones, daños- se le impuso una medida cautelar –prohibición de acercamiento, exclusión del hogar- y cometió otro delito violándola –desobediencia- con lo cual se puede pensar incluso en cierto nivel de reincidencia¹² que nos está mostrando al menos dos cosas: 1) que el poder coercitivo del Estado no está funcionando como normalizador pues aún es un potencial autor de acciones típicas y 2) lo que a mi juicio es vital reconocer, que han fallado los mecanismos de prevención para evitar que ésa persona llegue a ése estadio.

Ya en el primer conflicto con la ley debieran activarse mecanismos que tendieran a “sostener al sujeto dentro de la comunidad” para que ello no derive en la prisionización. Para echar luz sobre lo que estamos diciendo: hoy el Servicio Penitenciario Bonaerense cuenta con un único establecimiento carcelario que se especializa en brindar tratamiento

Slokar, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Segunda Edición, Buenos Aires, 2002, pp. 7 y 8

¹² 6 de los 8 aludidos.

terapéutico a personas restringidas de la libertad en situación de consumo problemático de sustancias psicoactivas y patologías asociadas -Unidad n° 18 Gorina- que al igual que el resto de las unidades carcelarias argentinas posee una sobrepoblación que impide el cumplimiento del rol con el cual fue creada. Dos pabellones con cupo para 140 personas cuando la población carcelaria en el año 2017 era de 41.439 personas detenidas; con un cupo carcelario según plan edilicio para 18.706 y según la capacidad declarada por el SPB para 28.000 -aunque existe una cifra negra- resultando entonces que la sobreocupación, según su capacidad declarada, ascendía a un 59%, la sobreocupación, según el cupo, a un 104% y la sobrepoblación sumando el excedente de personas alojadas en las cárceles y alcaidías más las que están detenidas en lugares prohibidos como las comisarías, a un exponencial 122%; deviene irrisoria la cifra de plazas en proporción a la cantidad de personas privadas de la libertad.

Organismos Intervinientes

Cuando vamos a los recursos con los que se cuenta para dar alguna respuesta desde el Estado -que también lo es el Poder Judicial no lo olvidemos!- vemos que hay dificultades para que los Hospitales brinden, siquiera, la atención clínica en los cuadros de abstinencia; la SEDRONAR no cuenta con instituciones gratuitas en caso en que la persona requiera un tratamiento a puertas cerradas; el Servicio Penitenciario Bonaerense está como ilustramos; lo que realiza el gobierno local desde la Secretaría de Adicciones no alcanza y en los Centros de Prevención de las Adicciones (CPA) van tapan-do incendio en incendio con lo que tienen a mano; con lo cual es dificulta cualquier intervención que se haga.

Nótese que no nombro otras carencias no por ello menos importantes, sino todo lo contrario como afectivas, económicas, sanitarias, educativas, etc. en las que el Estado sino está ausente cuanto menos está retraído.

La participación en el Consejo Consultivo de Adicciones de Lomas de Zamora¹³ y en la Mesa de

Salud Mental de la Unión de Magistrados y Funcionarios como así también el contacto cotidiano con organismos sociales que se encuentran en el territorio, nos permite tener un panorama más amplio de los actores que intervienen y del voluntarismo que motoriza acciones constantes en pos de mejorar la situación; aun que lamento afirmar que con ello no alcanza.

Reflexiones finales

Concluyendo, el sistema penal *per se* no hará nada más que agravar la situación de vulnerabilidad/marginalidad en la que se encuentra el sujeto. Por ello es necesario que el problema se aborde en forma relacional por distintas áreas profesionales que confluyan hacia un mismo objetivo de prevención, estudio, diagnóstico y tratamiento del consumo problemático de sustancias estupefacientes. El conflicto con la ley podría ser la *ultimarattio* en la que el Estado utilice los mecanismos coercitivos para incluir a la persona en un Plan, Programa o Proyecto Integral que la ayude y con ello a la comunidad entera, a romper con el grado de dependencia que imposibilitan cualquier intento de tratamiento como así también ejercer la función normativa como inscripción de la norma en el aparato psíquico del sujeto para que no la trasgreda.

En ése sentido merece vital importancia al pensar en la capacidad estatal para llevarla adelante que en la conducción política esté la voluntad de abocarse a los intereses mayoritarios desde la perspectiva de derechos humanos no sólo en materia de los violaciones cometidas de forma activa por los agentes del Estado, sino por las connivencia, omisiones o desarrollo de respuestas que profundizan las dinámicas de violencia sobre sectores más vulnerables en lugar de solucionarla.

También debemos hacernos cargo como sociedad de los valores que erigimos y con los que proyectamos a futuro. Pues la adicción es un espejo de la realidad y la que hoy vivimos nos muestra un desvalimiento social en donde la tolerancia cero, mano dura y los linchamientos se están instalando como doctrina.

¹³ Conocimiento del Observatorio de Drogas y los trabajos de investigación sobre campo Tongui.

Un análisis sobre de la influencia del sistema inquisitivo en la construcción de la verdad

Por Yael Zygielman Tale



Cuaresma carnaval - Pieter Bruegel

I.- Resumen: Tomando como referencia literaria el cuento de Kafka “En la colonia penitenciaria” nos interrogaremos sobre las relaciones existentes entre saber, poder y verdad. En este sentido partimos del periodo de la edad media, donde el sistema inquisitivo hegemonizó la forma de construcción de la verdad, que mediante la indagación buscaba arrancar la confesión al objeto (el imputado). Este procedimiento para obtener la “verdad” que se construye en el seno del proceso jurídico, según palabras de Foucault, pasa a ser el método del saber en general. Que por medio del interrogatorio busca arrancar una verdad al objeto.

II.- En el cuento “*En la colonia penitenciaria*” Kafka nos invita a repensar la idea del castigo en nuestras sociedades, tan antigua, arraigada y cambiante como la propia existencia humana.

Nos interesa rescatar del relato, las marcas que el poder deja sobre los cuerpos condenados y en este sentido la dimensión que cobra, en los diferentes contextos históricos:

Como objeto de castigo y como objeto de estudio (se lo interviene para reformarlo).

Kafka en la Colonia penitenciaria, comienza relatando una visita que realiza el explorador a la colonia penitenciaria para observar una ejecución. Este personaje que introduce pareciera provenir del algún país del exterior en representación de un

organismo internacional, con la finalidad de tomar conocimiento de la colonia, un lugar ubicado en un valle del cual no se sabe temporal y espacialmente donde se sitúa.

Lo que el explorador va a conocer en la colonia y lo que el oficial va a explicarle con minuciosidad, y es allí donde se sucede gran parte del relato, es el funcionamiento de una gran máquina de castigo, utilizada para realizar la inscripción en los cuerpos de los condenados de la sentencia que le corresponde por su falta (“delito” podríamos enunciarlo hoy). La máquina es de gran tamaño y cuenta con tres partes, en la misma se ubica a la persona que ha sido condenada, cuando se pone en funcionamiento, la máquina mediante unas agujas, inscribe en el cuerpo del condenado la sentencia que le ha tocado. En este caso la sentencia expresaba: “honraras a tus superiores”.

El procedimiento se ejecuta durante doce horas, en las cuales el condenado reconoce la inscripción en su propia carne y finalizado el mismo, la máquina termina con su vida.

El condenado no conoce su sentencia, porque la sabrá en carne propia mediante el proceso supliciante.

Esta parte del relato resulta central, ya que el cuerpo tiene un largo recorrido en occidente y ha sido el territorio donde el poder punitivo se expresó, en la edad media mediante el suplicio y con la aparición del iluminismo se tratará de volverlo dócil.

A partir del relato de Kafka, Trazaremos dos cuestiones a analizar sobre la dimensión del cuerpo: La primera tiene al cuerpo por objeto de tortura, castigo y disciplina, territorio donde el poder mediante la violencia indica lo que no debe hacerse (la máquina que imprime la condena en el cuerpo). Pero también podemos pensar a ese cuerpo en su dimensión de objeto de conocimiento, como ente que la ciencia estudia, y por ende debe intervenir (y en este sentido el procedimiento de la colonia penitenciaria, podría pensarse como un experimento, el cuerpo como objeto).

Para pensar el rol del cuerpo como objeto de castigo, la figura del explorador nos ayuda, porque es un personaje extraño al lugar que viene a desnudar una práctica naturalizada para la colonia penitenciaria. El explorador observa con horror el procedimiento que la colonia penitenciaria usa para los condenados, le parece un método de tortura, donde no existe límite, ni derecho a defensa ni a conocer la sentencia, podemos tejer un puente con las ideas de Beccaria.

En este sentido podemos pensar que el explorador encarna una nueva época, la del Iluminismo. Esta corriente que nace en la segunda mitad del siglo XVIII, el “siglo de las luces” e instaura un modelo que rechaza la modalidad del castigo como escarnio público: Ahora prima la razón, la tortura ya no será un espectáculo en la plaza pública, un suplicio del cuerpo, sino que el castigo tomará otras formas, la supresión del tiempo vital del hombre mediante su encierro en las prisiones.

Y aquí deviene la cuestión medular, será el siglo del rechazo a los métodos tortuosos, pero será también el siglo que invento las disciplinas, para conocer y estudiar al hombre, como dirá Foucault: *las luces que descubrieron las libertades también inventaron las disciplinas.*

En este sentido nos interesa pensar, si la edad media con su proceso de obtención de la verdad (indagación) mediante la tortura sobre el cuerpo condenado desaparece con el periodo iluminista o por el contrario, es transformado en modelo de conocimiento.

La narración de Kafka también nos lleva a plantearnos otros interrogantes diferentes, pero relacionados con el principal:

¿Que implica estar marcado corporalmente por el poder? ¿Cómo se instaura la verdad en una sociedad? ¿Se instaura entre otras formas, mediante la violencia? ¿Qué vínculos existen entre castigo, verdad y poder?

BIBLIOGRAFIA:

Beccaria, E, 2004 *De los delitos y de las penas*. Ed. Alianza.

Farge, A. 2008. *“Efusión y tormento: el relato de los cuerpos historia del pueblo en el siglo XVIII”* Ed. Katz editores.

Foucault, M. 2008. *Vigilar y Castigar*. Ed. Siglo veintiuno editores.

Floucault, M. 2003. *“La verdad de las formas jurídicas”*. Ed. Octaedro

Foucault, M. 1996. *“La vida de los hombres infames”*. Ed. Museos de Buenos Aires.

Federici. S. 2015. *“El Calibán y la bruja: mujeres cuerpo y acumulación originaria”* Ed. Tinta limón.

