

# CULTURA E IDEOLOGIA DE LA JURISDICCION.

## Legitimación del activismo judicial en Sede Penal.

---

### 1. INTRODUCCION.

En el presente trabajo pretendemos:

**a. *definir qué modelo de juez debe proponerse en el esquema jurídico actual.*** Dicho en otros términos, procuraremos instalar algunos interrogantes y desafíos que permitan reabrir la discusión en torno a qué debe exigirse a la función judicial en un Estado constitucional y democrático de derecho, especialmente a partir de algunas decisiones de la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que implican un cambio de paradigma en la concepción de la actividad de los jueces. El enfoque se centralizará en la situación Argentina en general y en la Provincia de Buenos Aires en particular.

**b. *analizar los ámbitos de injerencia del denominado activismo judicial,*** definiendo sus alcances y perspectivas, procurando trazar un correlato entre la forma proactiva en que se formulan ciertas acciones judiciales colectivas en reclamo de derechos económicos, sociales y culturales con la posibilidad de trasladar esos litigios al ámbito penal.

**c. *revisar qué herramientas tienen a su alcance los jueces penales*** para *no sólo evitar una mayor exclusión* de los oprimidos mediante su criminalización en casos injustificados, *sino además buscar alternativas de integración al medio social.*

En este aspecto, habremos de escindir el análisis en función de la actuación de los jueces penales ante (a) procesos iniciados por la presunta comisión de delitos por los particulares (b) acciones judiciales específicas orientadas a modificar políticas de seguridad o penitenciarias.

En forma previa a iniciar nuestro trabajo, debemos recordar un concepto clave para la comprensión de la terminología que habremos de emplear: en la forma del Estado de derecho, la función jurisdiccional se distingue de la noción del

Poder Judicial, en cuanto la primera supone un conjunto de actividades y la segunda un complejo de sujetos<sup>1</sup> .-

## 2. CULTURA DE LA JURISDICCION.

2.1. Enseña Bergalli que ha sido a partir de la Revolución Francesa que tomó cuerpo institucional la fórmula de la **separación tripartita de los poderes** a través de los cuales tiene vigencia el régimen constitucional de gobierno, de modo que lo que se conoce como «Estado de Derecho» exalta a la justicia como uno de esos tres poderes que aseguran al ciudadano la protección de sus derechos<sup>2</sup>.

Ahora bien, el recorrido histórico que puede trazarse sobre los alcances de esta división de funciones, evidencia claros en la vinculación intrapoderes, con relación de sujeción y dominación del Poder Judicial a los otros dos órganos de gobierno.

De hecho, la propia redefinición de las acciones y funciones de los integrantes de la jurisdicción, ha sido analizada desde diferentes perspectivas, las que obedecen a una propia cosmovisión del ejercicio del poder en ese esquema tripartito.

2.2. Una posición es la enarbolada por Montesquieu, quién concibió a los jueces como **meros repetidores del contenido escrito de la ley**: “*los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*”<sup>3</sup> .

De ahí, el *relevante papel cumplido por la codificación*, con la pretensión de elaborar un *sistema monolítico*, desprovisto de lagunas o ambigüedades, que resulte vinculante para los jueces. En ésta línea se enmarca el nacimiento del

---

<sup>1</sup> Pizzorusso, A. 1982. L'organizzazione della giustizia in Italia. IM magistratura nel sistema politico e istituzionale 1982, Torino: Istituzioni italiane 6-Einaudi. Citado por Roberto Bergalli, *Sistema Penal y Problemas Sociales*, p. 335, tirant lo blanch, Valencia, 2003.

<sup>2</sup> Bergalli, Roberto, *La instancia judicial*, en *Pensamiento Criminológico II*, (Bergalli – Bustos Ramírez coordinadores), p. 74, Temis, Colombia, 1983. El artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano establecía: “La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, carece de constitución”.

<sup>3</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, p.108 (trad. N. Estévez) libro XI, cap.VI. México D. F.: Porrúa (13a. ed.).

recurso de casación, cuyo único objetivo era preservar, hasta la exageración, el texto de la norma.

En este punto, diversos estudios han remarcado la tradición fuertemente positivista del abogado latinoamericano, que aún se transmite y reproduce en la currícula escolar universitaria, incluso mediante el estudio de materias preferentemente codificadas, lo que confluente para dar marco a la omnipotencia de la ley, que, como anota Lila García, en el intento por desinfectar el derecho del poder, ahoga el derecho con el Derecho y convierte, en muchas ocasiones, el principio de “todo lo que no está prohibido está permitido” en “todo lo que no está reglado... no existe”<sup>4</sup>.

De la mano de ésta ideología, que eleva a la categoría divina el fetichismo por la ley, se inscribe la conocida frase “lo que no está en el expediente no está en el mundo”, cuya aplicación ciega, priva al juez de la independencia y la creatividad para arribar a soluciones justas.

Otro contenido central de la posición que analizamos, transita por *excluir cualquier tipo de control judicial sobre la actividad legislativa*.

De algún modo es una visión de la función judicial que propone **reducir a la mínima expresión la concepción de “poder” del órgano encargado asignado a administrar justicia**.

Los jueces como la voz acrítica de la norma escrita, una función que se demanda ascética, que prescinde de toda valoración personal que implique reinterpretar aquello que ya fue predeterminado por el legislador.

Es un modelo que propone un juez meramente *ejecutivo* de mandatos ajenos, enviados por el legislador con la finalidad de su imposición coactiva. Un juez, que carece de todo impulso protagónico, ubicado en una estructura de poderes caracterizada por una *desigualdad manifiesta*, de modo que **la función judicial queda anexada, cómo si fuera un apéndice, a la actividad legislativa**.

En definitiva, es una posición que resquebraja el sistema institucional de la República y que deja en letra muerta el equilibrio de los frenos y contrapesos que permiten preservar a la comunidad de los excesos de los poderes.

---

<sup>4</sup> García, Lila, *Modernización de la justicia. Del ciudadano a la persona*, Revista Jurídica Digital eIDial - DCD8F

**2.3.** Han sido las **transformaciones acontecidas en el seno de la cultura jurídica**, los disparadores que sirvieron como puntas de lanza para la modificación de esa concepción de la función judicial <sup>5</sup>.

En los tiempos actuales, en que la globalización ha agravado la desproporción entre la posibilidad de distribución equitativa de los bienes y servicios, ampliando la franja de exclusión social hasta niveles escandalosos, el juez no puede ser un mero repetidor de la ley, sino que debe ser un intérprete creativo, consciente de la **función social** que su actividad conlleva.

El juez no puede ser la “boca de la ley”, la que ha sido calificada como un buque que abandona al legislador cuando suelta amarras. Si ese dogma se adoptara como premisa obligatoria, en las clases de Derecho, bastaría con leer y comentar el texto de las leyes para dar por cumplido el curso. Enseñar la ley pero no el Derecho.

Por el contrario, podemos mencionar como la matriz del cambio a la **consolidación de un sistema jurídico** que reconoce una *norma fundamental en su cúspide*, por un lado, y a la **formación de operadores** que se han *incorporado* a la estructura del Poder Judicial a través de concursos de oposición de antecedentes y que se han *agrupado* en asociaciones de jueces, fiscales y defensores.

Sin embargo, la búsqueda constante de mecanismos de balance y equilibrio, que consoliden la división de poderes mediante un sistema de frenos y contrapesos, se ha visto resentida frente a los vaivenes políticos.

Particularmente, el proceso de transformación de la función judicial no ha logrado romper los esquemas de subordinación con los otros poderes.

**Un poder judicial inicialmente concebido como un anexo de la función legislativa fue mutando en su eje de dominación, al punto de encontrarse en la actualidad en una relación de sujeción con el poder ejecutivo.**

En este contexto, el *principio de equilibrio* en la interacción de los poderes del Estado, fractura violentamente su punto de anclaje ante la ambición antropofágica del poder ejecutivo, que a diferencia de la jurisdicción, se integra mediante departamentos de gobierno que *no son compartimentos estancos*, y

---

<sup>5</sup> Bergalli, Roberto, *Sistemas penales comparados y problemas sociales*, p. 52.

que construyen *refugios de supervivencia* mediante la extensión de sus ámbitos de control.

En todo caso, lo que hoy se encuentra fuera de discusión es que la actividad jurisdiccional, en tanto implica un acto de poder que, a partir de la reconstrucción histórica de un conflicto formulado por los sujetos procesales, asigna el valor verdad a una de las tesis presentada por esas partes enfrentadas, *necesariamente conlleva una tarea de interpretación*, tanto de postulados normativos como de acontecimientos fácticos.

Y en esa tarea de *interpretación* y ulterior *decisión*, no sólo confluyen los **conocimientos especializados** que conforman el proceso técnico de toma de decisión, sino también la **formación política, cultural y económica-social** de quién debe tomar la decisión.

En este contexto, se ha vislumbrado en los últimos años, y especialmente en la actual conformación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un **cambio de paradigma** en la concepción del rol del Poder Judicial en Argentina.-

Es posible que la denominada "*Corte Garantista*"<sup>6</sup> ya haya puesto las bases de ese modelo, mostrando un activismo pocas veces visto en la historia del máximo tribunal, dictando pronunciamientos trascendentes a favor de los derechos individuales y las garantías consagradas en la Constitución Nacional, luego del período más negro de nuestra historia.

Vale mencionar para el caso la declaración de inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, que impedía a las personas divorciadas recuperar la capacidad nupcial<sup>7</sup>; la consolidación de la regla de exclusión probatoria y su extensión a las derivaciones del fruto del árbol envenenado<sup>8</sup>; la declaración de inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal y la ampliación del horizonte de los derechos fundamentales<sup>9</sup>. Un Tribunal que, al decir del periodista Horacio Verbitsky, no se plegó a la política

---

<sup>6</sup> Denominación otorgada por Pablo Luis Manili a la integración de la Corte durante el período 1983-1990 (Manili, Pablo, *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. 1863-2007, p. 217, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007).-

<sup>7</sup> Caso *Sejean*, Fallos 308:2268.

<sup>8</sup> Casos *Fiorentino*, Fallos 306:1752; *Rayford*, Fallos 308:733 y *Francomano*, Fallos 310:2384

<sup>9</sup> Caso *Bazterrica*, Fallos 308:1392.

del gobierno de turno, colocando los derechos del individuo por encima de las exigencias de la seguridad nacional<sup>10</sup>.

Sin embargo, ha sido *la actual integración del máximo Tribunal*, especialmente a través de la actividad jurisdiccional del período 2005-2009, la que terminó de moldear los contornos de aquello que se denomina **activismo judicial**.

Ahora ¿qué es el activismo judicial?

Si bien esta denominación presenta la dificultad de ser un término relativamente vago, existe un cierto consenso en que una sentencia implica un ejercicio activista de la jurisdicción cuando, además de solucionarse el caso concreto que es objeto del litigio, el juez se convierte en partícipe del diálogo democrático al revisar judicialmente determinadas políticas, proponer un cambio en la legislación o ampliar la nómina de derechos protegidos.

Bergalli define a este fenómeno sociojurídico como “protagonismo judicial” y lo caracteriza como una aparente hiperactividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predispuestas<sup>11</sup>.

En nuestro modelo judicial, con una estructura organizada verticalmente, lo que diga o deje de decir la Corte resulta de un valor extraordinario: por más autonomía que puedan tener las instancias inferiores, siempre ella tendrá la “última palabra” institucional, lo que implica no sólo la última palabra “judicial” sino también “política”<sup>12</sup>.

Es posible que para arribar al esquema actual de la Corte deban resaltarse *las relevantes reformas institucionales* que derivaron en cambios en la forma de designación de los jueces, reducción de su número de integrantes, publicidad de la sentencias, reglamentación de la intervención de los Amigos del Tribunal y de las audiencias públicas.

Pero lo cierto es que han sido los propios integrantes del máximo Tribunal los que han reconstruido la autoridad institucional de la Corte, a través de una nueva dinámica cuya impronta significó la asunción de un rol central en la

---

<sup>10</sup> Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte, La Construcción de un Poder Absoluto sin Justicia ni Control*, p. 23, Buenos Aires, Planeta, 1993.

<sup>11</sup> Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, p. 337, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

<sup>12</sup> Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, p. 129, AdHoc, Buenos Aires, 2007.

identificación y eventual corrección de fallas institucionales y la integración entre los derechos y las políticas públicas.

En definitiva, se trata de asumir, una década después, la nueva relación entre derecho y política que fuera consagrada a través de la reforma constitucional de 1994, hito central en la transformación del marco de derechos fundamentales, con la consiguiente consagración con jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, la incorporación de principios construidos en la dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la recepción normativa de la nueva categoría de “derechos de incidencia colectiva”.

Como enseña Gargarella, por un lado el Poder Judicial es la institución que *recibe las quejas* de quienes son, o sienten que han sido, *tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones* y por otra parte, los jueces se encuentran institucionalmente bien situados para *enriquecer el proceso deliberativo* y ayudarlo a *corregir algunas de sus indebidas parcialidades*, teniendo a su alcance una diversidad de herramientas para facilitar esa tarea y hacerlo de un modo respetuoso de la autoridad democrática<sup>13</sup>.

Se remarca entre estas herramientas: I) *establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos*; II) *declarar que un derecho constitucional ha sido violado y pedirle al Estado que provea el remedio*; III) *establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo*.