Kafka, F. 1995 *“En la colonia penitenciaria”* Ed Alianza.

Le Goff, J, Truong, N. 2005. *“Una historia del cuerpo en la edad media”* Ed. Paidós Ibérica.

Michelet, J. 2004 *“La bruja. Un estudio de las supersticiones en la edad media”*. Ed. Akal.

Zaffaroni, R. 2011 *“La palabra de los muertos: conferencias sobre criminología cautelar”* Ed. Ediar.

Zaffaroni, R. 2011 *“La cuestión criminal”* Ed. Planeta.

Entrevista a Ezequiel Kostenwein**Por* Tomás Allan

Matices, datos y problematización: tres notas características en las respuestas de este investigador en ciencias sociales, que reacciona rápido a mis preguntas para salir de los lugares comunes en los que suele caer mucha gente, incluso de los sectores progresistas, a la hora de pensar la cuestión penal. El uso de la prisión preventiva, el abolicionismo penal, la institución carcelaria y los medios de comunicación son algunos de los temas sobre los que Ezequiel se dispone a responder con precisión en esta entrevista, en la que aprovecha para señalar la necesidad de contar con más datos para comprender mejor estos fenómenos sociales.

Ezequiel, ¿querés contarnos brevemente sobre alguna de las últimas investigaciones que hayan desarrollado en el área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal de la UNLP? Que según entiendo es el espacio que coordinás allí...

Las estrictamente vinculadas a la Justicia Penal tienen que ver con las relaciones y las tensiones que existen entre esta última, las autoridades políticas y los medios de comunicación. Comenzamos analizando testimonios de los operadores jurídicos pero no nos parecía fructífero quedarnos solo con ello, así que la idea es problematizar esos testimonios, ver de qué forma se pueden reconstruir las miradas que tienen en el ámbito político y en los medios de comunicación sobre la Justicia Penal para compararlas o contrastarlas. En el último proyecto que presentamos incluimos también ONGs.

¿Tienen algunas conclusiones provisionarias? ¿Qué percepción tiene la Justicia Penal de los medios de comunicación, y viceversa?

Hasta acá, nosotros lo que podemos decir es que justamente no hay una sola posición o una sola mirada por parte de los actores judiciales respecto del papel que tienen los medios de comunicación. Hay algunos operadores jurídicos que dicen que la prensa ejerce una influencia determinante en lo que pasa o en lo que se decide en la Justicia Penal. Hay otros operadores jurídicos que dicen que puede haber condicionamientos pero que está en cada uno de los actores judiciales ponerle un límite a ese supuesto avasallamiento. Y después están quienes plantean que son los mismos actores judiciales los que utilizan a los medios de comunicación como una excusa, como un pretexto para no cumplir con las tareas que deberían cumplir; siempre marcando que si ellos hicieran lo que tendrían que hacer podrían verse señalados o estigmatizados por los medios. Entonces, para sintetizar: hay una imagen variada de la Justicia Penal respecto del rol de la prensa. Y cuando uno ve o trata de recuperar diferentes notas de la prensa, sobre todo de la prensa escrita, según los medios, según la línea editorial, según las o los periodistas, lo que uno advierte es que a veces hay una caracterización de que la justicia penal es efectivamente lenta, o que es clasista porque persigue a ciertos grupos vulnerables, o que es "abolicionista" porque tiende a ser muy benevolente con el trato de algunas personas que cometen delitos graves; están quienes consideran que la Justicia sigue siendo una institución sumamente elitista... Hay una pintura muy heterogénea de lo que los medios en general y la prensa escrita en particular ofrecen respecto del funcionamiento de la Justicia Penal. Y esto no es menor, porque en muchos otros trabajos que uno puede chequear tienden a buscarse enfoques monolíticos, como que los medios arrasan sobre la Justicia Penal, o que la Justicia Penal se comporta de una manera totalmente displicente... Y lo que uno ve aquí es que hay matices.

Has escrito mucho sobre el uso de la prisión preventiva, ¿qué podrías decirnos sobre su utilización en la actualidad? ¿Compartís la preocupación de cierta parte de la doctrina en relación a que hoy se recurre excesivamente a este instituto?

Bueno, primero -y no es nada alentador esto que voy a decir-, en concreto no sabemos si en general se usa de manera excesiva, abusiva o indiscriminada porque no tenemos la forma de confirmarlo. Se suelen hacer inferencias que no son del todo correctas. Por ejemplo, en la actualidad hay en la provincia de Buenos Aires aproximadamente un 55% de personas que están condenadas y un 45% que están bajo prisión preventiva. Decir esto puede causar conmoción, pero lo cierto es que para poder afirmar que la prisión preventiva se usa de manera indebida o excesiva, lo que tenemos que saber es, teniendo en cuenta las investigaciones penales que hay en curso, cuántas prisiones preventivas se solicitan, cuántas se conceden y cuántas se deniegan, y eso lamentablemente hoy no lo sabemos. Lo que sí es cierto es que hay criterios laxos y poco control sobre todo respecto de las instancias de investigación (juzgados de garantías, fiscalías y defensorías). Digamos, se suelen hacer deducciones -sobre la posibilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación- con poco sustento empírico. Esto también tiene que ver con las propias prácticas que se van sedimentando en la institución. La institución te va sugiriendo, te va recomendando qué es lo que conviene y lo que no conviene hacer. Una de las cosas en que la Justicia Penal va informando y educando a las personas que trabajan allí es que la prisión preventiva es mejor pedirla y concederla que denegarla o rechazarla, porque las consecuencias que puede llegar a traer si uno deniega o rechaza esa prisión preventiva, y esa persona comete luego un delito, pueden llegar a ser muy nocivas para el actor judicial.

¿Y qué otras razones pueden movilizar a los actores judiciales a pedir y otorgar una prisión preventiva?

Te puedo mencionar tres elementos. Hay más, pero quizás los más significativos que yo logre detectar son, primero, dos componentes que podríamos ligar: la motivación y el control. El elemento de la motivación es que parece que en el Poder Judicial

hay cierta tendencia a que las personas que allí trabajan se guíen por criterios utilitaristas, o que solo tengan en cuenta sus ventajas personales. En ese sentido, quienes se desempeñan allí en la Justicia Penal pueden creer que en un caso determinado no es lo más aconsejable solicitar y conceder la prisión preventiva, pero teniendo en cuenta que a ellos más les preocupa seguir creciendo en esa institución, terminan cediendo frente a esas demandas (llamémosle “invisibles”) de la institución. Después, de lo que carece la Justicia Penal es de un control, de un monitoreo, de que quienes por ejemplo solicitan o conceden la prisión preventiva de manera irregular tengan algún tipo de consecuencia nociva si lo han hecho así. Esto muy raramente ocurre. Entonces, si uno concede la prisión preventiva aunque no esté bien, no hay consecuencias negativas. Ahora, si se pide la prisión preventiva y no se concede o se excarcela, y algo ocurre como consecuencia de ello, hay efectos negativos para el actor judicial. Y después hay una suerte de, digamos, desencantamiento que parecen mostrar los actores judiciales respecto de la propia institución a la que pertenecen. De sus testimonios surge que la justicia penal en la que hoy trabajan es menos prestigiosa de la que existía cuando ellos comenzaron, por ejemplo hace 15 o 20 años atrás. Este fenómeno ellos lo perciben como resultado, entre otras cosas, de nombramientos mal organizados, por prebendas, por ventajas... que hace que quien llegue a la Justicia Penal no lo haga por capacidad o por sus méritos sino por tener el beneficio o el apoyo de otras personas.

Y esa percepción sobre el desprestigio que viene sufriendo la propia Justicia Penal, ¿Ellos la ligan a algo estructural, a algo que tiene que ver con la propia organización por ejemplo del proceso de designación y remoción de magistrados? ¿O tiene que ver más con prácticas que se fueron desarrollando en los últimos años?

Es una conjunción de cosas. Hay dos grandes posturas. Están quienes sostienen que fue la misma Justicia Penal la que perdió cohesión interna y eso hizo que actores extrajudiciales empezaran a permear y a tener cierta influencia. Y después hay otro conjunto de actores judiciales que dicen que no, que la posibilidad de tener cada vez más gravitación de los medios y de las autoridades políticas ha sido por una reconfiguración de las relaciones

de fuerza en general y que la Justicia no ha podido ponerle coto a ese nuevo equilibrio de poderes, y que eso ha resultado en una merma de poderes de la institución. Creo que los dos elementos deben tenerse en cuenta.

¿Cómo conviven las ansias de una parte significativa de la sociedad por castigar a los potenciales culpables de un delito con las garantías judiciales?

Bueno, en primer lugar hay mucha literatura que se encarga de ver cuál es el punto de partida de la necesidad de castigo de la sociedad respecto de los individuos que trasgreden normas sociales en general y jurídicos-penales en particular. Por lo pronto y para hacer un primer acercamiento, yo tiendo a creer que hay dos movimientos: por un lado el visceral o instintivo de las personas, que es el de buscar condena, sanción, severidad frente a un caso delictivo. Es decir, buscar una pena lo más fuerte posible para aquella persona que está siendo ni siquiera condenada sino señalada como eventual culpable de un delito. Y después, cuando a esas mismas personas o a la comunidad en general se la saca de esa situación de ebullición, muchas veces tiende a ofrecer otros elementos que complejizan o problematizan la situación que dio origen o que motivó el delito (surge la idea de que a la persona que delinquiró se le ha reducido el margen de posibilidades, la idea de que previamente ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales: se le da un contenido social al problema).

¿Qué es la selectividad penal? ¿Hay evidencia empírica que soporte la afirmación de su existencia?

En términos muy sencillos, supone que en la persecución de los distintos tipos penales lo que existe es una sobrerrepresentación de personas de bajos recursos, que son perseguidas, reprimidas y condenadas respecto de otras clases sociales que cometen igual o más cantidad de delitos y sin embargo pueden eludir o evitar los brazos o las manos del sistema penal. Digamos, que no es ecuánime, que no es proporcional la represión de los diferentes tipos de delito. Si uno entra a cualquier prisión de Occidente se va a encontrar con algo así. ¿Cómo se comprueba esto? A través de informes del Servi-

cio Penitenciario. Cuando uno estudia esos informes ve que la mayoría de la gente que ingresa a la cárcel no tiene trabajo, o tiene un trabajo precario, un escaso nivel de instrucción. También la edad: la mayoría de las personas que ingresan son menores de 35 años.

Y esta selectividad, ¿Creés que tiene origen en el accionar de las fuerzas de seguridad al perseguir los delitos, o lo tiene en otro lugar como puede ser en la propia sanción de las leyes o en la misma organización del sistema penal?