**2.4.** En ese nuevo panorama, se inscriben **dos casos claves** resueltos por la Corte.

En *Verbitsky*<sup>14</sup>, un caso vinculado con las deficientes políticas penitenciarias en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Corte sentó las bases que

---

<sup>13</sup> Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica de Derecho Constitucional*, p. 969, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

<sup>14</sup> “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*” – CSJN, rta. 2/5/2005.

permiten **legitimar la intervención del Poder Judicial frente a políticas públicas** que lleva adelante el Estado<sup>15</sup>.

En *Mendoza*<sup>16</sup>, ante una acción relacionada con las políticas ambientales que motivaron la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte avanzó en la elaboración de los mecanismos orientados al litigio **estructural de control de políticas públicas**.

¿Cuáles son las *notas relevantes* de estos pronunciamientos?

En primer lugar, abandonar un mito que acompaña la vida de cada operador judicial desde su incorporación a la estructura: la idea de *causa judicial*, la cultura del expediente, máxime cuando el mismo es entendido como conflicto entre dos partes. **El modelo de justicia bilateral impide la tutela judicial efectiva de violaciones a los derechos de sectores sociales que padecen idéntica acción u omisión**<sup>17</sup>. Esa contienda bilateral dificulta la intervención judicial cuando se afectan bienes colectivos. Pero además, la introducción de reclamos colectivos no sólo *amplía la actividad encargada a los jueces*, sino que implica poner sobre el tapete la *constitucionalidad de las políticas públicas*, resaltando el **cariz político** de la tarea judicial<sup>18</sup>.

En segundo término, reafirmar el carácter de *actor indispensable en el diálogo democrático del Poder Judicial*, interviniendo activamente en el **control de políticas públicas**, aún con las limitaciones que deberán observarse, derivadas de su raíz contramayoritaria.

**2.5.** En este contexto, caracterizado por un abandono de los límites jurisdiccionales clásicos donde la Corte resuelve entre dos opciones, se ha remarcado el surgimiento de **dos nuevos modelos de sentencias**: las aditivas y las exhortativas<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Maurino, Gustavo, *Acceso a la Justicia*, en *La Corte y los Derechos. 2005-2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*, p. 94, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

<sup>16</sup> “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Mendoza-Riachuelo)*”, CSJN, rta. 8/7/2008.

<sup>17</sup> *La Corte y los Derechos. 2005-2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*, p. 102.

<sup>18</sup> El cambio de paradigma es evidente: hasta el año 2000, pese a que el amparo colectivo se encontraba previsto por la Constitución hacía ya seis años, la Corte mantuvo de manera excluyente el criterio restringido de causa judicial (Casos “Prodelco” Fallos 321:1252 y “Consumidores Libres”, Fallos 321:1352.).

<sup>19</sup> Sagües, Sofía, *La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Revista Jurídica Digital El Dial, DCD70.



La primer categoría se refiere a la decisión que “*añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias "integradoras"), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal*”<sup>20</sup>.

La segunda clase de sentencias son aquellas en que la Corte le exige a los otros poderes del Estado la adopción de medidas ejecutivas o el dictado de normas que implican una modificación de una situación que agravia al texto constitucional<sup>21</sup>.

Debe reconocerse que este modelo de entender la actividad jurisdiccional ha reeditado antiguas polémicas sobre los ámbitos de actuación de las instancias judiciales con relación a los órganos políticos<sup>22</sup>.

Vale la pena reiterar lo ya apuntado anteriormente: el Poder Judicial no tiene por función la *elaboración* de políticas públicas, sino la de *revisar* si el diseño de las políticas emprendidas se ajusta a los estándares jurídicos aplicables y en caso negativo, *reenviar* la cuestión a los poderes pertinentes para que corrijan esas falencias.

Más allá de las múltiples cuestiones de interés emergentes de *Verbitsky*<sup>23</sup>, deseo destacar que aquél precedente significó **el reconocimiento expreso de que el modelo procesal clásico fallaba**, en razón de encontrarse previsto en forma restringida para el análisis de situaciones individuales, que aún en caso

---

<sup>20</sup> Sagües, Néstor *Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso"), y su recepción en Argentina*, L.L. 2005 F 1461. Se cita como ejemplo, el caso *Vizzoti* (V. 967. XXXVIII, rta el 12 de septiembre de 2004), donde, partiendo de la base de la inconstitucionalidad de la indemnización tarifada para el despido sin causa que preveía la norma infraconstitucional, el Tribunal establece pretorianamente que la base salarial a tener en cuenta para calcular la indemnización no puede ser reducida en más de un 33% del salario real (Sagües, Sofía, *La jurisdicción*, cit).

<sup>21</sup> Ejemplos de esta clase de pronunciamientos son el ya citado caso *Verbitsky*, y los casos *Badaro*, B.675.XLI, sentencia de fecha 8 de agosto de 2006 y *Defensor del Pueblo de la Nación*. D. 587. XLIII “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento*”, de fecha 18 de septiembre de 2007.

<sup>22</sup> Según Manili “no siempre el ejercicio del activismo judicial resulta saludable para la plena vigencia de la constitución. Lamentablemente, en algunas ocasiones, la Corte salió de sus carriles normales para convalidar u homologar el accionar del gobierno de turno, ejerciendo así un activismo pro-estado o pro-poder, en lugar de ejercerlo pro-libertad” (Manili, Pablo, *El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL 2006- D:1285). En opinión de Bergalli, el hecho que a los jueces se les impute hacer política es, evidentemente, el reflejo de un mal más profundo que afecta a los fundamentos del sistema democrático de representación (Bergalli, Roberto, *Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales*, p. 345)

<sup>23</sup> Si bien la doctrina ha recibido favorablemente este pronunciamiento, pueden observarse ciertos reparos al pronunciamiento en el trabajo de Walter Carnota, *Un problemático supuesto de Habeas Corpus Colectivo*, El Dial DC5DC.

de ser reparadas por vía judicial, **no lograba la finalidad de modificar estructuralmente coyunturas violatorias de derechos fundamentales.**

Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento citado: *“16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párr. 2, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir a acotar su tutela sino para privilegiarla”*

A partir del reconocimiento de las acciones colectivas para hacer operativos los derechos fundamentales, la pregunta subsiguiente es ¿en qué supuestos una situación ilegal reúne las características de una violación de incidencia colectiva, en los términos del art. 43 CN?

Cristian Courtis brinda **dos parámetros útiles para identificar las situaciones que demandan remedios colectivos: la indivisibilidad del remedio y las razones de escala** <sup>24</sup>.

La indivisibilidad del remedio está dada por el **beneficio colectivo a un grupo de personas, no admitiendo su distribución en partes.**

Las razones de escala se configuran cuando **la solución individual resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones ad hoc a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva.**

A estos parámetros podríamos agregar un **tercer elemento que justifica la admisibilidad de la vía articulada: existen serias razones de economía procesal que hacen preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción.**

Este argumento fue debidamente expuesto por Emilio García Méndez y Laura C. Musa, en su carácter de Presidente y Vicepresidente de la Fundación Sur, al interponer un habeas corpus colectivo a favor de menores privados de su libertad, remarcándose en dicha oportunidad que “por un lado, dado el carácter colectivo del remedio solicitado, corresponde que la orden judicial dirigida al

---

<sup>24</sup> Courtis, Cristian, *El caso 'Verbitsky'. ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?* en *Colapso del sistema carcelario*, CELS, siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005.

Poder Ejecutivo para dar solución a la cuestión planteada **provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad de la situación**; por otro lado, dada la gravedad y urgencia de la situación denunciada, **la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto, así como la existencia de decisiones contradictorias**”<sup>25</sup>

Se impone una última referencia para culminar este capítulo: todos los aspectos subrayados como relevantes a partir de los nuevos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no son el producto de una *generación espontánea del universo jurídico*, sino más bien y como enseña Bergalli, el reflejo de movimientos que históricamente se han producido en las esferas económicas y políticas de la sociedad moderna<sup>26</sup>.

### **3. AMBITOS DE INJERENCIA DEL ACTIVISMO JUDICIAL.**

**3.1.** Es un lugar común formular la distinción entre los derechos humanos de primera generación o derechos civiles y políticos (DCyP), por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), por el otro. La diferencia viene dada por la diferente naturaleza entre ambas categorías.

Tradicionalmente se ha sostenido que los derechos civiles y políticos *son exigibles judicialmente*, dado que generan obligaciones negativas para el Estado, es decir obligaciones de **no hacer**: no detener arbitrariamente, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, no interferir en la propiedad privada<sup>27</sup>.

Por su parte, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado **a hacer**, es decir a brindar prestaciones positivas que implican erogar recursos para su concreción, proveer servicios de salud, asegurar la educación, garantizar el acceso a una vivienda, sostener el patrimonio cultural de una comunidad.

En base a esa diferente naturaleza, un *vasto sector doctrinario*, sostiene que los DESC son principios o pautas valorativas que **no son exigibles en sí mismos**, lo que ha implicado que se les asigne el valor de declaraciones de

---

<sup>25</sup> G. 147.XILV “*García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa 7537*”, CSJN 18/03/08.

<sup>26</sup> Bergalli, Roberto, *Sistemas penales comparados y problemas sociales*, p. 326.

<sup>27</sup> Abramovich, Víctor, *Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: herramientas y aliados*, Revista Internacional de Derechos Humanos Sur, nro. 2, p. 195, 2005.

intención política que no generan obligaciones concretas, de modo tal que recién serán exigibles cuando se dicte la norma reglamentaria pertinente, y con el alcance que determine dicha norma.

El argumento central de esta tesis transita por el **condicionante económico**: la exigibilidad es dudosa ya que la satisfacción de los DESC depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado.<sup>28</sup>

Sin embargo, aquélla diferenciación ha perdido actualidad, dada la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que ha implicado que en muchos casos las violaciones de los primeros afecten también a los segundos y viceversa<sup>29</sup>.

Por esa razón, se ha propuesto discernir *cuatro “niveles”* de obligaciones estatales, las que pueden encontrarse en todos los derechos<sup>30</sup>:

a. obligaciones de **respetar**, definidas por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho.

b. obligaciones de **proteger**, que consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes.

c. obligaciones de **garantizar**, que implican asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo

d. obligaciones de **promover**, que conllevan el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

De este modo, todos los DESC tienen un aspecto que es directamente exigible.

Por otra parte, es evidente que el condicionante económico no puede constituir un obstáculo para admitir la exigibilidad de los DESC: el modelo económico

---

<sup>28</sup> Se suele citar como un lamentable ejemplo de esta postura que subordina el goce de determinados derechos a la situación económica del Estado, el fallo “Chocobar”, de la CSJN (Fallos 278 L.XXVIII “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad”, rta. 27/12/1996). Allí se dijo que el alcance y contenido de la garantía constitucional de movilidad de las prestaciones previsionales no son conceptos lineales y unívocos que dan lugar a una exégesis única, reglamentaria e inmodificable, sino que son susceptibles de ser moldeados y adaptados a la evolución que resulte de las concepciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes en la comunidad en un momento dado

<sup>29</sup> Explica Abramovich que cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existen mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una *estrategia indirecta* consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos, de modo de discutir por esa vía la violación, *Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: herramientas y aliados*, p. 200.

<sup>30</sup> Propuesta elaborada por van Hoof, mencionada por Víctor Abramovich, *Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: herramientas y aliados*, p. 201.

debe respetar los lineamientos emanados de la Constitución Nacional, a punto tal que cuanto mayor es la situación de exclusión social, mayores son las obligaciones del Estado de proteger a los sectores desfavorecidos<sup>31</sup>.

En cuanto a las *vías judiciales* urgentes para exigir los derechos sociales, se subrayó que **ha sido la acción de amparo el instrumento jurídico identificado** para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales cuyo pleno ejercicio debe garantizar el Estado. De igual modo, **el pedido y la concesión de medidas cautelares mostró ser otro medio idóneo** para ayudar a solucionar los problemas más urgentes de las personas que reclamaban judicialmente por el cumplimiento de sus derechos sociales<sup>32</sup>

Aún así, se ha destacado que las vías judiciales **no son el centro de la estrategia de exigibilidad de los derechos**, pero sirven para apuntalar el resto de las acciones políticas que los grupos u organizaciones emprenden para canalizar las demandas de derechos en el marco de un conflicto, de modo tal que el proceso judicial sirve de punto de apoyo para la acción e incidencia de los actores de procesos sociales o políticos más amplios y complejos<sup>33</sup>.

Existen una serie de pronunciamientos que permiten identificar acciones concretas de la jurisdicción para reafirmar la vigencia concreta de los derechos económicos, culturales y sociales.

Proponemos a continuación revisar algunos de esos pronunciamientos y en el capítulo siguiente vincular esas acciones con los ámbitos de exclusiva injerencia de la jurisdicción penal.

---

<sup>31</sup> Como destaca Martín Heriberto Raggio, la Constitución no puede estar subordinada a las condiciones económicas coyunturales, sino lo contrario: el modelo económico debe sujetarse a la legalidad constitucional. El autor cita el caso “Tobar” (T.348 XXXVIII, “Tobar Leónidas c/ Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986, CSJN, 22/08/2002), como un precedente de la Corte Suprema que cambia notoriamente el pensamiento del fallo “Chocobar”. En el considerando 16° del fallo “Tobar”, la Corte afirma que “... *Es contrario a la Constitución Nacional un régimen normativo que difiere a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de remuneraciones y haberes previsionales, de naturaleza alimentaria, no como una alternativa de económica, destinada circunstancialmente a la reducción del gasto público y estabilidad de las cuentas fiscales ...*” (Raggio, Martín Heriberto, *Protección jurisdiccional de los derechos sociales. Aspectos procesales*. *Revista Jurídica Digital*, elDial - DC69E)

<sup>32</sup> Laura Clérico, *Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural*, en *La Corte y los Derechos. 2005-2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal* .-

<sup>33</sup> CELS, *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, pp. 67/8, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.-

### 3.2. Derecho a la salud.

A instancias de una presentación articulada con el patrocinio del Defensor Oficial de Pobres y Ausentes, la titular del Juzgado Civil y Comercial N° 6 de Corrientes ordenó a un hospital neuropsiquiátrico y a las diversas autoridades estatales de la cuales éste depende, a proveer, en forma inmediata, gratuita y congruente a las recomendaciones que prescriban los profesionales del área, de internación y tratamiento integral a una persona indigente, adicta al alcohol y con voluntad de curarse, para que sea medicada y controlada correctamente, preservándose así su integridad psicofísica y seguridad <sup>34</sup>.