Es probable que todo eso que decís incida. Por un lado, las fuerzas policiales con las que contamos están entrenadas y capacitadas para perseguir determinados tipos de delitos y no otros (y no todos), y justamente esos delitos son los que cometen las personas con menores destrezas. Y por otro lado, también es cierto que cuando se han generado cambios en las normas -procesales y de fondo- se ve un cierto sesgo. Pero no querría dejar de decir que el accionar policial no deja de ser convalidado sistemáticamente por la misma Justicia Penal. Es decir, las tareas de investigación que en principio las tenían que desarrollar las fiscalías, las termina haciendo de hecho la policía. Después, hay un montón de razones por las que eso ocurre...

¿Cómo calificarías el estado actual de las cárceles argentinas en general y en la provincia de Buenos Aires en particular?

Yo creo que no son todas las cárceles lo mismo y que además, sobre todo las más grandes, son muchas cárceles hacia su interior. Pero como respuesta general te diría que son muy malas, que no ayudan a que las personas que están allí dentro puedan lograr un compromiso eventual para estudiar, para trabajar... Mas bien favorece a que muchas de las personas que están ahí, y son violentas, se transformen en más violentas. Hay una frase muy conocida que dice que si alguien se reeduca o se resocializa no es "por" la cárcel sino "a pesar" de la cárcel.

Volviendo un poco al tema de la prisión preventiva... Uno podría decir entonces que no sólo se somete a condiciones deplorables de vida a personas condenadas por algún delito sino incluso a aquellas que no han sido halladas culpables de algo aún...

Sí, y eso tiene, además del problema del hacinamiento, una contradicción. Porque teóricamente una persona que está en la cárcel tiene que tener un diagnóstico, un tratamiento, pero para que ese tratamiento se lleve adelante, lo que mínimamente se debe saber es qué delito cometió; y de las personas bajo prisión preventiva ni siquiera se puede hacer eso, porque son inocentes. Están en una especie de limbo, no solo jurídico sino también de la propia institución carcelaria.

**¿Qué se propone la criminología crítica?
¿Con qué corrientes discute y qué discusiones tiene en su interior?**

Se la suele definir como un movimiento dentro del cual hay tres grandes teorías: el minimalismo penal (no es lo mismo pero a veces se lo asocia con el garantismo penal), el realismo de izquierda y el abolicionismo penal. ¿Qué es lo que une estos tres enfoques? Que tienen una mirada no del todo convencida de que la función de la policía, de la justicia penal y de la cárcel sea la que habitualmente se les adjudica (garantizar el orden, asegurar la armonía de la sociedad...) sino que tienen el papel de consolidar un statu quo; que las relaciones actuales que favorecen a algunos y perjudican a otros se mantengan y se naturalicen, se vean como parte de una realidad "ancestral" que no tendría por qué ser discutida. Lo que sucede es que estas tres columnas teóricas tienen presupuestos distintos. Los sintetizo al extremo: el minimalismo penal considera que la respuesta por parte del sistema penal tiene que ser restringida al mínimo indispensable, que eso es también otra discusión (¿cuál es el mínimo indispensable?). El realismo de izquierda plantea que hay que evitar el idealismo de izquierda -que se lo podría asociar con parte del abolicionismo penal- y el conservadurismo de derecha, para discutir el problema del control del delito. Propone pensar en el célebre cuadrado del delito: las relaciones que existen entre el delincuente, la víctima, el Estado y la sociedad (por ejemplo, pensando cómo la sociedad

contribuye a la comisión de delitos -¿la sociedad compra los objetos que los delincuentes obtienen a través del delito?-, o analizando si la relación entre víctima y delincuente se da entre personas de la misma clase social o es interclase). El abolicionismo penal (lo que más me ha interesado) no tiene una sola perspectiva pero podríamos englobarlo en la idea de que el sistema penal es un problema, que no aporta soluciones sino que profundiza las inequidades ya reinantes. En ese sentido, están aquellos que consideran que lo que hay que desmontar es fundamentalmente la cárcel, y están aquellos que sostienen que lo hay que reconfigurar es la manera de gestionar los conflictos y que el sistema penal en general debería dejar de existir, y que se diriman los problemas a partir de otros criterios.

¿Es posible el abolicionismo penal?

Hoy la cárcel se termina volviendo la respuesta única a muchos problemas diferentes. En lo que yo confío es en la posibilidad de que se den debates sobre cuáles son las mejores opciones o herramientas para resolver estos dilemas. Si, por ejemplo, como parte del abolicionismo considera, hay que empezar a definir las cosas de otra manera porque justamente en el vocabulario es donde la lógica penal más se instala; entonces, no hablar de "delito", porque eso ya presupone que hay una víctima y un victimario, sino de "situaciones problemáticas", y ahí ver cuáles son los individuos que han participado, cómo... Son discusiones complejas y procesos largos, en donde además hay que lograr un involucramiento. Es decir, que aquello que supone el problema del castigo empiece a tener más relevancia de la que tiene ahora; que no quede en manos de los expertos. Yo no creo, y además no creo que sea saludable, que esto drásticamente se modifique, pero sí confío y deseo que suceda. Creo que hay que elaborar nuevos lazos que eviten el atajo punitivo, que nos obligue a no ver en la respuesta penal la única respuesta. ¿Eso es factible? Yo creo que sí y creo que es necesario.

**El entrevistado es abogado (UNLP), magister en Criminología (UNL) y Doctor en Cs. Sociales (UNLP). Actualmente se desempeña como investigador asistente del Conicet y docente de Sociología Jurídica en la UNLP. También dicta clases en la maestría de Criminología de la UNL.*

Libertad de expresión: más allá del “libre mercado de las ideas”

Por Tomás Allan



“La mejor ley de medios es la que no existe” esbozó en octubre de 2016 Oscar Aguad, en ese momento ministro de Comunicaciones del actual gobierno, en una entrevista radial brindada al sitio Política Argentina.¹ La afirmación del ministro viene a reflejar una larga tradición en materia de libertad de expresión, que resultó hegemónica en el siglo XIX y gran parte del XX y que hoy podría decirse que se encuentra en tela de juicio.

¿Qué dice esta tradición? En pocas palabras, concibe a la libertad de expresión exclusivamente como *prohibición de censurar*; un mandato que va dirigido a particulares y especialmente al Estado, de manera que se construye una coraza protectora de la autonomía individual. En este sentido, ningún discurso puede ser censurado en función de su contenido, debiendo someterse en todo caso a sanciones posteriores a las personas que expresen discursos que afecten a terceros.

Esta concepción, cristalizada en el artículo 32 de la Constitución argentina de 1853, observa con desconfianza cualquier tipo de regulación estatal sobre los medios de comunicación, fundamentalmente por el miedo a intervenciones que obstaculicen o directamente eliminen ciertas voces por ser “molestas” para el poder de turno. Así, lo mejor en materia de libertad de expresión sería no entrometerse en el “mercado de las ideas”, no distorsionarlo, permitiendo que las ideas más sólidas se impongan en una competencia libre.

¹Ver <https://www.politicargentina.com/notas/201610/17459-oscar-aguad-la-mejor-ley-de-medios-es-la-que-no-existe.html>

Hay un buen motivo para suscribir a esta postura: esa “atadura de manos” que le pedimos al Estado es necesaria para evitar abusos en el ejercicio de su poder. Hay también un buen motivo para tomarla solo parcialmente: es insuficiente. Dicho esto, procuraremos introducir dos nuevas perspectivas – a su vez interrelacionadas– para revisar la forma en que pensamos a la libertad de expresión: una perspectiva igualitaria y otra democrático-deliberativa.

Igualdad como no subordinación de grupos

Una de las premisas sobre las que se apoya el razonamiento que describimos al inicio es que el criterio del mercado para autorregularse es el correcto para decidir cómo se distribuyen los espacios en el mercado de las comunicaciones. Entonces, asumiendo esto, intentemos elaborar un razonamiento a partir de una premisa distinta: el mercado puede generar tantas distorsiones en la estructura social como el Estado. En verdad, el acceso al foro público, lejos de tener entrada libre y gratuita, está sujeto factores económicos y sociales que resultan condicionantes y restrictivos.

En sociedades con desigualdades socioeconómicas profundas, altos niveles de pobreza, grupos discriminados, concentración de riqueza en pocas manos y asimetrías notorias en las capacidades de los distintos grupos sociales para ejercer influencia sobre el diseño de las políticas públicas, la no-intervención del Estado cristaliza esa estructura social injusta.

A la clásica concepción “formal” de la igualdad suele oponérsele una visión “material” (consagrada en la reforma constitucional de 1994 y en varios tratados de derechos humanos) que implica cuanto menos complejizar el rol del Estado. Para los grupos que sufren desigualdad estructural (minorías raciales y étnicas, mujeres, etcétera), que el Estado no los “moleste” es condición necesaria pero no suficiente para que puedan gozar de sus derechos en pie de igualdad con el resto.² De ahí la nece-

² El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional estipula como atributo del Congreso “legislar y pro-

sidad de adoptar *acciones positivas* o de efectuar una *discriminación inversa*. Las políticas de cupo (laboral, electoral, educativo) son formas de contrarrestar una discriminación (desfavorable) que ya se presenta en los hechos, a través de una discriminación (favorable) llevada a cabo por el propio Estado, intentando de esta manera forzar un cambio en la estructura social y revertir esas asimetrías, aumentando a su vez el grado de libertad *real* de los individuos que conforman esos grupos.

Si dejamos de ver a la igualdad meramente como “no discriminación” y pasamos a verla como “no subordinación de grupos”, en palabras de Roberto Saba, debemos asumir nuevos compromisos. Así, podemos abordar el análisis del derecho a la libertad de expresión señalando una dualidad: las obligaciones estatales que este derecho fundamental conlleva son tanto *de no-hacer* como *de hacer*. Las primeras se relacionan con la prohibición de censurar voces. Las segundas, con acciones positivas dirigidas a corregir la desigualdad estructural que sufren algunos grupos para hacerles un espacio en el foro público.

Debate público robusto

Por otro lado, lograr un debate público “abierto, desinhibido y robusto”, que se aproxime al ideal de la democracia deliberativa, exige que los grupos potencialmente afectados por una medida participen de alguna forma del debate que precede a su sanción expresando sus opiniones; exige también pluralidad de voces (que no es lo mismo que pluralidad de propietarios); contraposición de puntos; participación en pie de igualdad; poner toda la información necesaria sobre la mesa y la inclusión de temas que puedan resultar relevantes.

mover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 5, habla de “ajustes razonables” y de “medidas específicas... necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho”; el art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer menciona las “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”; entre otros.