El pronunciamiento confirma que es factible tornar operativo el derecho a la salud, que impone al Estado proveer prestaciones sanitarias básicas que garanticen la vida, la seguridad y la integridad física y mental de sus ciudadanos. Poder individual y correlativo deber estatal que se potencian cuando, como en el caso, involucran a personas sumamente carenciadas y, por consiguiente, más vulnerables e indefensas <sup>35</sup>.

Más complejo aún, y alineado dentro de las acciones colectivas tendientes a modificar una situación de injusticia estructural, debe mencionarse el amparo colectivo conocido como "*Caso Viceconte*".

La acción judicial fue articulada por el Centro de Estudios Legales y Sociales ante la insuficiencia de vacunas para prevenir la fiebre hemorrágica argentina

---

<sup>34</sup> En el proceso se comprobó que el actor pernoctaba en la calle, en un sitio que presentaba mal estado de conservación e higiene y donde, además, realizaba sus necesidades fisiológicas; que como únicas pertenencias visibles exhibía algunas pocas ropas, un par de mantas, bolsas plásticas conteniendo alimentos, bebidas alcohólicas y cartones; que presentaba un cuadro de alcoholismo crónico, con alteraciones tróficas y ulceraciones en sus miembros inferiores, y que su estado y circunstancias, por el frío invernal y la falta de alimentación, ponían en riesgo su vida y salud. Además, el actor, con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, había recurrido a diversos entes estatales (Subsecretaría de Acción Social y Dirección de Minoridad y Familia, dependientes de la Provincia de Corrientes), solicitando se le provean los medios necesarios que le brinden solución a su situación, sin que se hubiera recibido una respuesta concreta. Se demostró, también, que diversos hospitales y un hogar de ancianos, todos pertenecientes al Estado, se oponían a su internación o alojamiento argumentando presunta "indisponibilidad de camas" y/o por considerar que el actor no presentaba "criterios de internación".

<sup>35</sup> La vía legal utilizada para tratar esta cuestión ha sido la llamada "medida autosatisfactiva", tipo procesal incorporado por el Código Procesal Civil de la Provincia de Corrientes según reforma del año 2006, destacada por constituir una valiosísima herramienta por expeditividad (la demanda fue resuelta 24horas después de promovida), economía de gastos, autonomía procedimental y la definitividad que caracteriza a su sentencia, en contraste con la accesoriedad y provisionalidad natural de las medidas cautelares. (Midón, Marcelo Sebastián, *De la sentencia autosatisfactiva que ordenó a un hospital neuropsiquiátrico internar y brindar tratamiento a un mendigo, adicto al alcohol*, Revista jurídica digital El Dial - DCF23).

(también denominado *mal de los rastros*), una afección que impactaba sobre un grupo compuesto potencialmente por tres millones y medio de personas.

La juez de primera instancia estimó que al existir una previsión presupuestaria para el desarrollo de la vacuna, no podía exigir nada más al gobierno. Además, afirmó que excedía el marco del amparo judicial garantizar el acceso a la medicación de todos los habitantes de las zonas afectadas.

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, le ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social y al Ministerio de Economía de la Nación cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma para la construcción del laboratorio que fabricaría la vacuna <sup>36</sup>.

El CELS denunció el incumplimiento de las medidas ordenadas por la justicia, solicitando se fijen astreintes y se embargara una partida del Presupuesto Nacional previsto para el 2001, lo que fue aceptado por la juez de primera instancia. Ante la apelación del Estado, el proceso quedó nuevamente radicado en la Cámara Contencioso Administrativo Federal.

De acuerdo al CELS, éste Tribunal “ejercita hasta hoy un notable activismo judicial y fiscaliza el cumplimiento de las medidas ordenadas en el marco de la sentencia, demostrando la potencialidad del sistema judicial para hacer efectivos derechos sociales básicos” <sup>37</sup>.

### **3.3. Derecho a la vivienda.**

Recuerda Tedeschi que el derecho a la vivienda *nunca* fue interpretado por el derecho internacional significando que los Estados *deben proveer* viviendas gratuitamente, sino que el Estado debe comprometerse a intentar, por todos los medios apropiados posibles, asegurar que *todos* tengan acceso a los recursos para vivir en un lugar adecuado, resguardando su integridad física <sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “*Viceconte, Mariela c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo*”, 2 de junio de 1998, LL, suplemento de Derecho Constitucional, 5 de noviembre de 1998.

<sup>37</sup> CELS, *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, p. 71 siglo XXI editores, Buenos Aires, 2008.

<sup>38</sup> Tedeschi, Sebastián, *El derecho a la vivienda a más de diez años de la reforma de la Constitución*, en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Curtis (compiladores), p. 752, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Tal vez esa sea la explicación por la que resulta extremadamente difícil encontrar pronunciamientos en que los tribunales hayan admitido demandas contra el Estado para lograr la protección del derecho a la vivienda.

Sin embargo, los vientos de cambio también empiezan a soplar en esta materia.

El 1 de julio de 2009, la Titular del Juzgado Correccional y de Garantías nro. 5 de Salta, hizo lugar a una acción de amparo articulada por la Defensa Oficial, con el objeto que se adjudique a su mandante una vivienda digna, dado que la misma reside junto con tres hijos, uno de ellos con diagnóstico neurológico de hidrocefalia, y otro que convive en el mismo inmueble junto a su mujer y su hijo, en un inmueble donde se encuentra próxima a ser desalojada, dado lo resuelto en un juicio ejecutivo ante un proceso civil.

En la sentencia, la juez dispuso ordenar al Instituto Provincial de la Vivienda la inclusión en el Programa de Adjudicación y Financiación de una vivienda que reúna las condiciones mínimas a sus necesidades económicas y habitacionales, ello dentro de los quince días, por estimar que ese sería el tiempo en el que podía ejecutarse la orden civil de desalojo <sup>39</sup>.-

### **3.4. Igualdad de género.**

Paola Bergallo llevó adelante una investigación de las decisiones de tribunales locales durante una década (1994-2004), concluyendo que la jurisprudencia analizada no es demasiado alentadora frente al papel desempeñado por el Poder Judicial como espacio de defensa y promoción de los derechos de las mujeres<sup>40</sup>. Especialmente en materia de discriminación por razones de sexo, se destaca la baja calidad del discurso judicial, que no ha promovido aún

---

<sup>39</sup> Entre los fundamentos, la sentencia consigna: “El Instituto Provincial de la Vivienda, se encuentra obligado a satisfacer de manera actual el derecho de quienes, encontrándose en un estado por encima de la línea de indigencia y sin posibilidades de obtenerla, pretenden una adecuada asistencia habitacional, entendiéndose que no puede constituir una respuesta a esta necesidad –inminente desalojo- la posibilidad de una eventual adjudicación futura, que podría resultar un medio encomiable, empero no puede justificarse este desplazamiento –hoy- en este caso de emergencia inmediata y destinada a paliar la situación de la amparada” (*Revista Jurídica Digital* eldial AA5343)

<sup>40</sup> Las conclusiones se encuentran en Bergallo, Paola, *Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial*, en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, p. 648 ss, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.



medidas concretas para fomentar el respeto de las obligaciones asumidas por el Estado argentino.

En materia de reclamos de derechos reproductivos, el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires ha sido convocado para revisar la constitucionalidad de leyes y programas de salud sexual y reproductiva. Concretamente, la intervención fue requerida *no para promover políticas específicas*, sino para *cuestionar programas que autorizaban* la venta y distribución de anticonceptivos (considerados por estas “organizaciones pro vida” como *abortivos*) y la introducción de educación sexual en las escuelas (valorada como una *ilegítima intromisión en el ejercicio de la patria potestad*)<sup>41</sup>.

#### **4. ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA PENAL.**

En un reciente trabajo, Roberto Gargarella critica las ideas de Zaffaroni en punto a concebir un poder judicial que ponga límites a la irracional aplicación del poder punitivo mediante una minimización de la violencia o el retiro del Estado.

Contrariamente a ello, Gargarella sostiene que un poder judicial/penal al servicio del retiro estatal no cumple apropiadamente su tarea: “lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable, al que es perseguido habitualmente por su pertenencia a un grupo estereotipado o marginado. No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser –y, previsiblemente, volverá a ser- perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado. Y los funcionarios judiciales tienen suficientes poderes para intervenir en dichos casos impulsando, desde su particular –y no tan modesto- lugar, medidas de integración”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> El primer planteo fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante la improcedencia de la vía procesal entablada (“Liga de Amas de casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”). Los cuestionamientos a la leyes de educación sexual, fueron rechazados ante por el propio Tribunal Superior de Justicia, por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro (“Durán de Costa, Mabel y otro v. Municipalidad de Vicente López”, Sala I, rta. 7/7/2002) y por la Cámara Federal de Córdoba (Suplemento Constitucional 2003 – junio, 43-LLC 2003, 417).

<sup>42</sup> Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, p. 39, Bogotá, 2008. La idea del autor es desarrollar una teoría de la justicia penal que tenga la noción de la comunidad moral como un principio organizativo.

La propuesta de Gargarella es la que sirve de disparador para las ideas que se presentarán en el resto del trabajo.

Sin dejar de reconocer que el carácter fragmentario del Derecho Penal dificulta el camino señalado por el citado autor, habremos de analizar qué mecanismos tienen a su alcance los jueces penales para *no sólo* **evitar una mayor exclusión** de los oprimidos mediante su criminalización en casos injustificados, *sino además* procurar **adoptar medidas de integración** al medio social.

Es por ello que habremos de escindir el análisis en función de la actuación de los jueces penales ante (a) procesos substanciados por la presunta comisión de delitos o (b) ante acciones judiciales específicas tendientes a modificar políticas de seguridad o penitenciarias.

#### **4.1. INTERVENCION POR DELITOS.**

##### **4.1.1. Usurpación.**

En múltiples procesos, los imputados de Usurpación (art. 181 CP) no son personas que procuran lucrar económicamente con la ocupación de una vivienda ajena.

Especialmente en los tiempos actuales es un **denominador común** la formación de causas penales contra *ciudadanos socialmente excluidos*, que carentes de toda posibilidad de integración al mercado laboral y marginados de los mecanismos de toma de decisiones del gobierno, *deciden ocupar terrenos abandonados o pertenecientes al Estado* para construir casillas precarias que simulen alguna forma de vivienda digna.

Tres cuestiones resultan de interés remarcar en el *modo de abordaje* de éstas cuestiones por parte de la jurisdicción penal.

I. Por un lado, la cuestión vinculada a los **desalojos forzosos** de estos grupos sociales.

Reconoce Zaffaroni que **toda administración demanda un poder coactivo que le permita ejecutar sus decisiones**. Ese poder se ejerce a través de a) la ejecución subsidiaria del acto omitido por el particular; b) las multas coercitivas y c) la **coacción directa**. Esa coacción directa importa una intervención en la persona o en sus bienes, que puede tener efectos irreversibles, empleándose frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso, **requiriendo un estricto control**

**jurisdiccional para evitar que se convierta en un agente teórico del estado de policía** <sup>43</sup> .

Ahora bien, nuestro país aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC) mediante la Ley 23.313, del 17 de abril de 1986, reconociendo la competencia del Comité de Derechos Humanos adoptado por Resolución 2.200 del 19 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que a partir de 1994, tiene jerarquía constitucional

Resulta evidente que, desde el momento que nuestro país decidió formar parte del Pacto, ha asumido voluntariamente una serie de obligaciones. Entre ellas la de armonizar *las políticas y las prácticas nacionales con sus obligaciones jurídicas internacionales vigentes*.

Un documento esencial para regular el modo de llevar a cabo desalojos forzosos es la **Observación General nro. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas** (Comité DESC), denominada “Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Ginebra, 1997.

Es por ello que **la concreción de los desalojos forzosos debe practicarse conforme los estándares internacionales que rigen esta materia** <sup>44</sup> .

Y desde ésta óptica, un aspecto central que debe atenderse y que los jueces deben asumir como obligación, es la de aquellas familias ocupantes de predios en forma irregular **que al ser desalojadas queden sin vivienda**.

La Recomendación 17 de la Observación General nro. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, denominada “Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Ginebra, 1997 prescribe que el Estado deberá **adoptar las medidas necesarias para asignar a dichas familias un ámbito provisorio para evitar dicha situación, contemplándose expresamente en la**

---

<sup>43</sup> Zaffaroni, Eugenio – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 45, Ediar, Buenos Aires, 2000.

<sup>44</sup> Ver al respecto el caso “Vecinos de villa La Dulce” en *Derechos Humanos en la Argentina, Informe 2008 del Centro Estudios Legales y Sociales -CELS-*, pp. 355, Buenos Aires, 2008.