Extremos que no necesariamente se ven cubiertos si le damos exclusividad a los vaivenes de la dinámica del mercado.

Llegados a este punto, alguien podría objetar que nadie le impide a los miembros de esos grupos pararse en una esquina y expresar lo que se les dé la gana. Pero de nuevo: aquí estamos considerando la libertad de expresión no sólo como un fin en sí mismo (argumento de la autorrealización) sino también como un medio: es la forma que tienen los individuos para hacer llegar demandas a sus gobernantes. Y en ese sentido, no basta con que el Estado no moleste a esos individuos mientras se paran en un esquina llevando un cartel con algún mensaje político (o mientras twitteen, por poner un ejemplo versión 2.0), sino que se necesita (a) la apertura de espacios de discusión pública que garanticen lo que el mercado de las comunicaciones no siempre garantiza, más aún en mercados concentrados (representación de intereses diversos, pluralidad de perspectivas, acceso de las minorías, etcétera) y (b) el establecimiento de vías institucionales que canalicen la comunicación de esas demandas con relativa efectividad.³

De hecho, cabe pensar a la protesta social, sobre todo en versiones particulares como los cortes de calle, precisamente como un dispositivo que ciertos sectores encuentran para comunicar demandas que de otra manera no pueden ser comunicadas efectivamente. Piénsese, por ejemplo, en el movimiento de desocupados o en el de trabajadores informales. Estos sectores difícilmente tengan los recursos económicos para hacerse lugar en el mercado comunicacional. Teniendo en cuenta esto y la debilidad de las vías institucionales para hacer llegar demandas, preocupaciones o puntos de vista de manera más o menos inmediata a la clase política, es entendible que recurran a la protesta. De ahí que quepa la hipótesis de que la propia insuficiencia e impotencia

³ Aquí nos enfocamos especialmente en el acceso a los medios masivos de comunicación tradicionales (radio, diarios, televisión), a pesar de que sabemos que los tiempos cambiaron y el impacto de las redes sociales es sumamente relevante, por considerar que siguen manteniendo un rol preponderante en lo que hace a la libertad de expresión y a la dinámica democrática.

del sistema institucional sean algunas de las causas del exceso de tráfico en el ámbito extrainstitucional (las calles).

Ahora bien, no obstante la relación de complementariedad entre ambas narrativas sobre la libertad de expresión que establecimos al principio, se vuelve necesario introducir algunos matices. Como dice Roberto Gargarella:

“Las dos tradiciones examinadas, la del ‘libre mercado de las ideas’ y las del ‘debate público robusto’ son capaces de avanzar de modo conjunto en una enorme diversidad de casos, para dar fortaleza a una doctrina hiperprotectora de las opiniones críticas. Sin embargo, esta feliz coincidencia no nos habla de una superposición de ambas doctrinas, ni de una coexistencia sin conflictos. Más bien, y por el contrario, corresponde decir que esa multitud de coincidencias que las unen se acompaña con una multitud de diferencias que amenazan con tornar a éstas en tradiciones rivales.”

Para la concepción del “debate público robusto”, como la denomina Gargarella, puede ser necesario restringir la libertad de expresión de algunos elementos preeminentes de nuestra sociedad con el objeto de realzar la voz relativa de otros (por ejemplo limitando la fusión de empresas de telecomunicaciones que concentran gran parte del mercado), lo cual implica una regulación poco agradable para la concepción del “libre mercado de las ideas”.⁴

Ahora bien, ¿con qué otras herramientas cuenta el Estado para trasladar estas perspectivas a la práctica concreta -además de políticas de cupos y limitaciones a las concentraciones de mercado? En principio -y esto no tiene por qué ser cerrado- podríamos mencionar dos: medios públicos de comunicación y audiencias públicas (judiciales y parlamentarias). En 2016 y 2017 la Corte Suprema ha convocado a u ordenado la realización de audiencias públicas en temas sumamente relevantes como fueron la suba de tarifas energéticas (con participación de los partidos políticos) y la educación

⁴ Ver el principio n° 12 de la Declaración de principios sobre libertad de expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aquí <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>

religiosa en las escuelas públicas de Salta (con participación de organizaciones sociales, teóricos del Derecho, etcétera).

Por su parte, en 2018 presenciamos una ejemplar discusión en la etapa de debates encomisionados en el seno del Congreso de la Nación, que tuvo como objeto la legalización del aborto, y que además de contar con la participación de más de 700 expositores y expositoras, de suministrar información variada y necesaria y de dar participación a diversos actores sociales que aportaron una muy destacable pluralidad de perspectivas, tuvo la virtud de promover un diálogo amplio en dos sentidos: vertical (gobernantes-gobernados) y horizontal (puso a la sociedad a informarse, argumentar, contraponer puntos y cambiar posturas).

Estado amigo, Estado enemigo, Estado neutro: entre muros y puentes

Los elementos que analizamos imponen una relectura del rol estatal en la materia: pasamos de un Estado “enemigo” a un Estado que puede ser, eventualmente, “amigo”, en donde el derecho a la libertad de expresión deja de ser meramente un muro a la actividad estatal para pasar a exigir la construcción de puentes que faciliten el acceso al foro público y permitan robustecer el debate público. ¿Quiere decir ello que toda intervención es virtuosa? Desde ya que no, pero la declamada neutralidad estatal no es tal y en tanto que la estructura económico-social es desigual e injusta, la no-regulación, como dice Gargarella, implica una toma de partido en favor de los (injustamente) mejor posicionados.

Hay muchas razones para creer que el Estado no sea tan público como aparenta y hasta puede estar controlado por las mismas fuerzas que dominan la estructura social que queremos modificar. Pero, citando al profesor Owen Fiss, “acudimos a él porque es el único medio para corregir la influencia distorsionadora de la estructura social sobre el debate público”. Quizás el mayor o menor éxito se encuentre en la capacidad que tengamos para diseñar fuertes controles democráticos a la intervención del Estado en la materia que tratamos.

Creemos que la libertad de expresión, como precondición de la democracia, merece ser pensada

tanto en su dimensión individual (en tanto forma de autorrealización de las personas) como en su dimensión colectiva (en tanto el propio proceso democrático supone el debate de ideas, la invocación de intereses y la utilización de información para llegar a las mejores decisiones); y en ese sentido consideramos que el Estado puede –y debe– maximizar ambas esferas.⁵

Para finalizar, vale hacer dos aclaraciones: la primera es que no debemos caer en el simplismo de suponer que aquí enfrentamos una disyuntiva entre la propiedad privada y estatal de los medios de comunicación, sino que hablamos de mecanismos que se superponen y se combinan de distintas formas. La segunda es, parafraseando a Carlos Nino, que “esa estructura institucional, cualquiera que ella sea, no tiene un valor intrínseco sino que solo tiene un valor instrumental respecto de la satisfacción de los principios antes examinados”. De este modo, siguiendo al mismo autor, “el valor de una mayor o menor injerencia estatal o de una mayor o menor iniciativa privada depende de probar en qué medida una y otra contribuyen causalmente a expandir la autonomía individual igualitariamente distribuida y hacer más amplio, imparcial y racional el debate colectivo.”

Bibliografía

- Carbonell, M. (2011). El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. En *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* (págs. 87-96). Quito: UNESCO.
- Fiss, O. (2011). Libertad de expresión y estructura social. En *Libertad de expresión: debates, alcances y una nueva agenda* (págs. 63-86). Quito: UNESCO.
- Gargarella, R. (2011). Constitucionalismo y libertad de expresión. En *Libertad de expresión: debates, alcances y una nueva agenda* (págs. 31-63). Quito: UNESCO.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. (2013). La filosofía de una ley de radiodifusión. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 1-11.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI.

⁵ Es necesario resaltar que el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que el derecho a la libertad de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, haciendo eje no solo en el emisor de un mensaje sino también en el receptor.

Actualidad en la jurisprudencia procesal sobre defensa del consumidor en la Provincia de Buenos Aires.

Por Ezequiel Rodrigo Galván

Con la introducción del art. 42 en la última reforma constitucional se impuso en nuestro ordenamiento un subsistema tuitivo del usuario o consumidor por el cual, dada la existencia de una relación de consumo subyacente, se impone la aplicación de esta normativa tuitiva del consumo (tanto sustantivas como procesales) con la finalidad de corregir las asimetrías existentes, asegurar el trato digno y garantizar el acceso a justicia. En este sentido, en el presente trabajo el objetivo es recuperar los fallos recientes novedosos en la materia a fin de difundir estas herramientas y fortalecer la calidad en el acceso a la justicia para los usuarios y consumidores.

I. Cuestiones derivadas del procedimiento administrativo de la ley 13.133.

Dentro de los mecanismos que la normativa tuitiva del consumo implementa para garantizar el acceso a la justicia se encuentra la posibilidad que el usuario o consumidor obtenga la reparación del daño directo en la instancia administrativa, sin tener que exigir judicialmente el reconocimiento de este derecho (art. 40 bis ley 24.240). En este sentido, la norma establece como resguardo que los órganos deben reunir es que la ley que les otorga competencia razonablemente les atribuya esta función reparatoria, que estén dotados de especialidad técnica, independencia e imparcialidad, y que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. (en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ángel Estrada” sent. 05-IV-2005).

a. Competencia en la ejecución del daño directo impuesto por autoridad administrativa. Cámara Civil y Comercial de Necochea “Valencia Santiago Nicolas y otro/a c/ Stewart David Juan s/ cobro ejecutivo” sentencia del 09 de agosto de 2018.

Una de las cuestiones principales es una vez obtenida la condena al proveedor por daño directo, la ejecución de dicha condena. Debe tenerse presente que la misma puede ser impugnada en el fuero contencioso administrativo provincial en tanto que es

un acto administrativo, sin embargo, resulta ser una materia con poco desarrollo y escasa jurisprudencia que se demuestra como una deuda pendiente, motivo por el cual la sentencia en cuestión agrega certidumbre a la hora de conseguir el cumplimiento coactivo de las condenas administrativas¹. En este fallo, la Cámara se pronunció por la competencia del fuero civil y comercial para la ejecución de condenas en daño directo en la instancia administrativa, destacando como presupuestos para retener la competencia en el fuero: 1) la firmeza del acto administrativo (tornándolo ejecutorio); 2) que el daño por el cual se condena encuentra su origen en una relación de consumo regida por el derecho privado y la normativa tuitiva específica en la materia; 3) que no se encontraba discutido en la causa la competencia del órgano, sus alcances, o resulta ser el órgano parte esencial del proceso; 4) que la ley 13.133 referencia a los tribunales civiles y juzgados de paz (cediendo solo ante cuestiones regidas por el derecho administrativo).

b. Inaplicabilidad del pago previo en materia de impugnación de multas (art. 70 ley 13.133). Cámara Contencioso Administrativo de La Plata “Inc Sociedad Anónima c/ Ministerio de Producción – Dirección de Comercio s/ pretensión anulatoria – otros juicios” sentencia del 10 de mayo de 2018.

En el fallo en cuestión, la Cámara contencioso Administrativo de La Plata reafirmó su criterio respecto de la inaplicabilidad de la exigencia de pago previo para la impugnación de sanciones dispuestas por la autoridad administrativa, entendiendo que esta exigencia en una materia de naturaleza penal implicaba una vulneración del derecho constitucional

¹ Asegurar una ejecución sencilla de las condenas administrativas por daño directo permite tanto efectivizar ese derecho subyacente del consumidor en particular (que ya transitó la instancia administrativa en búsqueda de reparación), así como fortalecer este procedimiento como medio de reparación y desmotivar el incumplimiento de estas condenas por parte de los proveedores.

de defensa y juicio previo. En este aspecto, sin perjuicio del acierto en la decisión de la Cámara, el criterio sostenido nos obliga a tener jueces proactivos en el fuero contencioso atento a que, en otro supuesto, los proveedores contarían con la posibilidad de interponer la correspondiente demanda impugnatoria sin dar traslado de la misma, suspendiendo indeterminadamente tanto la sanción como el daño directo reconocido, desvirtuando la efectividad del procedimiento administrativo.

c. Intervención del consumidor en la instancia de impugnación por el proveedor.

Cámara Contencioso Administrativo de Mar del Plata “Banco Itau Argentina S.A. c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ pretensión anulatoria - otros juicios” sentencia del 02 de mayo de 2017.

En consonancia con lo expuesto respecto de la sentencia anterior, se recupera este fallo de la Cámara Contencioso Administrativo de Mar del Plata en el cual, ante la impugnación del banco de un acto administrativo por el cual se condenaba a una sanción y se reconocía daño directo, la Cámara decidió nulificar la totalidad del procedimiento realizado y citar de oficio en calidad de terceros (art. 10 C.C.A.) tanto a los consumidores en doble rol de denunciante (parte en el expediente administrativo) y de acreedores del daño directo reconocido, como al letrado apoderado de los denunciante al cual le regularon honorarios por su actuación administrativa.

La sentencia en cuestión incorpora al consumidor como parte en las actuaciones judiciales por las cuales el proveedor impugna la sentencia y nulifica lo actuado en tanto que perjudica el derecho de defensa del llamado a integrar la litis. De igual modo, el criterio sentado en este fallo por la Cámara contribuye tanto a fortalecer el procedimiento administrativo en sí (al incorporar a un tercero con facultades para defender lo resuelto en ese proceso administrativo)², como también a defender al

² En este sentido, la sanción al proveedor tiene una faz que excede el interés individual en tanto que protege a los usuarios en su conjunto, con una legitimación amplia que puede ostentar el consumidor de ese colectivo en los términos de la ley de defensa del consumidor.

consumidor en tanto que se le reconoce su derecho a participar en las decisiones que le afectan. En este sentido, la nulidad total de lo actuado previo a su citación es una sanción procesal positiva (a nuestro criterio) debido a que asegura la incorporación de esta citación de oficio en la práctica judicial, así como permite el ejercicio de una defensa plena en caso que el citado comparezca al proceso³.

d. Agotamiento de la vía administrativa (jurisprudencia federal).

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata “UNSSJP-PAMI c/ Juzgado de Faltas N° 2. Defensa del Consumidor – Municipalidad de La Plata s/ recurso directo” sentencia del 28 de marzo de 2017.

En el caso en cuestión, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata ante la impugnación del PAMI por una medida preventiva (art. 71-72 ley 13.133) dispuesta por el Juzgado de Faltas N° 2 de La Plata con competencia en materia de consumo, dispuso la incompetencia de dicho órgano, la continuidad de la medida cautelar⁴ y la constitucionalidad del art. 70 de la ley 13.133 respecto que la instancia agota la vía administrativa cuestionada por PAMI. Descontando la continuidad de la medida adoptada (máxime cuando hay un derecho a la salud gravemente comprometido que prima) lo recuperable de la sentencia es el reconocimiento de la constitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa por medio de este procedimiento de la ley 13.133 (incluso frente a materias de competencia federal) en tanto que es compatible con el art. 45 de la ley 24.240 y contempla su control judicial posterior. En este sentido, el fallo no implica una

³ Puede observarse la diferencia del criterio con respecto de la intervención obligatoria del Ministerio Público (art. 27 ley 13.133) en tanto que la misma no acarrea la nulidad de lo actuado, sino una participación que no se encuentra restringida a lo delimitado por la etapa del proceso o los recursos planteados.

⁴ “Cautelar” expresa la sentencia y lo es en tanto que la Cámara es un órgano judicial, en cambio, el Juzgado de Faltas puede disponer “medidas preventivas” cuya naturaleza de cautelar administrativa se manifiesta análoga no son coincidentes en cuanto a requisitos y alcances.

invitación a realizar planteos ante autoridades incompetentes, sino que permite optar (siempre que sea en el marco de una relación de consumo) por este procedimiento de la ley 13.133 en materias que involucren al Estado o exijan agotar una vía administrativa, resultando suficiente para proceder a la instancia judicial.

II. Competencia en juicios promovidos por el consumidor.

Cámara Civil y Comercial Primera, sala II “Zuccari, Marcela Claudia c/ Caja de Seguros S.A. s/ daños y perjuicios – incumplimiento contractual” sentencia del 31 de octubre de 2017.

En el presente fallo, la sala interviniente de la Cámara Civil y Comercial de La Plata se manifestó por la validez de las prórrogas de jurisdicción en el marco de las relaciones de consumo respecto del actor que escoge libremente demandar en los tribunales de esta jurisdicción. En este sentido, la Cámara entiende que la prohibición de prórroga del art. 1109 del código civil y comercial, así como el art. 36 de la ley 24.240 en su redacción actual resulta en la nulidad de la cláusula siempre que el proveedor quiera valerse de ella por estar comprometidas cuestiones de acceso a la justicia⁵, más no cuando es el consumidor al promover demanda optando libremente. De igual modo, la sentencia expresa que prima la interpretación más favorable al consumidor, así como que este no tiene que justificar la conveniencia de la jurisdicción que escoge para litigar, pudiendo hacerlo en cualquiera que escoja siempre que la misma resulte competente, es decir, sea el lugar del consumo, de celebración del contrato, del consumidor, del demandado o del citado en garantía, en una aplicación analógica del art. 36 (según ley 26.993).

⁵ Expresa que la nulidad de estas cláusulas se impone en tanto que evitan la imposición de la prórroga por el proveedor a través del abuso de las asimetrías en la relación de consumo, los contratos de adhesión y las cláusulas predispuestas, así como en las dificultades materiales para el consumidor para ejercer su defensa en la instancia judicial.

III. La falta de traslado oportuno al Ministerio Público.

Cámara Civil y Comercial de Quilmes, sala I “Campostrini Pablo Luciano c/ Autos del Sur S.A. y otro/a s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales” sentencia del 04 de mayo de 2018.

En la sentencia en cuestión, la sala I de la Cámara Civil y Comercial de Quilmes aborda las consecuencias de no haber dado la correspondiente intervención obligatoria al Ministerio Público en los términos del art. 27 de la ley 13.133, rechazando declarar la nulidad de la sentencia y pronunciándose por una nulidad relativa salvada por la posibilidad del Ministerio Público de pronunciarse también respecto de lo cumplido sobre la legalidad o incumplimientos del orden público. En este sentido, la Cámara recuerda que la función de este traslado no es revestir al actor de una representación adicional, sino resguardar el cumplimiento de normas de orden público, con una solución que se impone en la jurisprudencia provincial y evita eventuales declaraciones de nulidad en perjuicio del consumidor, promovidas por proveedores al perder la litis.

IV. La inaplicabilidad de la acción de secuestro (art. 39 ley 12.962).

Cámara Civil y Comercial de Junín “Fiat Crédito Cia Financiera S.A. c/ De Natale Cesar Leandro s/ acción de secuestro (art. 39 ley 12962)” sentencia del 02 de febrero de 2017.

La Cámara de Junín en la sentencia en cuestión se pronunció por la inaplicabilidad del procedimiento contemplado en el art. 39 de la ley 12.962 “acción de secuestro” por el cual una entidad financiera puede en un proceso inaudita parte secuestrar el vehículo prendado y ejecutarlo extrajudicialmente (vedando la participación del actor en el proceso). La Cámara expone que este proceso confronta el principio constitucional de trato digno y equitativo en las relaciones de consumo, así como remite al carácter de orden público de la ley 24.240. En este sentido, se recupera el presente fallo debido a que la acción de secuestro se presenta como el máximo exponente de la asimetría entre proveedores y consumidores, en tanto que ni siquiera se le reconoce al consumidor (parte débil) el derecho ser parte del proceso por el cual se lo ejecuta, así como

la función jurisdiccional como correctora de estas asimetrías.

V. Conclusiones.

Sin perjuicio de la intención de difusión, los fallos en cuestión dejan manifiesta la importancia de una justicia proactiva que analice de oficio la eventual existencia de una relación de consumo, ordene la correspondiente intervención del Ministerio Público y disponga las medidas pertinentes para salvaguardar los derechos tutelados. Por otro lado, se insiste el control de oficio respecto de la existencia de una relación de consumo y el respeto del orden público en tanto que el poder judicial no puede delegar en que el usuario se presente y oponga la misma para proceder a tutelarlos, especialmente cuando quizás ni siquiera tiene el conocimiento del proceso en el cual se discuten cuestiones de su interés (ej. la impugnación de daño directo reconocido en instancia administrativa). En este sentido, el acceso a la justicia en su sentido material importa tanto una aplicación del derecho y una conducta por los operadores de la justicia que contribuya a su plena vigencia, así como que remueva las asimetrías existentes en el marco de las relaciones de consumo y de la normativa sin esta perspectiva tuitiva.

Notas sobre el rechazo de la Corte interamericana a la solicitud de opinión consultiva sobre el juicio político a presidentes/as electos/as constitucional y democráticamente.