**Recomendación 17 del Comité DESC que ello “sea a través de la asignación de otra vivienda o de un reasentamiento”<sup>45</sup>.**

La referida obligación *debe ser impuesta por los jueces penales tanto en el supuesto de un desalojo pacífico voluntario como en el caso de un lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública*<sup>46</sup>.

II. La segunda cuestión transita por la solución de la situación procesal de las personas imputadas por estos hechos.

---

<sup>45</sup> Corresponde remarcar que esta obligación además emerge de las Recomendaciones 4 y 5 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, en el Documento denominado “Desalojos Forzados”, enviado al Alto Comisionado de Derechos Humanos. En el punto 4 se “Recomienda a todos los gobiernos que procedan de inmediato a la restitución de los terrenos y viviendas, la indemnización por ellos o su sustitución por otros adecuados y suficientes, de conformidad con sus deseos, derechos y necesidades, a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas por la fuerza, tan pronto se celebren negociaciones mutuamente satisfactorias con las personas o los grupos afectados y se reconozca la obligación de garantizar dicha prestación en caso de desalojo forzoso”; mientras que en el punto 5 se “Recomienda a todos los gobiernos que velen por que todo desalojo, sea forzoso o no, se lleve a cabo de manera tal que no viole ninguno de los derechos humanos de las personas desalojadas” (Resolución de la Subcomisión 1998/9).

<sup>46</sup> Sin que sea el objeto de este trabajo, de todas formas podemos mencionar en cuanto al modo de ejecución de un desalojo forzoso, que los jueces deberán agotar las vías alternativas al empleo de la coacción directa para ejecutar el desalojo (punto 14 de la Observación General nro. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas denominada “Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Ginebra, 1997). Para ello, es aconsejable que se otorgue un plazo razonable (48 o 72 horas) desde que la resolución que ordena el desalojo quede firme, para que los ocupantes se retiren pacíficamente del lugar. Transcurrido ese lapso y de mantenerse las personas denunciadas en su posición contraria a acatar la orden judicial, el lanzamiento de los ocupantes se debería realizar a través del empleo de la fuerza mínima e indispensable. En cuanto a las características que debería asumir el lanzamiento coactivo, siguiendo la Recomendación 16 de la Observación General nro. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas denominada “Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Ginebra, 1997), el mismo deberá ser realizado únicamente en horario diurno y durante una jornada en la que exista buen tiempo; la cantidad de funcionarios policiales intervinientes en el desalojo deberá ser proporcional a la cantidad de ocupantes del predio; se deberá identificar en forma previa a todos los funcionarios policiales que participen del operativo, debiendo registrar en soporte fílmico el modo de ejecución del mismo; las mujeres que se encuentren presentes en el predio ocupado sólo podrán ser desalojadas del lugar por funcionarios policiales de sexo femenino; se deberán habilitar puestos sanitarios y controles médicos para la eventual atención de las familias desalojadas y en caso de presencia de menores de edad en los predios ocupados, se deberá dar intervención previa a las áreas gubernamentales que tutelan los Derechos de los Niños (ej: Subsecretaría de la Niñez en la Provincia de Buenos Aires, Asesoría de Menores Departamental). Es recomendable que, dada la experiencia de excesos en esta clase de procedimientos, a efectos de procurar resguardar la estricta legalidad del procedimiento de desalojo, intervengan como director de dichos procedimientos funcionarios del Ministerio Público Fiscal y se requiera la intervención en carácter de veedores de la organismos gubernamentales de Derechos Humanos (ej: Secretaría de Derechos Humanos en la Provincia de Buenos Aires) y de una Organización No Gubernamental de reconocida trayectoria en materia de Derechos Humanos. Finalmente, es importante que una resolución de esas características comience a ser ejecutada una vez que adquiera firmeza, garantizándose de este modo el derecho a la doble instancia de las partes involucradas en el conflicto (art. 8, nro. 2 apartado “h” CADH).

La **respuesta** a este interrogante impone un **acercamiento al fenómeno de la pobreza**.

Diversos estudios sociales han remarcado que en la década de los noventa se produjo un cambio visible en la conceptualización de la pobreza, generándose un nuevo término que monopolizó las discusiones sobre los sectores más desfavorecidos de la sociedad: “**exclusión social**”<sup>47</sup>.

Así, pobreza y exclusión social serían conceptos con rasgos de diferenciación marcados: mientras **la pobreza** es un *estado*, de carácter personal, que afecta a los individuos, básicamente unidimensional (carencias económicas), **la exclusión social** es un *proceso*, de carácter estructural, que afecta a grupos sociales, de rasgos multidimensionales (aspectos laborales, económicos, sociales y culturales).

Enric Canet define a la exclusión social como *“la situación en la que se encuentra una persona o una familia o un grupo social y que, por diversos motivos, no participa de la vida que se desarrolla a su alrededor, ya sea en el proceso de producción en el consumo y bienestar social, ya sea en la red de decisiones que configuran la vida social [si bien] no siempre la falta de recursos es sinónimo de exclusión social y no sólo la exclusión social es debida a la falta de trabajo”*<sup>48</sup>.

El autor citado incluye entre los factores que generan esa situación de exclusión social el **contexto habitacional**: viviendas pequeñas, que carecen del necesario espacio para la intimidad, que presentan importantes deficiencias que impiden costumbres higiénicas normales, características que pueden producir un rechazo social, en las que las rupturas familiares se viven con mayor frecuencia, debido a que el resto de los factores no ayudan precisamente a facilitar la convivencia.

A través de **informes socioambientales**, como de la propia **inspección ocular** realizada por los jueces, es factible corroborar la situación de exclusión social de franjas de ciudadanos sometidos a proceso por este delito y la

---

<sup>47</sup> Arriba de Gónzales de Durana, Ana, *El concepto de exclusión en política social*, Unidad de Políticas Comparadas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Documento de Trabajo 2-01, Enero de 2002.

<sup>48</sup> Canet, Eric, *Pobreza y exclusión social. Cuadernos de educación para la acción social*, p. 24, Madrid, 2001.

vulneración a su respecto del derecho a la vivienda digna, consagrado en la Constitución en el art. 14bis, como así también en el art. 11 inc. 1 del PIDESC. En este contexto, la exclusión social *no sólo es un mal, una desgracia*, sino también **un problema jurídico** que se contrapone con la universalización de los derechos humanos y la inclusión en dicha categoría de los principios de igualdad y libertad.

Al respecto se ha remarcado *“la profunda contradicción que se produce cuando la misma sociedad que mantiene sustancialmente sus reales estructuras, productoras de dicha desigualdad, manifiesta o proclama a todos los vientos la igualdad en dignidad de todos los seres humanos. La igualdad se convierte así en injusta desigualdad”*<sup>49</sup>.

Desde la filosofía jurídica se ha pretendido responder al **interrogante de si es posible exigir obediencia al derecho en comunidades donde los recursos económicos o sociales están mal o injustamente distribuidos**<sup>50</sup>.

Diversas voces han sostenido que el Derecho no puede vincular plenamente a las víctimas de la injusticia económica, si no es capaz de garantizar su supervivencia<sup>51</sup>.

En todo caso, lo que resulta incontestable es que en múltiples procesos de las características apuntadas, se logra acreditar la existencia de un **mal grave y actual padecido por los imputados**, derivados de relaciones asimétricas y de desprotección social, que implican la vulneración de estándares específicos del derecho constitucional a la vivienda (Observaciones Generales n° 4 y 7° Comité DESC).

En esa línea de razonamiento, **la criminalización de la usurpación en casos de grupos vulnerables se evidencia como contradictoria con la legislación internacional** (Observaciones 4 y 7 Comité DESC) e **incoherente con las medidas que el Estado ha adoptado para asegurar la protección de la vivienda**.

Coincido con Margarita Martínez Escamilla en que desde una perspectiva más dogmática y penal, para poder afirmar que concurre el presupuesto del estado

---

<sup>49</sup> Lopez Hernández, Gerardo Miguel, *Condición marginal y conflicto social*, p. 21, Talasa, Madrid, 1999.

<sup>50</sup> Revista Doxa – Discusiones: Derecho y Autoridad, nro. 6 -2006; en especial, el trabajo de Jorge L. Rodríguez, *¿Cómo puede el Derecho obligar a quiénes oprime?*.

<sup>51</sup> Iglesias Vila, Marisa, *La autoridad del Derecho como cuestión de justicia política*, Revista Doxa – Discusiones: Derecho y Autoridad, nro. 6 -2006; pp 89/108.

de necesidad, no **es necesario** que el mal que se trata de evitar tenga una *directa traducción jurídico penal*, es decir, que sea un bien directamente protegido en un tipo penal, pues ello depende *no sólo* de la importancia del bien o derecho en juego, *sino también* del grado de dificultad para identificar y tipificar conductas claramente lesivas de esos bienes y derechos <sup>52</sup> .

En definitiva, en los casos de usurpación llevados a cabo por grupos desaventajados nos encontramos con **dos valores en juego**, ambos protegidos normativamente, que **se encuentran en colisión**.

En este punto, comparto la idea de Alexis Álvarez, según la cual en casos de usurpaciones perpetradas por grupos vulnerables, la solución pasa por **aceptar que el derecho a la propiedad ha perdido su calidad de inviolable y que determinados derechos se encuentran en relación a ella en una posición normativa superior** <sup>53</sup> .

En consecuencia, *“no puede esperarse la usualmente lenta reacción del Estado, ni el Derecho puede pretender que la persona se cruce de brazos frente al peligro para un bien o interés jurídico, propio o ajeno, de mayor valor que el afectado en definitiva”* <sup>54</sup> .

Las particulares *circunstancias personales y familiares* de los imputados, derivadas de su exclusión social y de la vulneración a su respecto del derecho a la vivienda digna, determinan que deba adoptarse un temperamento que evite criminalizar la conducta desarrollada, por haberse verificado la concurrencia de un *estado de necesidad* que a la luz del ordenamiento jurídico permite *justificar*, bajo los parámetros legales ya enunciados, la conducta típica constatada.

**III.** La tercera cuestión se vincula con la trascendencia institucional que asumen ciertas ocupaciones de predios o terrenos y la relevancia que implica la intervención jurisdiccional para *enriquecer el diálogo democrático*, ello sin invadir la esfera de acción que corresponde a otros poderes.

---

<sup>52</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *Pobreza, Estado de Necesidad y Prevención General: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español*, Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional nro. 12, Legis, Colombia, 2005.

<sup>53</sup> Álvarez Nakagawa, Alexis, *El deber de soportar. La usurpación a la luz del derecho social a la vivienda*, elDialDC1034; en idéntico sentido se pronuncia Norberto Tavosnaska, *Usurpación: apuntes sobre la jurisprudencia*, Revista Jurídica Digital Eldial DC103E.

<sup>54</sup> Argibay, Carmen, comentario al art. 34 inc. 3ero CP, en *Código Penal y normas complementarias*, dirección David Baigún – Eugenio Zaffaroni, p. 627/8, hammurabi, Buenos Aires, 1997.

En éste sentido, cobra relevancia la posibilidad que el juez penal *no concluya* su intervención con el dictado de un sobreseimiento por verificarse en el caso la concurrencia de una causa de justificación derivada de un estado de necesidad.

Además de esa resolución, una manera de **promover un cambio en la situación** es que los **jueces formulen una declaración** indicando los casos en que se ha configurado una grave violación al derecho constitucional a la vivienda digna respecto de determinados grupos familiares, identificando los mismos y los espacios que habitaban, **proponiendo al Estado Provincial y Municipal** que, a partir de la experiencia histórica de esos casos, se diseñen *políticas de vivienda* que tiendan a promover soluciones efectivas al problema habitacional verificados en cada proceso.

#### **4.1.2. Aborto.**

En ésta categoría de delitos, los jueces penales se enfrentan a *elecciones jurídicas y morales*, que van desde *el derecho constitucional y procesal penal*, transitando los caminos de la ética y la igualdad republicana hasta la concepción misma de una teoría de la justicia.

I. Por un lado, la formación de un proceso penal contra una mujer que presuntamente ha abortado, **implica adoptar una decisión que escoja entre valores en juego.**

El inciso 2do del art. 287 del Código Penal le impone a los médicos la obligación de denunciar los ilícitos perseguibles de oficio en cuanto a delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión. Por su parte el inciso 1ero del art. 277 del CP reprime a quién omitiere denunciar un hecho típico estando obligando a hacerlo.-

Como contrapartida, los ordenamientos procesales exceptúan de denunciar al médico cuando "los hechos conocidos están bajo el amparo del secreto profesional, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá " (para el caso, inciso 2do art. 287 del Código Procesal Penal Buenos Aires). Asimismo, el art. 156 del CP sanciona a quién teniendo noticia de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.



De éste modo, los jueces deben decidir en qué supuestos, la comunicación de la información advertida por un médico en el contexto de su atención profesional carece de justa causa.

Entendemos que sólo sería justificativo para la violación de un secreto, **el proteger la vida de la misma persona o de terceros y no el mero interés de la persecución del delito** <sup>55</sup> .

Esto es así porque los valores y bienes que con el secreto médico se preservan *prevalecen* sobre la obligación de denunciar. Al fundamentar la opinión sustentada, Germán Bidart Campos tuvo oportunidad de manifestar *"el secreto, la confianza, la doble relación recíproca entre un profesional y su cliente, cobra un muy especial matiz cuando ese profesional es un médico y su cliente es un paciente, porque con la tutela del secreto, de la seguridad y de la confianza se está deparando cobertura a bienes de tanta alcurnia como la salud y la vida"* <sup>56</sup> .

Por otra parte, entiendo que **la colisión de deberes no ha pasado desapercibida para el legislador bonaerense**, quién ha previsto esta situación contemplando excepciones a la norma que obliga a denunciar.

Así, la redacción de la parte final del inciso 2do, art. 287 del CPP prescribe con meridiana claridad que **está prohibido denunciar aquello que resulta conocido mediando secreto profesional**.

De manera que resulta clara la aplicación del adagio **lex specialis derogat generalis**, en virtud del cual desaparece la obligación de denunciar del profesional, ligado al deber de mantener el secreto, obligación que desplaza a la de denunciar <sup>57</sup> .

La expresa salvedad a la obligación de denunciar para los casos que están bajo el amparo del secreto profesional, permite interpretar que lo que debe denunciarse en forma obligatoria son aquéllos actos en que la persona

---

<sup>55</sup> Germán Sucar, Jorge L. Rodríguez y Agustín María Iglesias, *Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, pp. 191 y sttes, Ad-Hoc, Bs. As, diciembre de 1998.

<sup>56</sup> Bidart Campos, Germán, *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico -entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*, LL t.1998-F, pp. 545/551.

<sup>57</sup> En igual sentido, ver voto Dr. Cortelezzi en "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infr. Ley 23.737", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal nro. 1, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nro. 8, pags. 275/282, con cita de Maier, Julio, DPPa, t.1, p. 256 y sttes.

atendida por un galeno **evidencia señales o informa haber sufrido una agresión de un tercero** <sup>58</sup>.

Aún de no compartirse la interpretación efectuada, participo de la opinión que el inicio del proceso **importa un acto que viola la cláusula contra la autoincriminación coaccionada (art. 18 CN)**.

Es evidente que la voluntad de una imputada de confesar su delito **al menos desde su exposición corpórea, se halla claramente coaccionada**: el acto por el cual abre la vía a su persecución penal fue realizado en una situación extrema, de gravísimo riesgo en la vida de la persona.

En efecto, de no haber existido esa urgente demanda de atención médica, no sólo que el proceso penal no se hubiera iniciado, al desconocerse la acción típica, sino que probablemente las mujeres que realizaron un aborto clandestino y luego sufrieron infecciones generadas por los ámbitos de clandestinidad y precaria salubridad en que concretaron esas conductas, hubieran fallecido ante el deterioro de su salud.

En definitiva, el peligro que existía para la vida de estas mujeres, les ha **impedido decidir libremente** acerca de la información que le conviene o no ingresar al proceso.

II. Por otra parte, es un hecho de la realidad la *desigual persecución penal* de esta clase de delitos, extremo que reafirma la existencia de un derecho penal clasista y sexista

Sin embargo, esta situación no puede ser tolerada por los operadores judiciales, los que tienen a su alcance la posibilidad **de documentar las condiciones socioeconómicas** de las mujeres enjuiciadas por estos tipos penales, con el objeto de **promover una iniciativa legislativa** que conduzca a la derogación normativa de esta figura, derivada de la información objetiva que acredite esa desigual persecución.

#### **4.1.3. Protesta Social. Represión de protestas.**

Las situaciones de conflicto social exigen de los operadores judiciales, el máximo cuidado para evitar una criminalización de la pobreza y de la protesta. Es por eso que las autoridades deben ser extremadamente

---

<sup>58</sup> Vázquez Rossi, Jorge, *Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, LL, septiembre 1998, pp. 26 y sttes.-

cuidadosas en la apelación a las regulaciones de "tiempo, modo y lugar", para evitar socavar derechos que necesitan justamente la máxima protección.

Y reparar en las circunstancias fácticas importa tener presentes algunos conceptos centrales de la acción colectiva de todo movimiento social.

El movimiento social cobra un marco de sentido al **hacer visible** una situación injusta e inaceptable, señalando a las responsables de ese estado de cosas y proponiendo soluciones de cambio.

En el plano concreto, esa tarea se lleva a cabo mediante *acciones colectivas*, a través de un repertorio de acciones de protesta popular. Para movilizar a las personas, la acción colectiva se apoya en estructuras de movilización que no son más que las organizaciones permanentes donde las personas construyen sus relaciones con otros. Como señala Jerónimo Pinedo, las condiciones de la protesta social "laten" en redes sociales que esperan el surgimiento de oportunidades para irrumpir en la escena pública <sup>59</sup>.

Eugenio Zaffaroni, al comentar la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso de Marina Schiffrin <sup>60</sup> ha sostenido que existe un supuesto de justificación por estado de necesidad cuando la protesta que motiva la expresión pública que perturba el tránsito es determinada porque los reclamantes se hallan en límites de pobreza con miseria, afirma que "negarles el derecho a causar molestias o retrasos a quiénes están llamando la atención porque se están quedando sin fuentes de trabajo necesarias para la subsistencia significa incurrir en una ponderación de males poco razonable, porque sin duda los males que se quieren evitar son mucho mayores que los que causan. Frente a ello no se puede reclamar el respeto a la ley por parte de los autores de la protesta, cuando la omisión del Estado viola la ley y los coloca en situación de necesidad que no están obligados a tolerar" <sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Pinedo, Jerónimo, *Cinco notas sobre el conflicto, la protesta popular y la criminalización de los movimientos de trabajadores desocupados*, pp. 329 en *La criminalización de la protesta social*, Agrupación Hijos La Plata y Ediciones Grupo La Grieta n° 4 de la Serie Ensayo, La Plata, Buenos Aires, 2003.-

<sup>60</sup> "Schiffrin, Marina", c. 3905, CSJN, 29.11.05.

<sup>61</sup> Zaffaroni, Eugenio, *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*, Lexis Nexis, , Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo n. 7.

Debo aclarar que no toda conducta típica llevada a cabo en un contexto de exclusión social debe estimarse justificada, sino tan sólo aquéllas que pretendan exclusivamente la modificación de esa situación de exclusión social, es decir que pretendan revertir una situación de extrema injusticia. Por otra parte, esa conducta tiene que resultar proporcional a los fines pretendidos: lesionar severamente a quién se niega a reconocerles un derecho, sería una conducta injustificada. Pero además, aun en ese contexto permanecen vigentes deberes de humanidad, asociados con ideas de respeto y reciprocidad: no dejar pasar a una ambulancia que traslada a un enfermo en un corte de ruta es una conducta injustificada.

Aún suscribiendo la idea de justificar estas conductas bajo determinados parámetros, evitando una criminalización del derecho a protestar, no podemos dejar pasar por alto una cuestión previa, que es de fundamental relevancia en este aspecto, la que ha sido debidamente expuesta por Roberto Gargarella: es una visión demasiado sesgada examinar los casos de conflicto social sólo desde la óptica del derecho penal<sup>62</sup>. Concretamente, el autor citado cuestiona que, al analizarse el recordado caso “*Marina Schifrin*”, el procurador general de la Nación haya ceñido sus argumentos a favor de la desincriminación de la imputada sobre la base del esquema clásico de la teoría del delito.

En esta línea de pensamiento, un mayor protagonismo judicial implicaría la obligación primaria de los jueces **de escuchar a todas las partes agraviadas**, lo que implica involucrarse en un diálogo especial con el público. Escuchar a las víctimas de la exclusión social se transforma así en *un imperativo para los jueces* a la par que en un *privilegio judicial* para quién no tiene oportunidad de formular su reclamo a las autoridades, para los voces que no suelen ser oídas en la deliberación democrática. En segundo lugar, emerge la obligación de **proteger las voces de los grupos desprotegidos**, que tienen *dificultades para expresar públicamente sus reclamos*, posición que se es radicalmente opuesta a la idea de procesar a los activistas de la protesta social<sup>63</sup>.

De este modo y como propone Roberto Bergalli, el sistema judicial se convierte así en un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos

---

<sup>62</sup> Gargarella, Roberto, *El Derecho a la protesta*, p. 74. El autor critica el hecho de pensar la Constitución desde el derecho penal.

<sup>63</sup> Gargarella, Roberto, *El Derecho a la protesta*, p. 184.

que ven obstaculizado su acceso a los lugares tradicionales de la representación, por lo que a través de la jurisdicción, hacen sentir sus voces y obtener así resultados que de otra forma serían del todo imposibles<sup>64</sup> .

Por otra parte, la actividad jurisdiccional resulta fundamental para fijar un **estándar general** que determine la responsabilidad de las autoridades políticas, incluido el Presidente de la Nación, por los delitos cometidos por el personal policial en el ejercicio de sus funciones<sup>65</sup> .

Esto implica establecer límites concretos a la actuación del aparato represivo del Estado, bajo la siguiente clave: el funcionario que ordena un operativo policial es **responsable de controlar el modo en que las fuerzas de seguridad llevan adelante la orden impartida**, porque los delitos cometidos por los integrantes de las agencias policiales le serán atribuidos al sujeto que autorizó el empleo de la fuerza.

#### **4.1.4. SITUACIONES PARTICULARES DERIVADAS DE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE O INIMPUTABILIDAD**

Roberto Gargarella hace unos años compiló una serie de trabajos sobre el “*derecho a resistir el derecho*” que actualizaron la discusión en torno a la actitud que debe exigirse a la ciudadanía cuando el gobierno infringe sus obligaciones fundamentales de modo sistemático<sup>66</sup> .

En esos trabajos se recuerda que, *durante más de cuatro siglos*, el derecho de resistencia fue considerado uno de los derechos centrales dentro del derecho, de modo tal que, siendo el primer deber de todo gobierno la protección de los derechos inalienables de las personas, el pueblo podía legítimamente resistir a un gobierno que no fuera consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos<sup>67</sup> .

---

<sup>64</sup> Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, p. 356

<sup>65</sup> Un caso concreto que evidencia lo señalado se vislumbra en la resolución adoptada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital al referirse a los cargos contra el ex secretario de Seguridad Interior Enrique Mathov, al sostener que la declaración de estado de sitio incrementó el deber de control y de supervisión del funcionario, haciéndolo responsable por las cinco muertes y los 227 heridos de las trágicas jornadas del 19 y 20 de diciembre de 2001 (*La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, CELS, p. 139).

<sup>66</sup> *El derecho a resistir el derecho*, Gargarella Roberto compilador, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 2005.

<sup>67</sup> Gargarella, Roberto, *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*, en *El derecho a resistir el derecho*, cit. pp. 16/17.

Desde esa línea de pensamiento, frente a una imputación penal, es clave tratar de brindar un **parámetro objetivo** que defina quiénes son los grupos afectados por las asimetrías y desigualdades.

Un parámetro objetivo está dado por los mecanismos oficiales de medición de los niveles de pobreza, lo que ha implicado la conformación de las denominadas “líneas de pobreza” o “umbral de pobreza”, entendido como el nivel de ingreso mínimo necesario para adquirir un adecuado estándar de vida.

La medición de la pobreza se realiza a través de distintas mediciones:

- a. el *método directo*, también conocido como Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) consiste en identificar el conjunto de hogares que no pueden satisfacer alguna necesidad básica.
- b. el *método indirecto*, también llamado el “enfoque del ingreso”, que consiste en calcular el ingreso mínimo o línea de pobreza (LP), por encima de la cuál todas las necesidades básicas se satisfacen e identificar los hogares o personas cuyos ingresos se ubican por debajo de esta línea<sup>68</sup>.

Decíamos al principio de este cuarto capítulo, que *no basta* con que los jueces decidan no aplicar la violencia del sistema penal en ciertos casos, devolviendo a la calle a aquel que en dicho ámbito suele ser perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado<sup>69</sup>.

Se nos ocurren dos ejemplos muy evidentes de situaciones que requieren un abordaje más comprometido por parte de los jueces penales, de modo que no pueda estimarse suficiente la decisión de no aplicar mayor violencia contra estas personas a través de una pena.

Una situación reiterada, viene dada en los casos en que se verifica la concurrencia de un **estado de necesidad justificante**, frente a la comisión de delitos contra la propiedad de personas que carecen de mínimos recursos socioeconómicos para procurar su subsistencia.

Otro escenario repetido, se plantea en los supuestos donde media una causa de **exculpación de la conducta**, derivada de un cuadro de **inimputabilidad**

---

<sup>68</sup> *Acerca del método utilizado para la medición de la pobreza en Argentina*, documento preparado por la Dirección Nacional de Encuestas de Hogares del INDEC.-

<sup>69</sup> Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, p. 39, Bogotá, 2008.

generado por una dependencia a los tóxicos o el alcohol que le impida al agente la comprensión de su conducta o la dirección de sus acciones.

De éste modo, una vez constatadas las situaciones fácticas expuestas, los jueces deberían procurar herramientas creativas para procurar remediarlas.

Desde esta óptica, en casos de conductas típicas concretadas por ciudadanos *excluidos del sistema de producción del capital*, que carecen de sus necesidades básicas mínimamente satisfechas, los jueces penales tienen mecanismos para **dar intervención a los ámbitos gubernamentales respectivos**, sean estas secretarías provinciales de desarrollo social o fomento del empleo, o bien a los propios ámbitos municipales especializados en estas cuestiones. De esta forma, es factible **promover la incorporación de estas personas a planes sociales**, procurando un compromiso gubernamental que tienda a modificar ese contexto de desigualdad absoluta.

De la misma manera, ante el requerimiento del interesado, la acción judicial para **requerir cupos de internación o tratamiento** en los centros provinciales especializados en la prevención de adicciones, no sólo incentiva la voluntad de los particulares en superar determinadas patologías, sino que permite monitorear por parte de la jurisdicción el modo en que funcionan las becas y oportunidades en estas áreas de la administración pública.