Por Ezequiel Rodrigo Galván



Xul Solar-Vuelo Villa

I. Introducción.

El 29 de mayo de 2018 la Corte Interamericana rechazó la solicitud de opinión consultiva¹ formulada por la Comisión Interamericana en octubre de 2017 sobre “Democracia y Derechos Humanos en contextos de juicios políticos”² de modo posterior a la recepción de observaciones escritas³ por entender que la misma representaba el abordaje de un caso contencioso o un prematuro pronunciamiento sobre un tema o asunto que eventualmente podría llegar a la Corte por vía contenciosa, un medio para obtener un pronunciamiento indirecto sobre un asunto o controversia interna, y un intento de utilizar la opinión como instrumento en el debate político

¹ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor_01_18_esp.pdf

² Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_13_10_17_esp.pdf

³ El proceso contempla una instancia “para que los interesados remitan sus observaciones escritas” (art. 73 inc. 2 del Reglamento CoIDH 2009), lo que representa la apertura del proceso a la participación de diferentes voces. Teniendo presente este contacto directo (unilateral) con la Corte, así como la propagación de estos pronunciamientos consultivos en sus pronunciamientos contenciosos y las limitadas oportunidades existentes, la importancia de esta instancia radica en que es la oportunidad para (intentar) orientar el desarrollo de los estándares del sistema interamericano en una materia. Disponibles en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1853

interno, tres motivos que la jurisprudencia de la Corte ha entendido como causal para no expedirse ante la solicitud concreta, sin perjuicio que analice en cada solicitud en concreto la pertinencia de ejercer su función consultiva, así como los límites a la misma (pár. 6 y 7).

En este sentido, la Corte refiere a la existencia de tres peticiones individuales que se encuentran bajo el conocimiento de la Comisión Interamericana: 1) respecto de presuntas violaciones de derechos humanos contra Manuel Zelaya en el contexto de Golpe de Estado en 2008 en Honduras, 2) respecto de presuntas violaciones de derechos humanos contra Fernando Lugo en el contexto del juicio político en su contra en 2012 en Paraguay, 3) respecto de presuntas violaciones de derechos humanos contra Dilma Rousseff en el contexto del impeachment en su contra en 2016 en Brasil, encontrándose en las dos primeras dado el traslado al correspondiente Estado y a la espera del pronunciamiento sobre su admisibilidad (pár.7).

Así mismo, la Corte también “*advierte que la Comisión Interamericana ha planteado como fundamento de sus preguntas hipótesis y situaciones concretas que denotan el carácter inductivo del razonamiento con el que se formularon las preguntas.*” (pár. 12) respecto de lo que entiende como “*posibles supuestos de desnaturalización de la figura del juicio político*” que resulten en “*golpes parlamentarios*” (pár. 13) lo que a su criterio confronta la finalidad de la función consultiva que es clarificar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales de derechos humanos y no resolver cuestiones de hecho. Por otro lado, también encuentra inconveniente expedirse atento la pluralidad de definiciones de “juicio político” o “impeachment” en la región, difiriendo la naturaleza jurídica del proceso, del órgano que decide y del diseño institucional, entendiendo “*Estos diseños en muchas ocasiones son productos históricos, que responden a las necesidades y a la experiencia constitucional de cada sociedad y ameritan un análisis detallado y contextualizado para determinar su compatibilidad con la Convención Americana, lo que solo podría rea-*

lizarse en el marco de un caso contencioso.” (pár. 17), difiriendo su pronunciamiento respecto de los extremos que en la solicitud le son planteados a la oportunidad en la que ejerza su jurisdicción contenciosa (pár. 18). Finalmente, concurre con el rechazo el voto disidente del juez Patricio Pazmiño Freire que se pronuncia por la admisibilidad de la opinión, entendiendo la misma oportuna y procedente.

El objetivo del presente escrito no es condenar el rechazo de la Corte o justificar su decisión, especialmente al tener presente que es un órgano internacional que debe sostener coherencia con los instrumentos que delimitan su competencia, así como con su jurisprudencia por la cual auto-definió (ampliando) los alcances de la misma, a los fines de salvaguardar la legitimidad de sus decisiones, así como por criterios de oportunidad que pueden haber tenido sus integrantes al no querer auto-limitarse con una pronunciamiento abstracto ante la posibilidad de futuros casos contenciosos⁴. Sin embargo, la presente solicitud y la sustanciación de las observaciones expusieron la necesidad de profundizar sobre la relación de derechos humanos y democracia, garantías judiciales en el marco de los derechos políticos y la existencia de una dimensión colectiva subyacente en el ejercicio de una investidura presidencial electa constitucional y democráticamente, ante lo cual se deja planteadas cuestiones a tener presente.

II. La solicitud de opinión consultivas.

La importancia de una solicitud de opinión consultiva radica en el carácter restringido de legitimados para solicitarlas, limitándose a los órganos de la OEA en relación a su mandato y a los Estados Parte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como por la posibilidad de obtener un pronunciamiento abstracto, es decir, no condicionado a las limitaciones fácticas del caso, con un alcance único dentro del derecho internacional contemporáneo (opinión consultiva n° 7 pár. 43). Teniendo presente la importancia de estas solicitudes,

⁴ En este sentido puede observarse en la jurisprudencia de la Corte una coherencia entre los pronunciamientos consultivos y los pronunciamientos contenciosos de los que deriva el carácter vinculante de la decisión consultiva por un sentido práctico.

las preguntas que se abordaron en la presente y las cuales se difirió su abordaje a la instancia contenciosa son las siguientes:

Parte A: Generales.

1. A la luz de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables ¿Cómo se manifiesta la relación entre el sistema democrático y la vigencia plena de los derechos humanos?

2. ¿Cuál es la relación entre la convención americana sobre derechos humanos, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la carta democrática interamericana?

3. ¿Constituye la Carta Democrática Interamericana -y en qué medida- un instrumento para apoyar la interpretación y aplicación de la Convención sobre derechos Humanos y de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en casos concretos en los que se aleguen violaciones de derechos humanos en contextos de fragilidad o ruptura de la institucionalidad democrática?

Parte B: Sobre juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as.

1. ¿Cuáles garantías específicas del debido proceso previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre resultan exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el poder legislativo contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as?

2. ¿De qué manera aplica el derecho a la protección judicial previsto en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as?⁵

⁵ Desagregando en (2.1.) si el art. 25 exige y con que alcance el control judicial sobre el procedimiento ante un juicio político por el Poder Legislativo;

3. ¿De qué manera aplica el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as?

4. ¿Exige el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que existan causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activar juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as?

5. A la luz del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ¿de qué naturaleza deben ser las causales que fundamenten un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as? ¿Se trata de causales relacionadas con la responsabilidad política, disciplinaria o de otra naturaleza?

6. ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as, ser violatorio de los derechos políticos de la persona enjuiciada a la luz del Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

7. ¿En qué supuestos podría un juicio político realizado por el Poder Legislativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as, ser violatorio, desde una dimensión colectiva, de los derechos políticos de las personas que votaron por la persona enjuiciada a la luz del Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre?

8. ¿Qué salvaguardas deben existir, tanto en la regulación como en la práctica, para prevenir el uso de juicios políticos realizados por el Poder Legis-

(2.2.) sobre el resultado del juicio en los términos del 2.1.; (2.3.) respecto de cómo implementar los anteriores sin violentar la separación de poderes.

lativo contra Presidentes/as democrática y constitucionalmente electos/as, como forma de golpe de Estado encubierto?

III. Comentario.

Como se puede observar, la solicitud de la Opinión Consultiva contenía preguntas de carácter general y otras de carácter específico, permitiendo que la Corte pudiera escoger respecto de cuales se pronunciaba⁶ u orientaba su respuesta, planteando la temática en términos mas sofisticados que los de la solicitud del 2016⁷ del secretario general de la OEA, sin embargo, la Corte optó por el rechazo de la solicitud en todo.

La temática abordada representa un elemento potente dentro del sistema interamericano debido a que el orden democrático es concebido como un valor transversal al respeto y garantía de los derechos humanos como del propio estado de derecho. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sostenido de modo constante este principio democrático rector (opinión consultiva n° 5 pár. 44; “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” serie C.184 pár. 142; entre otros), ante lo cual el abordaje del juicio político a un presidente/a democrática y constitucionalmente electo/a reclama su cuidado debido a que la propia Corte reconoce la vigencia del sistema democrático como un límite infranqueable no pasible de suspensión (opinión consultiva n° 8 pár. 20).

Por otro lado, si bien la Corte tiene estándares en materia de juicios políticos, y garantías judiciales (ej. “Caso del Tribunal Constitucional vs, Perú” serie C.71 pár. 71), de aplicación de garantías mínimas a las decisiones que afecten derechos políticos (“Caso Yatama vs. Nicaragua” serie C.127 pár. 150) y sobre la prohibición de suspender los derechos políticos y sus garantías (opinión consultiva n° 8 pár. 23), la presente opinión se presentaba como una oportunidad para que la Corte profundice sobre

⁶ La Corte puede analizar como interpreta las preguntas y con que alcance a los fines de no exceder su competencia consultiva, ejemplo de este ejercicio es la Opinión Consultiva N° 7 pár. 13 a 15.

⁷ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitud/sor_23_06_16_esp.pdf

los estándares en la materia, el rol del poder judicial en el marco de los juicios políticos, la legitimidad democrática del órgano que juzga una persona electa constitucional y democráticamente para ejercer la investidura presidencial, así como respecto de la existencia garantías específicas en este contexto tanto en una dimensión individual (persona que ejerce el cargo) como en una dimensión colectiva (sociedad).

La solicitud sostiene que la elección de un/a presidente/a democráticamente dentro del marco constitucional representa un ejercicio de derecho políticos en los términos del art. 23 de la Convención no solo de la persona electa, sino de la sociedad en su conjunto, como ya ha reconocido la Corte en el caso “Yatama” (cit. pár. 197). En este sentido, siendo que el sistema democrático representativo constituye un pilar del estado de derecho en los términos que el sistema interamericano lo concibe, el ejercicio del derecho de las personas tanto a ser elegidas como a votar representa una manifestación tanto individual como colectiva de derechos, es decir, que el producto de este proceso democrático (persona electa) es, en consecuencia, la representación de una manifestación colectiva de derechos. Así mismo, (a nuestro criterio) entender la elección de una persona para la investidura presidencial como una manifestación del ejercicio colectivo de derechos implica entender que su desempeño en el cargo constituye una proyección de los derechos ejercidos, es decir, el derecho a votar representantes en el orden democrático no se encuentra restringido al momento de votar, sino a que la elección colectiva se proyecte en el tiempo dentro de los parámetros constitucionales.

En esta línea, si bien la Corte no tiene desarrollado de igual manera la dimensión colectiva de los derechos reconocidos, especialmente en materia de derechos políticos, hay antecedentes reconociendo esta dimensión y su vinculación con la preservación del orden democrático (“Caso Kimel vs. Argentina” serie C.177 pár. 53; “Caso Fontevecchia y D’amico vs. Argentina” serie C.238 pár. 44 y 94; opinión consultiva n° 5 pár. 75; entre otros) generalmente vinculado al art. 13 de la Convención. Sin embargo, el principal conflicto con que la Corte difiera su pronunciamiento en la materia al ejercicio de su competencia contenciosa radica en que esta

decisión compromete el desarrollo de estándares respecto de la dimensión colectiva, así como de las garantías específicas para la tutela de las mismas, en tanto que los criterios de la competencia contenciosa restringen el análisis de la Corte a los hechos y las “víctimas” del caso, comprometiendo el abordaje de la dimensión colectiva o la calidad de la respuesta en este aspecto.

Finalmente, si bien la Corte Interamericana ha considerado (en su mayoría) optar por rechazo total de la presente solicitud de opinión consultiva, ha quedado manifiesta la necesidad de que la Corte profundice sobre el concepto de democracia y sus alcances dentro del sistema interamericano, ahora en un contexto donde las afectaciones al orden democrático y al pleno ejercicio de los derechos humanos se presentan de modo más sutil frente a la brutalidad en las expresiones autoritarias que el sistema debió abordar en sus inicios. Por otro lado, si bien la negativa de la Corte prolonga en el tiempo de modo sustancial las posibilidades de obtener un pronunciamiento en la materia (en años), el alcance del futuro decisorio (en lo individual y especialmente en lo colectivo) ahora depende tanto de la voluntad de la Comisión y la Corte como de la capacidad e inteligencia de los actores en los procesos contenciosos al plantear los casos.

Taller de violencia de género en contexto de encierro

POR Roberto Alfredo Conti*

“Hay criminales que proclaman tan campantes ‘la maté porque era mía’, así no más, como si fuera cosa de sentido común y justo de toda justicia y derecho de propiedad privada, que hace al hombre dueño de la mujer. pero ninguno, ninguno, ni el más macho de los supermachos tiene la valentía de confesar ‘la maté por miedo’, porque al fin y al cabo el miedo de la mujer a la violencia del hombre es el espejo del miedo del hombre a la mujer sin miedo”

Eduardo Galeano

Considero oportuno expresar en estas líneas la tarea llevada a cabo desde otra mirada desde la sensibilización en violencia de género, siendo replicador en la temática y habiendo visitado cárceles de la Provincia de Buenos Aires, es que advertí la necesidad de tratar la erradicación de la violencia de género en contexto de encierro dentro del ámbito carcelario, donde se encuentran innumerables situaciones de violencia -tanto dentro de las unidades penitenciarias como de las familias de las personas allí alojadas- y donde ‘los años pasan lento’, tal como se titula el escrito de Juan Ruiz incorporado en el libro ‘Ni una menos en el Pabellón 4, años que pasan lento dentro de una Unidad Carcelaria como dentro de un hogar donde se ejerce este tipo de violencia.

Violencia que no solo es de género, sino también es convertida en violencia familiar, y desde ese seno se multiplican y replican estas acciones de tinte machista a raíz de una sociedad patriarcal.

Es que para lograr evitar dicha circunstancia y siguiendo el régimen tratamental penitenciario, para lograr una mejor reinserción social, resulta necesario que se lleven a cabo los adecuados dispositivos para erradicar dicha violencia en el contexto intrafamiliar por intermedio del correspondiente equipo psicológico, pudiéndose llevar a cabo asimismo para poder reforzar su eficacia, mediante la creación de un gabinete de violencia de género, que específicamente se ocupe de aquella tarea.

Tal como lo relaté en el prólogo del mencionado libro, fue a mediados del año 2016 cuando conocí a Alberto a través de un colega y en esa oportunidad me enteré de la existencia de la editorial que funcionaba dentro del Pabellón 4, de la Unidad Carcelaria N° 23 de Florencio Varela y de las clases de filosofía, literatura y boxeo -como disciplina- que Alberto y Carlos Mena les impartían a los alojados en el mencionado pabellón. Tanto me interesó el proyecto, que allí mismo coordinamos para que vaya a hablarles a los pibes sobre violencia de género.

Un tiempo después, me encontraba dentro del pabellón reflexionando con los autores de la editorial, sobre toda la complejidad y trasfondo sociocultural que hay detrás de la violencia de género, abarcando tanto la violencia física, psicológica, sexual, simbólica y económica; como también así sus modalidades. La experiencia fue muy satisfactoria para todos, convirtiéndose ello en los días siguientes, tema de conversación en el pabellón entre los chicos.

Durante los diversos encuentros tratamos también el tema desde un punto de vista jurídico con una perspectiva en Derechos Humanos focalizada en el ámbito internacional, ejemplificando el funcionamiento y contenido de los diversos instrumentos internacionales los cuales forman parte de nuestro derecho interno en virtud de la manda constitucional. Dichas normas internacionales, fueron incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico interno por intermedio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en año 1994, se les dio Jerarquía Constitución a los tratados internacionales que la Argentina ratifique.

La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, del año 1981, en su artículo 12.1, reza: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.*”; artículo 16.1 “*Los Estados Partes adoptarán todas las me-*

didadas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres..., e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

La Convención de Belém do Pará (incorporada por ley n° 24.632 – 9/4/96) dispone que *“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento... psicológico a la mujer”* (artículo 1); que tal violencia puede tener lugar *“dentro de cualquier relación interpersonal..., sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio..., comprende... maltrato”* (artículo 2), que todas las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia (artículo 3), *“a que se respete su integridad física, psíquica y moral”* (artículo 4); *“a ser valorada... libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”* (artículo 6.b); que los estados partes y entre ellos la República Argentina expresamente se comprometieron a *“actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar” conductas de dicha especie y particularmente a “adoptar medidas... para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida..., de cualquier forma que atente contra su integridad”* (artículo 7, incisos b y d); que se *“tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de una situación socioeconómica desfavorable”* (artículo 9); y que nada de lo aquí mencionado debe *“ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones, garantías... y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer”* (artículo 13).

Consecuentemente con ello, la Argentina sancionó la ley numero 26.485 (14/4/09), la cual estipula: a *“una vida sin violencia”*; las *“condiciones... para... prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia”*; y la *“remoción de patrones sociocul-*

turales que... sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder” (artículo 2, inc. b, c y e); que se garantizan todos los derechos reconocidos por la CEDAW, la Convención de Belem do Pará y la Convención de Derechos del Niño, especialmente, en cuanto a su *“integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial”* (artículo 3.c);

Para la ley Argentina se entiende como *“violencia contra las mujeres a toda conducta, acción u omisión, que..., basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica... o su seguridad personal”* (artículo 4).

Mediante sus cuentos y siguiendo esta línea los escritores de la editorial, bajo la guía de Alberto Sarlo y Carlos Mena, nos hacen atravesar y adentrarnos en otras realidades, contándonos algunas de sus experiencias. Tal como se vislumbra en este fragmento del relato perteneciente al escritor Javier Uthurburu, el cual dice así *“[...] La hacía sentirse la peor de todas las mujeres, hiriéndola en lo más profundo de su ser, con todo tipo de insultos: hija de puta, puta de mierda, la concha de tu madre, chupa pija. Degradándola por completo con esas palabras, que más que palabras eran cuchillos clavándose en su carne y desgarrando su piel [...]”*.

*Juez del Tribunal en lo Criminal número 7 del Departamento Judicial Lomas de Zamora. Integrante del FOJUDE



Los 10 puntos más relevantes de la legislación nacional en el 2018

Bienvenidos a la sección de Palabras del Derecho en Fojude Digital. A continuación efectuaremos un repaso por las leyes, decretos y resoluciones que generaron más impacto en la agenda política y judicial.

El 2018 fue un año con poca actividad en el Congreso de la Nación. Sin embargo, hubo importantes definiciones en materia legislativa que causaron gran repercusión en la agenda mediática, política y judicial.

Sin dudas uno de los hechos sobresalientes estuvo signado por el debate del proyecto para la Interrupción Legal del Embarazo por primera vez en la Cámara de Diputados. Si bien allí obtuvo media sanción, no fue aprobado por la Cámara de Senadores. No obstante, su arduo tratamiento generó una notable repercusión en la opinión pública y sirvió como impulso para que vuelva a presentarse en el 2019.

Por otra parte, el Boletín Oficial en el 2018 estuvo cargado de sorpresas. Más allá de la cantidad de leyes promulgadas y las designaciones y renuncias de funcionarios, el Gobierno tomó definiciones con alto impacto a nivel político, económico y social a través de Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) y resoluciones administrativas.

Si bien algunas cuestiones pasaron desapercibidas, otras dieron inicio a contiendas judiciales que aún están pendientes de resolución. A continuación, un repaso de los aspectos legislativos más relevantes del 2018:

1) “Mega DNU” y modificaciones en la estructura del Estado

En el marco de su acuerdo con el FMI para achi-car el gasto público, el Gobierno realizó varias modificaciones destinadas a reducir la Administración Pública.

En principio, en enero dictó el DNU N° 27/2018 mediante el cual se realizó una reforma de la legislación para simplificar y desburocratizar el Estado. La norma se conoció como “el mega DNU” y agrupó 170 medidas en 22 capítulos en las áreas de gestión de ocho ministerios. Estas introducían unas 140 modificaciones en leyes o decretos y derogan otras 19.

Uno de los aspectos a destacar es que a través de dicho DNU se le permitía al Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) disponer de los ahorros de la ANSES. El arco político criticó con dureza la norma al considerar que avasallaba las atribuciones del Congreso de la Nación, afectando la división de poderes. Incluso, se presentaron acciones judiciales para que se declare su inconstitucionalidad.

Finalmente, la norma fue derogada y se dictaron tres leyes en su reemplazo destinadas a la simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación: Ley N° 27.444, Ley 27.445, Ley 27.446. Luego, el Gobierno introdujo más cambios en la estructura del Estado, a través del Decreto 95/2018 y el 801/2018 que redujo la cantidad de ministerios.

2) Se prohibió la contratación de familiares de funcionarios en el sector público nacional

A través del Decreto 93/2018 el Poder Ejecutivo estableció que no podrán efectuarse designaciones de personas en todo el Sector Público Nacional que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado con el Presidente y vicepresidente de la Nación, jefe de Gabinete de ministros, ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de ministro. También se determinó que los familiares de los funcionarios que estén alcanzados por la prohibición debían dejar su cargo antes del 28 de febrero de 2018.