## **4.2. INTERVENCION EN POLITICAS DE SEGURIDAD.**

### **4.2.1. ¿Diseño de políticas de seguridad?**

Hace un tiempo, tomó estado público un fallo emitido por un juez de primera instancia de Distrito en lo Civil y Comercial nro. 1 de Rosario que le ordenó a la Provincia de Santa Fe que en el término de 90 días de notificada la sentencia acompañe un informe que *determine un accionar tendente a brindar una mayor seguridad a la población de Rosario*, incrementando la presencia y patrullaje del personal policial en la vía pública, necesarios a los efectos de una mejor prevención y combate del delito bajo las apercibimientos de ley, con costas a la vencida<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> *"Peralta Hugo v. Gobierno de la Provincia de Santa Fe"*, revista de Derecho Penal y Procesal Penal, nro. 6/2009, p. 972, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. La vía utilizada por el particular para acceder a la administración de justicia fue un recurso contencioso administrativo sumario –acción popular- previsto en el art. 1 de la ley 10.000 de Santa Fe, alegando el accionante que, como ciudadano que pagaba sus impuestos, se sentía altamente preocupado, afectado y

La sentencia del juez de grado indicaba que “la seguridad es un interés difuso, pues todos tenemos derecho a ella...no podemos hacer oídos sordos a este recurso que en esencia es el clamor, opinión y pensamiento de toda nuestra sociedad, cual es, la inseguridad reinante en orden a la vida de sus integrantes, corroborado ello por todos y cada uno de los hechos que en parte se conocen por los medios periodísticos”.

El pronunciamiento puso sobre la mesa la **judicialización de las políticas públicas en materia de control del delito urbano**.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, que *anuló* la decisión en virtud de traerse a juzgamiento políticas públicas que competen a otros poderes del Estado, en abierta contradicción a las disposiciones legales (art. 72 inc. 17 Constitución de la Provincia de Santa Fe).

Para el máximo tribunal provincial, además del déficit de fundamentación que implica recurrir a *conceptos abstractos* tales como “sensación de inseguridad” y “desprotección”, la sentencia del tribunal claramente implicaba un exceso en la órbita del activismo judicial, ya que **al ordenar conductas concretas** a otro de los Poderes del Estado sobre **una materia propia, exclusiva y excluyente** asignada por la Constitución Provincial al Ejecutivo, se vulnera el principio de división de poderes.-

Si bien coincidimos plenamente con la decisión del tribunal superior, alguien podría preguntarse *¿por qué se viola el principio de división de poderes cuando se ordena al Gobierno de Santa Fe una mejora en las estrategias de control del delito, mediante el incremento de patrullaje policial y no se vulnera ese principio cuando se ordena al Poder Ejecutivo bonaerense que adopte medidas para mejorar la situación de los detenidos en su territorio?*

La respuesta podría darse en tres niveles: a) materia de intervención; b) preexistencia de estándares objetivos o ulterior posibilidad de construcción c) posibilidad de control operativo por parte del Poder Judicial.

- a)** Un *primer análisis* para determinar si la intervención judicial en el diseño de políticas públicas implica una injerencia indebida en las facultades de otros poderes, precisamente responde a **la materia en discusión**, dado

---

atemorizado por su seguridad, integridad personal y patrimonial, agravado ello por el homicidio de un funcionario policial en acto de servicio “aparentemente por falta de chaleco antibala y haberse trabado su pistola reglamentaria”. La sentencia fue confirmada por la Sala 3ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.



que habría supuestos en los cuáles *es la propia ley la que determina el límite*: se trata de los casos en los cuáles el legislador predetermine ámbitos de actuación privativos del Poder Ejecutivo.

Destaca Bergalli que el límite para la creación judicial del derecho, depende del marco constitucional y la concepción de la figura del juez que refleje el ordenamiento regulador de la jurisdicción<sup>71</sup>.

Desde esta óptica, debe reconocerse que las políticas de seguridad ciudadana *han quedando libradas al ámbito de decisión de la administración ejecutiva*, con sus responsabilidades nacionales, provinciales e incluso locales.

Sin embargo, aún en este nivel habría posibilidad de intervención del Poder Judicial, aunque dicha actuación nunca podría resultar de carácter proactivo (promoviendo una política de seguridad concreta) sino de control, de modo de *invalidar políticas concretas* que resulten contrarias a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (ver el punto subsiguiente de este trabajo).

En cambio, si bien la materia penitenciaria constituye un ámbito de gestión administrativa, en éste ámbito *se entrecruzan las decisiones y responsabilidades*: los jueces que han ordenado la privación de libertad de una persona son los garantes de su integridad física. En consecuencia, no sólo están facultados para ordenar medidas vinculadas a las condiciones de detención de los mismos, sino que además es su obligación hacerlo.

- b)** Un *segundo parámetro* creemos que puede trazarse en función de la **conurrencia de parámetros objetivos** (preexistentes o de ulterior construcción) para **comparar si las políticas públicas se adecuan a ese plano ideal**.

Siguiendo esta idea, resultaría imposible *ya no acordar qué cantidad de patrulleros es la adecuada para brindar seguridad urbana o qué niveles de armamento y protección* deberían otorgarse a las fuerzas represivas para el “*combate*” del delito, *sino* coincidir en algún tipo de definición en derredor del concepto “seguridad”.

---

<sup>71</sup> Bergalli, Roberto, *Sistemas penales comparados y problemas sociales*, p. 333.

Contrariamente a ello, en el ámbito de las condiciones de detención, existen normativas específicas y guías regulatorias de la materia, que permiten constatar en los casos concretos si se han agravado ilegítimamente dichas condiciones, por ejemplo revisando la cantidad de personas alojadas en un mismo espacio físico, observando la provisión de medicamentos que reciben, etc.

- c) Finalmente, la *tercer dimensión* que nos parece oportuno analizar para detectar un posible exceso en el activismo judicial, se vincula con la **posibilidad efectiva de controlar** que aquello que la jurisdicción le ordena al Poder Ejecutivo *tenga un cumplimiento efectivo real*.

En este sentido, debemos concluir que es *absolutamente subjetiva* la percepción de una eventual eficacia preventiva del delito, expuesta en términos de “*patrullaje*” o de *saturación* del espacio público con fuerzas represivas, máxime cuando el fundamento para ordenar esa modificación en las políticas de seguridad se ha sustentado precisamente en la existencia en una “sensación de inseguridad” colectiva.

Sin embargo, *sí* es factible revisar en el ámbito de las políticas penitenciarias si se han modificado *estructuras edilicias* donde padecen su encierro las personas privadas de libertad o si *se han recibido las partidas de medicamentos* exigidos para preservar la salud de los reclusos.

#### 4.2.2. Control sobre detenciones administrativas.

En el esquema que presentamos en el punto anterior remarcábamos la posibilidad de un **control efectivo** de las agencias judiciales respecto de las *políticas concretas* que resulten contrarias a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.-

Un ejemplo paradigmático de estas *actividades marginales* lo constituye la detención de personas para cumplir actividades burocráticas de control social como conocer su identidad.

Esta potestad policial es una **facultad inconstitucional**, violatoria de la garantía primaria libertad y de la presunción de inocencia.-

Por lo pronto, conceder la facultad policial de detener una persona cuando concurren “*circunstancias que razonablemente justifiquen*” conocer su identidad implica una afectación a las garantías de igualdad ante la ley y de razonabilidad en el ejercicio de los actos de gobierno.

La operatividad real del empleo de estas prácticas por la Policía de la Provincia de Buenos Aires evidencia la violación al principio de legalidad, ya que las detenciones fundadas en la norma cuestionada, en realidad se justifican en motivos distintos a los enunciados en la ley, transformando los motivos de la detención desde la alegada “averiguación de identidad” legal a la “averiguación de antecedentes” real, es decir, a la concreción de una diligencia administrativa tendiente a verificar si la persona posee condenas anterior o procesos penales en trámite, si registra un pedido de captura, de comparendo compulsivo o de prohibición de salida del país, emanado de autoridad judicial.

Pero además, este mecanismo es utilizado en la práctica para subvertir principios básicos del proceso penal: en múltiples oportunidades funciona como un mecanismo para sortear la exigencia legal de orden judicial de detención en casos donde no hay delito flagrante alguno.

Por otra parte, dado el carácter meramente “administrativo” que se le asigna a ésta modalidad de privación de libertad, las detenciones analizadas violan estándares internacionales que regulan las condiciones de detención, como la obligación de comunicar la situación de privación de libertad a los familiares o los vínculos de afecto del detenido.

Del mismo modo, la experiencia cotidiana da cuenta que la detención en averiguación de identidad se practica sin comunicación de las circunstancias y motivos de dicha medida al juzgado de garantías en turno, en palmaria violación al principio de judicialidad.

La supervivencia de este instituto demuestra la relevancia que implicaría una fuerte reacción negativa de la jurisdicción frente a estas prácticas marginales: se trata de una figura violatoria de principios fundamentales del estado democrático de derecho, cuya inconstitucionalidad debe ser declarada por los jueces como paso previo a su derogación legislativa. **Es un imperativo para la jurisdicción remarcar el carácter ilegítimo de determinadas normas**, por su invalidez con el contenido de esenciales garantías constitucionales, con el

objeto que dichas disposiciones seas derogadas por quien tiene facultad para ello.

Hasta tanto ello no suceda, los subsistemas penales paralelos se robustecerán con herramientas que legitiman una modalidad de castigo marginal, reservada al arbitrio policial y que se dirige esencialmente a los hombres jóvenes pobres.

#### **4.2.3. Iniciativas frente a casos de violencia institucional.**

Otro aspecto de la actividad jurisdiccional acotada al ámbito penal que requiere un fuerte protagonismo de los jueces es la adopción de **estrategias de intervención frente a los casos de violencia institucional.**

Desde esta óptica, en la Provincia de Buenos Aires se han desarrollado en los últimos años interesantes propuestas para relevar y documentar hechos de violencia cometidos por fuerzas de seguridad.

Vale mencionar en este punto la creación del Banco de Datos de casos de Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires, a iniciativa de los funcionarios integrantes de dicho cuerpo letrado<sup>72</sup>; la obligación impuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a todos los jueces penales de la provincia de suministrar información al Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de cada causa penal iniciada por denuncia de ilícitos cometidos por funcionarios de las fuerzas de seguridad<sup>73</sup> y la creación en el ámbito del máximo tribunal bonaerense de la Secretaría de Derechos Humanos, orientada a recabar información sobre los procesos existentes en éste aspecto.

Sin embargo, las ventajas que han implicado la documentación de casos de violencia institucional y la sistematización de los respectivos procesos penales, **lejos ha estado de tener un correlato en la eficacia de la persecución penales de esta categoría de delitos.**

El número de denuncias de torturas y apremios ilegales formulados es absolutamente desproporcionado en relación a la ínfima cantidad de casos en los cuáles se logró identificar al autor de esos hechos e imponerle una pena.

---

<sup>72</sup> Creada el 27/6/2000 por resolución de la Procuración General de la Nación nro. 35/2000.

<sup>73</sup> Acordada 2825 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Sería objeto de un estudio autónomo y complejo el análisis de las ideologías de fiscales y jueces, que en parte *toleran* ciertos ejercicios de violencia institucional como una actividad normal del *disciplinamiento penal* y que en parte se *amoldan a una burocracia* incapaz de contener los excesos y abusos que se desarrollan en su seno, debido a sus propios temores y falta de compromiso.

Pero en todo caso, los fracasos en las investigaciones por esta clase de delitos, nos llevan a **proponer un cambio de paradigma del modelo clásico acusatorio** que defendemos como esquema adecuado para las restantes conductas punibles, en la medida que este diseño aspira a un equilibrio entre los roles de acusación y defensa que asegure la imparcialidad del órgano judicial.

Ahora bien, en los casos de personas privadas de libertad que sufren torturas o apremios de las fuerzas de seguridad, **debe promoverse que los jueces a cuya disposición se encuentran privadas de libertad dichas personas, inicien las investigaciones** respectivas por estas conductas ilícitas, ello con el objeto que en forma urgente recolecten las medidas de prueba claves para el éxito de estos procesos (informe médico sobre la persona lesionada, testimonio de otros detenidos presentes durante los hechos, secuestros de libros de guardia o planillas de presentismo, etc)

Esta iniciativa instructoria por parte de los jueces de garantía se fundamenta en razones de diversa índole: *por un lado*, al haber ordenado la detención de un ciudadano (o encontrarse de turno cuando se concreta una aprehensión policial), ellos son los **garantes de la integridad física de los detenidos**, de modo que se impone una *actuación rápida y diligente cuando estas personas sean agredidas*, dado que se han incumplido normas en materia de condiciones de detención o incluso cometido delitos, dentro de una órbita que tiene al juez como el actor fundamental; *por otro lado*, **la demora** en la intervención por parte de funcionarios judiciales en recabar esas pruebas vitales para el esclarecimiento de los hechos, **conspira contra el éxito** de los procesos.

Demás está decir que una vez cumplida esa actividad instructoria inicial, el juez deberá darle intervención al fiscal en turno, órgano asignado a la persecución

penal, debiendo luego excusarse de intervenir en el proceso por una elemental afectación a su imparcialidad objetiva.

Sin embargo, su activismo en promover la investigación **ya habrá cumplido sus fines**: jerarquizar la función jurisdiccional, asumir el compromiso institucional de resguardar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y recabar las evidencias vitales para la ulterior reconstrucción de los hechos.