3) Cambios en el Sistema Previsional

En 2018 hubo modificaciones que afectaron seriamente a los beneficiarios de la Seguridad Social. A través del Decreto 110/2018 el Gobierno reglamentó la Ley de Reforma Previsional y una cláusula de la Ley de Reparación Histórica, sancionadas

en 2017. Allí se estableció el índice para calcular actualización de las jubilaciones.

Otro de los importantes cambios en materia previsional se configuró a través de la Resolución Conjunta AFIP-ANSES N°4222/2018 sancionada en marzo, mediante la cual se reglamentaron los artículos 20, 21, 22 y 23 de la Ley de Reparación Histórica. Allí se introdujo la aplicación de una evaluación socioeconómica a quienes soliciten acceder al régimen moratorio de la Ley 24.476 que permitía regularizar los aportes adeudados desde los 18 años de edad hasta septiembre de 1993. Este requisito no había sido previsto por el legislador y actúa como obstáculo para todos aquellos que necesiten adherirse a un régimen moratorio para acceder a una jubilación ordinaria.

A partir de esa dificultad, muchas personas solo pueden acudir a la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM) que equivale al 80% de una jubilación mínima y no da derecho a pensión.

4) Tarifas: el Congreso sancionó la Ley de Emergencia Tarifaria, el Presidente la vetó y se dispuso la posibilidad de pagar la factura de gas en cuotas

La iniciativa sancionada por el Poder Legislativo disponía que las tarifas no podían subir más que los salarios. Obtuvo 37 votos afirmativos contra 30 negativos en la Cámara Alta y se convirtió en ley. De inmediato, Mauricio Macri vetó la norma a través del Decreto 499/2018 y entre algunos de sus argumentos sostuvo que era demasiado grande el costo fiscal que suponía retrotraer los precios.

Los fuertes incrementos tarifarios y la quita de subsidios en los servicios públicos motivó un gran caudal de presentaciones judiciales en todo el país. En consecuencia, el Poder Ejecutivo elaboró una estrategia judicial para que todas las causas tramiten en la Justicia Federal de Capital.

Incluso, a través de la Resolución 97/2018 del Ente Nacional Regulador de Gas se habilitó la posibilidad de pagar este servicio en cuotas durante el período invernal.

El conflicto se acentuó aún más a raíz de la polémica Resolución 20/2018 de la Secretaría de Energía, firmada por el entonces funcionario Javier Iguacel, que establecía que los usuarios compensarían en 24 cuotas a las empresas productoras de gas por las pérdidas causadas por la devaluación. Finalmente, el Gobierno dio marcha atrás y decidió que sería el propio Estado el que llevaría adelante ese pago.

5) Ley Brisa

La Ley N° 27.452, conocida como Ley Brisa, fue sancionada por el Congreso de la Nación por unanimidad y establece un régimen de reparación para niñas, niños y adolescentes, menores de 21 años y personas con discapacidad cuando cualquiera de sus progenitores y/o progenitores afines haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género.

Se trata de una reparación económica que debe ser abonada por el Estado Nacional mensualmente, por un valor equivalente a un haber jubilatorio mínimo, inembargable y retroactiva al momento de cometerse el delito, aunque el mismo se hubiera cometido con anterioridad a la sanción de la misma.

6) Ley Justina para la donación de órganos

La ley N° 27.447 lleva el nombre de Justicia Lo Cane, una niña de 12 años que falleció el 22 de noviembre del 2017 a la espera de un trasplante de corazón. Durante su internación llevó adelante junto a su familia una intensa campaña de concientización sobre la donación de órganos.

En consecuencia, el Poder Legislativo de la Nación estableció la presunción de condición de donante a toda persona mayor de 18 años, otorgando la facultad de manifestar su voluntad negativa a la donación de los órganos y tejidos de su propio cuerpo, restringir voluntad afirmativa de donación a determinados órganos y tejidos o condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa a alguno de los fines previstos en la ley.

7) Se modificó el Código Procesal Penal Federal

A través de la Ley N°27.482 se modificó el Código Procesal de la Nación, cuya denominación pasó a ser reemplazada por la de “Código Procesal Penal Federal”. La reforma estuvo orientada a garantizar la celeridad procesal y que los pronunciamientos se obtengan en plazos razonables. Asimismo, buscó modernizar los mecanismos de persecución penal de los delitos federales a través de la incorporación de herramientas para la investigación de ilícitos complejos como el narcotráfico, hechos de corrupción, trata de personas y crimen organizado.

8) Se creó el programa para regularizar las tierras de villas y asentamientos

La Ley N° 27.453 creó un programa para la urbanización de dominios de villas y barrios de emergencia de todo el país. La norma prevé la declaración de interés público y sujeto a expropiación de los predios con barrios de emergencia que constan en el Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP), elaborado por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

9) “Ley de leyes”: se aprobó el Presupuesto 2019

Por 45 votos a favor, 24 en contra y una abstención, la Cámara de Senadores convirtió en Ley el Presupuesto 2019. El proyecto fue elaborado contemplando las exigencias del acuerdo que Argentina firmó con el FMI. El presupuesto calcula que la inflación interanual será de 23%. Si bien algunos legisladores criticaron la propuesta por el ajuste en el gasto público que contempla, de todas maneras votaron a favor.

10) Ley Micaela para capacitar en perspectiva de género a los tres poderes del Estado

La normativa lleva el nombre de Micaela García, una joven de 21 años que fue violada y asesinada en Gualeguaychú en abril de 2017. Tiene como objeto capacitar y sensibilizar en perspectiva de género a quienes integran los diferentes estamentos del Estado a los fines de dar cumplimiento a un deber que asumió el país al firmar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Belém do Pará”).

Estos somos, iconocenos!



Román De Antoni

Abogado (UNLP). Magíster en DDHH (CIEP-UNSAM) y Maestrandeando en Derecho Penal (UDESA). Ex becario de la Comisión Fulbright Argentina y pasante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA). Docente adscripto a la Cátedra I de Derecho Procesal I (FCJyS – UNLP). Docente y coordinador del proyecto “Pibes Escritores” en diversos institutos de menores de la ciudad de La Plata. Miembro del Fojude y APP. Actualmente trabaja como letrado en la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Contacto: Romandeantoni@hotmail.com



Mariela Fava

Estudiante de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Integrante del Programa de Educación en Contexto de Encierro de la UNLP, desarrollando tareas de apoyo en el Centro de Estudiantes “Ana Goitia de Cafiero” de la Unidad Penitenciaria n°1 de Lisandro Olmos.



Mauro Ignacio Maceri

De amores mayoritariamente no correspondidos con el campo jurídico, suele buscar apoyo en la historia, filosofía y la sociología. De ahí que se expliquen sus crisis...o mejor dicho, el vínculo se vuelva esencialmente crítico -si pretende ser sincero-. Melómano incurable, lector hosco pero obstinado, exige a la realidad circundante manifestaciones poéticas. Cursa actualmente el último año de la carrera de abogacía en la facultad de Cs Jurídicas y Sociales de la Unlp.



Aime Silva

Abogada especializada en Derecho Penal UBA, Maestranda en Políticas públicas y Gobierno UNLA y funcionaria judicial.



Daiana Cortazar:

Abogada Independiente.
Socia en Estudio Cortazar-Cortazar&Asoc.



Roberto Alfredo Conti

Abogado, Juez del Tribunal en lo Criminal número 7 del Departamento Judicial Lomas de Zamora. Docente de grado y posgrado



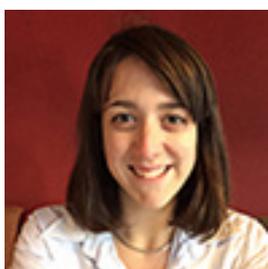
Ezequiel Rodrigo Galván

Abogado (UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (IDH-UNLP). Diplomado en D.E.S.C. (UM). Ex miembro del Instituto de Derechos del Consumidor (CALP) y de las Clínicas Jurídicas en Derechos Humanos (UNLP). Miembro del Instituto de Derecho Comercial (CALP). mail ezequielgalvan@gmail.com



Luisana Mancipe

venezolana, Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, con especialización en el Ejercicio de la Función Fiscal de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público. Experiencia laboral en tribunales penales del Área Metropolitana de Caracas y en el Ministerio Público. Docente de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Escuela Nacional de Fiscales. Residiendo actualmente en Argentina.



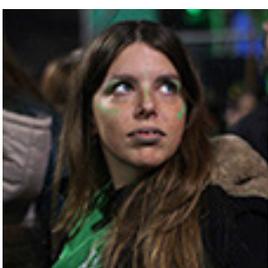
Stefanía Alba Nájera

Abogada (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Maestría en Comunicación y Criminología Mediática (Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP). Docente adscripta en asignatura Derecho Penal I Cátedra I y colaboradora en asignatura Prácticas Penales (FCJyS, UNLP). Formada en Derecho Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos.



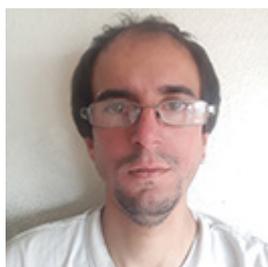
Tomás Allan

Tengo 22 años y soy estudiante de Abogacía en la Universidad Nacional de La Plata. Escribí artículos de opinión sobre política y derecho en La Vanguardia Digital, La Tinta y Revista Bordes, y junto a un grupo de estudiantes de otras carreras de ciencias sociales fundamos, gestionamos y editamos la revista digital Segunda Vuelta.



Yael Zygielman Tale

Abogada. Curiosa. Sensible. Buscando respuestas. Cursando especialización en derecho penal en la UBA. Adscripta a la materia Derecho Penal 1, cátedra 1 en la UNLP.



Ezequiel Marcelo Raffino

Estudié Diseño en Comunicación Visual en la Universidad Nacional de La Plata. Dedicándome a ayudar, proyectar, comunicar y transmitir visualmente mensajes específicos, con objetivos determinados.

Diseñador en Palabras del derecho, LQD Soluciones Graficas.

Raffinoezequiel@gmail.com

REVISTA FOJUDE DIGITAL

El Foro para la Justicia Democrática es un espacio pluralista de debate y reflexión cuyo fin es consolidar una justicia democrática, abordando problemáticas sociales y prácticas institucionales vinculadas con derechos y garantías constitucionales, desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Foro para la Justicia Democrática - FOJUDE -

Presidente

Mario Coriolano

Vicepresidenta 1º

Graciela Cortazar

Vicepresidenta 2º

Marisa Salvo



FOJUDE

Foro para la Justicia Democrática