### **4.3. INTERVENCION EN POLITICAS PENITENCIARIAS.**

#### **4.3.1. Derecho a la salud.**

Tengo para mi que la función jurisdiccional **no puede legitimar la profundización** de lo que Rivera Beiras denomina “**la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría**”, debiendo promoverse una instancia judicial que sirva para **disminuir los efectos negativos de la cárcel y hacer penetrar en ella los principios del garantismo penal** <sup>74</sup>.

De lo que se trata, *al decir de Bombini*, es que los operadores jurídicos utilicen las herramientas que les permitan **reconocer y develar las funciones materiales de la cárcel**, para poder **ejercitar** (en este caso en el nivel jurídico) **con mayor eficacia el derecho de resistencia**, entendido como el fortalecimiento de los movimientos sociales de defensa de los derechos fundamentales de los reclusos.-

En materia de salud penitenciaria, cualquier comparación entre el cuadro de situación que se constata en una visita carcelaria y el marco normativo que regula los derechos fundamentales de los reclusos, evidencia **un agravamiento ilegítimo en las condiciones que cumplen su privación de libertad los reclusos en razón de la afectación de derechos de jerarquía constitucional tales como la integridad física y psíquica, la salud y la dignidad humana de las personas privadas de su libertad.**

No puede dejar de reconocerse que el problema de la sanidad penitenciaria **resulta coyuntural** y no es exclusivo de estas latitudes ni de la actual administración que gobierna la Provincia de Buenos Aires.

---

<sup>74</sup> Rivera Beiras, Iñaki, *La cárcel y el sistema penal*, p. 66, Cuadernos de Criminología 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.-

Bevaqua identifica el punto inicial del problema en la escasa capacidad de convocatoria de este tipo de tareas para el profesional médico, sea recientemente graduado o experimentado, circunstancia que frustra el reclutamiento de nuevos profesionales<sup>75</sup>.

Como causas concurrentes de la situación existente, el citado facultativo – quién presta funciones en la Unidad Penal 4 de Bahía Blanca- adiciona los magros sueldos existentes en la Provincia de Buenos Aires, el escaso prestigio profesional de esta actividad en la actualidad y la insuficiencia de soporte científico y humano para la atención médica del recluso en el ámbito de la salud pública.

Sin embargo, **el derecho a la salud**, si bien no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución Nacional, evidentemente se encuentra entre aquellos derechos implícitos (art. 33), presentándose en general como un **valor constitucional supremo**, al ser vinculado con la integridad psicofísica de la persona.

Ruotolo destaca la relación del **derecho a la salud de los detenidos** con el ámbito inviolable de la **dignidad humana** y su consiguiente connotación como valor supremo al cual deben conformarse tanto las decisiones legislativas como las jurisprudenciales, en función del **principio constitucional de la humanización y de la función reeducativa de la pena**, como así también las previsiones de la normativa supranacional que prohíben **el sometimiento a tratamientos inhumanos o degradantes**<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Bevaqua, Alejandro, *Salud Penitenciaria. ¿Pacientes de segunda?. Un (grave) problema pendiente de solución. Perspectiva médica para su planteo*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 4/2007, p. 736.

<sup>76</sup> Ruotolo, Marco, *Derechos de los detenidos y Constitución*, p. 213, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su art. 12 que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y entre las medidas que deberán adoptar los Estados a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su art. 5 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconoce en el inciso 8vo del art. 36 el derecho social a la salud, de la siguiente manera: “La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación;

El problema viene dado porque las cláusulas de los textos normativos citados contienen *reconocimientos generales* de derechos sociales que dificultan la construcción de pautas objetivas tendientes a fijar con certeza los estándares de condiciones admisibles de detención.

Un aporte en este sentido puede encontrarse en “Verbitsky”, ya que en el punto segundo de la parte dispositiva la Corte declara que “las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.”

En éste sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, 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, establecen en relación a los *Servicios médicos*:

22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. 2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesario para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional. 3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado. (...)

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.

25. 1) El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar

---

promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.”



enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado. 2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

Dichos preceptos han sido regulados a través de las leyes de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad la Nación (arts. 143/152 ley 24660) y de la Provincia de Buenos Aires (arts.9, 76 y 153 ley 12256) .-

Marcos SALT ha subrayado que fijar como estándar las Reglas Mínimas de Naciones Unidas, si bien **resulta un parámetro importante, no constituye un avance significativo ni definitorio sobre la cuestión, ya que dichas pautas han sido superadas en contenido y precisión por propuestas internacionales posteriores a su sanción**, citando como ejemplo el “Manual de Buena Práctica Penitenciaria”, publicación de Penal Reform Internacional, versión española del IIDH, San José de Costa Rica, 1998 <sup>77</sup>.

El citado Manual contiene en su Sección IV un amplio catálogo de pautas interpretativas de las Reglas Mínimas en materia de Salud física y mental de los reclusos, partiendo de la base que *“el encarcelamiento es afflictivo por su naturaleza misma y no debe ser agravado. La Regla estipula que la privación de la libertad implica privación del derecho de autodeterminación. Cuando este derecho se ha perdido, no sólo en principio, sino que también lo impide en la práctica diaria las reglas que gobiernan el régimen de la institución penal, será difícil para un preso tomar medidas que él o ella consideren necesarias o deseables para su salud. Entonces, es obviamente una responsabilidad del gobierno asegurar el derecho a la vida de los presos, buenos niveles de salud en la institución; garantizar condiciones de vida y de trabajo saludables;*

---

<sup>77</sup> Salt, Marcos, *El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial?. Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 12, p. 1201, Lexis Nexis.

actividades y tratos que no dañen la salud de los presos y los procedimientos médicos y de enfermería suficientes y eficientes”.

Esas herramientas que tienen los jueces penales para revertir las ilegítimas condiciones de detención verificadas en relación a las condiciones de salud, pueden ser utilizadas en los siguientes aspectos:

**a. Insuficiencia de profesionales médicos.**

Como resalta en su apartado 22 el Manual de Buena Práctica Penitenciaria de Implementación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por las Naciones Unidas:

*“Obviamente, el primer requisito del cuidado de salud es que haya un médico disponible y accesible. No siempre será posible ni necesario, dependiendo del tamaño de la institución, tener un médico disponible por tiempo completo. Es más necesario entonces asegurar lazos permanentes con los servicios de salud externos de la comunidad, como lo señala la Regla 22 (1). Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de los Presos llegan a decir: Los presos tendrán acceso a los servicios de salud disponibles en el país, sin discriminación en base a su situación legal. (Principio 9).”*

En consecuencia, resulta fundamental para la adecuación de las condiciones de detención de los internos alojados en cada Unidad Penal, que los jueces se ordenen a la autoridad penitenciaria que se garantice que durante las 24 horas exista un médico de guardia asignado al conocimiento y tratamiento de los conflictos de salud emergentes en cada centro de detención.

Si bien, como reconoce el Manual de Buena Práctica Penitenciaria de Implementación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, dada la cantidad de internos existentes en determinados centros de detención, podría prescindirse de la presencia *permanente* de un médico en horario nocturno, lo cierto es que **debe asegurarse que exista un facultativo de guardia en horario inhábil** que se haga presente en el ámbito de referencia para atender las situaciones de crisis y urgencia que puedan surgir durante las 24hs, el cuál además resultará garante de la integridad física de los internos alojados en dicho ámbito, sin perjuicio de las responsabilidades conjuntas de las autoridades administrativas y judiciales.

He transcripto la Regla 25 (1) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas que **establece la obligación para los médicos de visitar diariamente a todos los reclusos enfermos**. El Manual de Buena Práctica Penitenciaria (de Implementación de las Reglas Mínimas) interpreta que “la regla 25 (1) enfatiza, por muy buenas razones, la responsabilidad personal del médico de la institución de **ver diariamente a todos los enfermos que se quejen de estar enfermos**. La salud de los presos es, en general, **más vulnerable que la de los ciudadanos libres, debido a las condiciones de encarcelamiento, su propia conducta que puede llevarlos a auto-mutilarse, hacer intentos de suicidio o también ultrajarse unos a otros**. El agotamiento emocional del encarcelamiento además puede llevar a enfermedades físicas. Sin embargo, puede también pretender estar enfermo y abusar del cuidado médico. No obstante, el médico es el único que puede juzgar esto. Se debe tomar en cuenta también que el hecho de que un preso esté fingiendo una enfermedad, puede indicar que su situación o salud no está del todo bien”.

Una cuestión clave, íntimamente vinculada a la situación de los profesionales médicos y a los enfermeros que prestan servicios de manera real en las unidades carcelarias de la Provincia de Buenos Aires, son las propias dificultades que se les presentan a los facultativos para ejercer adecuadamente sus funciones, lo que ha conllevado a que varios facultativos aleguen que *“la falta de medios pone en riesgo mi matrícula profesional”*<sup>78</sup>.

En consecuencia, es fundamental que los jueces articulen conjuntamente con el **Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires la elaboración y entrada en vigencia de un Estatuto para Personal de Salud Penitenciaria**, conforme lo oportunamente sugerido por el Comité contra la Tortura en su informe “El sistema de la crueldad III” (fs. 122).

#### **b. Inadecuada provisión de medicamentos e insumos.**

Ha quedado evidenciado con absoluta claridad a través de la prueba recolectada en múltiples acciones judiciales, los gravísimos problemas

---

<sup>78</sup> “Defensoría General de Mar del Plata s/ Habeas Corpus colectivo en favor de los internos alojados en la Unidad Penal 44, Alcaldía de Batán”, causa 1925 del Juzgado de Garantías nro. 4 de dicho Departamento Justicia (fs. 122/vta)l.

derivados de la **insuficiente provisión de medicamentos e insumos** para la cobertura de la atención de los servicios médicos de guardia.

La privación de medicación causa un sufrimiento adicional al que ocasiona la privación de libertad: mala salud, dolor, miedo, pérdida de la dignidad y de la vida (Declaración de Montreal sobre el Derecho Humano a disponer de Medicamentos Esenciales, 2005).

Los Estados tienen que hacer todo lo que razonablemente puedan para garantizar que los medicamentos existentes estén disponibles en cantidades suficientes en sus jurisdicciones.

Como destacan Hunt y Khosla, **el derecho a la salud requiere una política nacional de medicamentos para garantizar el acceso a individuos y grupos desaventajados, incluyendo en esta categoría a las personas privadas de su libertad.**

“Esta preocupación respecto de la vulnerabilidad y la desventaja surge de los principios más importantes del derecho internacional de los derechos humanos: **no-discriminación e igualdad**. En gran medida, estos principios mellizos no siempre requieren igual tratamiento: por el contrario, a veces requieren que el Estado tome medidas a favor de individuos y comunidades desaventajadas <sup>79</sup>

Además de los múltiples medicamentos e insumos faltantes, la experiencia reciente de gravísimos episodios ocurridos en cárceles argentinas que derivaron en el fallecimiento de personas por inhalación de humo tóxico proveniente de colchones, determina **que resulte inadmisibles la ausencia durante meses de un tubo de oxígeno en ciertos lugares de detención**<sup>80</sup>.

En efecto, el 16 de octubre de 2005, 33 personas que estaban bajo custodia del Estado provincial murieron asfixiadas e incineradas en la Unidad Penal n° 28 de Magdalena .

El Comité Provincial contra la Tortura, remarcó entre los hechos que crearon el marco determinante y condicionante de la muerte de 33 personas en la cárcel de Magdalena el incendio de colchones, como forma de protesta o como acción delictiva contra un detenido o grupo de detenidos; la constatación fáctica de

---

<sup>79</sup> Paul Hunt y Rahat Khosla “*El Derecho Humano a los Medicamentos*”, Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año 5, Número 8, junio 2008, p. 105.-

<sup>80</sup> El Dr. Alberto Rossi ex director de Sanidad de la Unidad Penal 44, luego de exponer el patético trámite burocrático que implica la recarga de un tubo de oxígeno, recordó que “*en caso de incendio se necesita un equipo completo de oxígeno de buena calidad, ya que el humo de los incendios de los colchones puede ser mortal*” (fs. 119/120).

que el incendio de colchones en celdas o pabellones produce la muerte en minutos y la falta de capacitación profesional adecuada del SPB para responder a situaciones de incendios y ausencia de planes de contingencia o de los recursos necesarios para actuar en casos de emergencias<sup>81</sup>

En este contexto, la ausencia de una tragedia de proporciones análogas a la sucedida en Magdalena o en el penal de varones n° 1 de Santiago del Estero, sólo puede justificarse en base al azar. Se recuerdan entonces las palabras de Zaffaroni, cuando afirmó que **la prisión en Latinoamérica es una pena de muerte por azar**<sup>82</sup>

Las falencias constatadas en la provisión de medicamentos esenciales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, deben ser reparadas a través de múltiples medidas que los jueces tienen a su alcance:

- I. **articular un mecanismo descentralizado para evitar que la obtención de insumos fundamentales**, como la recarga de los tubos de oxígeno, dependa de su traslado a La Plata, habilitándose la alternativa de **subsanan dichos faltantes mediante un procedimiento sencillo y eficaz** a realizarse en la propia ciudad donde se encuentra emplazada cada Unidad Penal.
- II. requerir a la Dirección de Salud Penitenciaria del Servicio Penitenciario Bonaerense que en forma inmediata efectúe una **auditoría de los medicamentos, elementos e insumos faltantes** para la cobertura de la atención médica brindada a los internos de la cada unidad penal, **procediendo en forma urgente a subsanar las omisiones existentes** .
- III. exhortar a la Dirección de Salud Penitenciaria del SPB que se articulen **mecanismos de comunicación directa y fluida con cada Unidad Penal**, cuestión que parece básica pero que la propia burocracia administrativa ha desconocido, ello con el objeto de detectar con la anticipación necesaria la concurrencia de problemas sanitarios derivados de la falta de medicamentos, insumos y

---

<sup>81</sup> *“Cárcel de Magdalena. Por un nuevo Nunca Más”*. Informe de la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires sobre la muerte de 33 personas detenidas en la Unidad Penal 28 de Magdalena el 16 de octubre de 2005.-

<sup>82</sup> *Sistemas Penitenciarios y Alternativas a la Prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

elementos fundamentales para garantizar un servicio adecuado de salud en dicho centro de detención, asumiendo la Dirección de Salud Penitenciaria la responsabilidad por las omisiones en el cumplimiento de dichas obligaciones.

**c. Vínculo de la cárcel con el Hospital Público.**

He señalado con antelación que el Manual de Buena Práctica Penitenciaria, de Implementación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, resalta la necesidad de “asegurar lazos permanentes con los servicios de salud externos de la comunidad”.

En este sentido, en la Provincia de Buenos Aires *no existe convenio, marco de actuación o protocolo alguno* que vincule los servicios de salud que se brindan en cada región sanitaria el Ministerio de Salud provincial con el sistema de salud implementado por la Dirección General de Salud Penitenciaria del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires<sup>83</sup>.

Ya el “Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires 2006-2007. El sistema de la crueldad III”, elaborado por la Comisión contra la Tortura del Comité Provincial por la Memoria, daba cuenta que *“el hecho de que un interno sea aceptado en un hospital público depende de las voluntades de los profesionales en cuestión, quien deriva y quien acepta la derivación, pero no está facilitado por el Ministerio de Justicia y Salud. Aquí caen los objetivos propuestos en el decreto [decreto 950 del año 2005 que determinó la creación de la Dirección General de Salud Penitenciaria] de propiciar la celebración de convenios con diferentes organismos y coordinar acciones con otros organismos”* (p. 121).-

Evidentemente, **esta precariedad entre los mecanismos de respuesta de dos áreas del propio estado provincial** (Ministerio de Salud, a través del

---

<sup>83</sup> Los testimonios del ex Director de Sanidad de la Unidad 44, Dr. Alberto Rossi y del actual enfermero profesional Walter LOPEZ, a cargo de la coordinación de turnos entre la cárcel y el hospital público, no sólo **evidencian la ausencia de un marco normativo** que establezca las relaciones de asistencia y colaboración del sistema de salud público a la problemática sanitaria de la cárcel, sino que **exponen lo traumático que resulta en muchas ocasiones la obtención de turnos para la atención de pacientes en dicho ámbito**, trámite que en muchas oportunidades *depende de la propia amistad o de las relaciones interpersonales de los médicos que cumplen funciones en una y otra institución.*

Hospital Público y Ministerio de Justicia, a través de Salud Carcelaria), **resulta inadmisibile.**

Por el contrario, el vínculo entre el servicio de salud que brinda el Estado a las personas privadas de su libertad que se encuentran bajo su responsabilidad y el servicio público de salud, debe ser fortalecido.-

Como señala Cesano el acceso a la prestación de los servicios médicos es uno de los derechos que por efecto de la privación de libertad, no pueden garantizarse a sí mismas las personas privadas de libertad, **quedando completamente en manos de la administración penitenciaria el ofrecer el acceso a la atención médica y consecuentemente la garantía del derecho a la salud;** puede afirmarse que estamos frente a un derecho en el que el Estado representado por la administración penitenciaria asume un especial compromiso, ya que ha de velar por la salud de aquellos a quienes recluye <sup>84</sup>

De este modo, los jueces penales deben procurar que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, a través de sus Ministerios de Justicia y de Salud, regule un **marco normativo** que establezca las relaciones de asistencia y colaboración del sistema de salud público de cada partido a la problemática sanitaria de las unidades penales emplazadas en dicho territorio, de modo que dicha cuestión no quede librada al azar o a las relaciones interpersonales de los médicos de ambas áreas, ello para facilitar el acceso al sistema de salud público de los reclusos.

En ese contexto, resulta fundamental regular los mecanismos de ingresos de internos que se encuentran bajo crisis psiquiátricas agudas al ámbito de los pabellones de Salud Mental de los Hospitales Públicos, para brindar la contención urgente y transitoria que demandan dichas situaciones, sin perjuicio de la ulterior derivación a los centros psiquiátricos especializados en la materia.

#### **4.3.2. Mejora de condiciones edilicias.**

La infraestructura del ámbito carcelario resulta fundamental para verificar la concurrencia de condiciones de detención dignas.

---

<sup>84</sup> “Habeas Corpus presentado por Urquiza, Walter Daniel”, Resolución Interlocutoria n° 35/2007 adoptada por el juez José Daniel Cesano, Juzgado de Ejecución Penal 1, Córdoba 9 de noviembre de 2007.-

Ante una acción de Habeas Corpus colectivo, articulada por el Defensor General de San Nicolás los jueces de la Cámara de Apelación y Garantías de Junín se hicieron cargo de la problemática existente en el pabellón n° 2 de la Unidad Penal n° 13, consistente en la *ausencia total de elementos* que deben cubrir las ventanas de las celdas de ese pabellón, **disponiendo que las autoridades del Servicio Penitenciario Provincial procedan**, dentro del término de quince días, **a brindar una solución a dicha situación**; indicando incluso que *“de no resultar factible la instalación de los vidrios correspondientes -ya sea por cuestiones presupuestarias o de seguridad-, deberán buscar por intermedio de personal idóneo en la materia encontrar una solución alternativa tendiente a mitigar el viento y el frío que por la época del año se aprecia en el mencionado lugar, a fin de evitar que los detenidos allí alojados vean agravadas sus condiciones de detención al punto de considerar ello un trato cruel e inhumano”*<sup>85</sup>.

Sin embargo, en cuanto al cuestionamiento formulado por el Defensor General al alojamiento de dos internos por celda cuando las mismas, por las dimensiones que tienen, ni siquiera pueden ser aptas para alojar a una sola persona, los jueces se desentendieron del problema.

La respuesta fue la siguiente: *“cabe señalar que si bien dicha situación podría ser considerada como un agravamiento en las condiciones de detención, lo cierto es que resulta de público y notorio conocimiento que existen en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires serios problemas de ese tipo en casi todas las Unidades Carcelarias y que se está trabajando desde el Poder Ejecutivo para darle una solución integral al problema, extremo que se patentiza con la construcción de nuevas penitenciarias en todo el territorio de la Provincia e incluso con la que actualmente se está construyendo en un predio lindante a las Unidades 13 y 16 de esta Ciudad de Junín, por lo que entiendo que en lo que a ese aspecto específico del planteo se refiere surge evidente que se está intentando brindar una solución integral y adecuada y, en consecuencia, no merece ser receptado en esta instancia”*<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Exp.n°11.090: "Dr. Gabriel Ganon, Defensor Gral. del Dpto. Judicial de San Nicolas, interpone acción de habeas corpus en favor de la totalidad de los internos del pabellón 2 de la Unidad Penitenciaria n° 13 de Junín".

<sup>86</sup> C. 655.401, Juzgado de Garantías nro. 6, Lomas de Zamora, rta. 20.2.2006.



La **resolución dista de ser satisfactoria**: por un lado, si hay un agravamiento en las condiciones de detención, el mismo **debe** ser revertido por la jurisdicción penal; por otra parte, si se encuentran en construcción *nuevas* cárceles, ello no empece a que quiénes se encuentran detenidos en las *viejas* unidades penales, lo hagan bajo **condiciones de detención adecuadas a parámetros legales**<sup>87</sup>.

En definitiva, remarcamos este pronunciamiento para poner en evidencia **las dificultades que tiene la jurisdicción penal para abordar el problema del hacinamiento en las unidades penales**, trasladando el problema a la administración penitenciaria, pero desentendiéndose de sus avatares y resultados.

Otra clase de sentencias **le ordena a la autoridad administrativa una mejora** en las condiciones de detención mediante la **provisión de elementos esenciales para la vida cotidiana**.

Así, en relación al Centro de Recepción de Menores de La Plata, la jurisdicción penal ha ordenado la *inmediata* provisión de camas, colchones apropiados y frazadas, disponiendo además “la implementación, en un plazo de un mes, de un adecuado sistema de seguridad ante incendios y otros siniestros, que prevea un plan de evacuación y que cuente con las aprobaciones de las autoridades pertinentes en la materia”<sup>88</sup>.

Una mirada sobre las condiciones de detención en las comisarías de la provincia de Buenos Aires que el estado de los edificios es deplorable<sup>89</sup>.

Frente a ello, las respuestas que ha brindado la jurisdicción penal ha sido la **clausura de los calabozos**, con *prohibición absoluta para alojar personas*.

---

<sup>87</sup> Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” prescriben que: 9.1 “... Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual...”

<sup>88</sup> causa N° 60.827 “Comité contra la Tortura s/ Habeas Corpus”, rta, 1 de julio de 2008, Juzgado de Garantías nro. 2 de la Plata.

<sup>89</sup> El Reglamento de detenidos de la Provincia de Buenos Aires, que en su art. 26 establece “Los calabozos a que hace referencia esta Reglamentación deberán poseer las siguientes condiciones mínimas de construcción y seguridad. a) celdas individuales: 2,80 mts. de largo por 2,00 mts de ancho por 2,50 mts. de alto. Poseerá una tarima y elementos indispensables sanitarios. b) celdas comunes :4,80 mts. de largo por 4,80 mts. de ancho por 2,50 mts. de alto. Poseerá tarimas que permita el espacio, pudiéndose utilizar superpuestas y artefactos sanitarios... d) toda celda deberá asegurar luz solar y ventilación directa , mensualmente se procederá a su desinfección.

Sin embargo, la privación de libertad en dichos ámbitos debe recibir una respuesta global y definitiva.

Desde esa óptica, nos parece trascendente la decisión adoptada por la Exma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, que dispuso **limitar la permanencia de los detenidos en sólo dos seccionales policiales al cumplimiento de los primeros pasos procesales, no pudiendo superar las 72 hs.**, salvo que exista un obstáculo comprobado que impida el ingreso del detenido al servicio penitenciario provincial, según disponga el Juez natural de la causa.<sup>90</sup>

De este modo, la jurisdicción penal asume como propia la cuestión de las condiciones de detención de los reclusos, brindando respuestas que procuren una solución integral, que no dependa de cada caso en particular.

Pero más allá de clausuras, intimaciones y adecuaciones edilicias, en algún momento los jueces penales **deberán tomar la decisión de hacer cesar el encierro** cuando la modalidad del encarcelamiento agrave la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Quizás, este acto simbólico, sirva de **alerta roja** para la administración penitenciaria, y especialmente para el poder ejecutivo, de su responsabilidad en la situación de ilegalidad imperante.

Una valiente decisión en esa línea fue adoptada por el titular del Juzgado de Garantías nro. 6 de Lomas de Zamora, si bien circunscripta a la situación de un detenido que se hallaba enfermo en una dependencia policial. Dijo el juez: *“la tarea por conseguir un cupo para alojar a un detenido en Unidad Carcelaria es sumamente infructuosa; debe atravesar distintos carriles administrativos que demandan excesivo tiempo. Y muchas veces, la espera se traduce en detrimento para la salud. La obtención del cupo tampoco es garantía de que el enfermo estar en un lugar adecuado para el tratamiento de su patología. En el caso de C., se le indicó que debía permanecer en ambientes secos y bien ventilados (fs. 72), condiciones que, en general, no se verifican en los calabozos de las dependencias policiales de la provincia, desde que no fueron concebidas para el alojamiento de detenidos penales. Lo hasta aquí dicho, en*

---

<sup>90</sup> C. 9281 “Defensoría General Departamental s/ Habeas Corpus correctivo”, Sala Segunda, Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Mar del Plata, rta. en noviembre de 2006.

*cumplimiento de lo dispuesto por el Superior Tribunal de la Nación, es suficiente para motivar el cese de la medida de coerción entonces impuesta”.*

#### **4.3.4 Control judicial ulterior a la sentencia. Ultraactividad de la sentencia de Habeas Corpus.**

Ahora bien, las finalidades pretendidas mediante una acción de Habeas Corpus **no pueden estimarse cumplidas al lograrse la readecuación momentánea o temporal del sistema de salud** o la provisoria corrección de los defectos edilicios de un ámbito de detención, sino que exigen de los operadores judiciales un control y monitoreo constante para verificar la vigencia de los presupuestos básicos ordenados en cada sentencia.

Ello implica *repensar el instituto del Habeas Corpus*, al punto que debería **abrirse una etapa de ejecución ulterior a la sentencia** que, mediante las visitas periódicas de los jueces a las unidades penales permitan actualizar en forma constante la vigencia de las cuestiones resueltas en cada acción y la adecuación de las condiciones de detención a las condiciones mínimas exigidas por las normas de aplicación.

## **5. CONCLUSIONES.**

Los tiempos cambian, las demandas al Estado por parte de la ciudadanía plantean nuevos desafíos al Poder Judicial y exigen la articulación de ideas y herramientas que permitan a los jueces **interactuar en un rol protagónico para la modificación de la realidad**, especialmente para la protección de los derechos de los sectores más vulnerables de la comunidad.

En ese contexto, no sólo la visión de la jurisdicción como “la boca de la ley” ha quedado definitivamente atrás, sino que la propia concepción del juez como sujeto del proceso que se limita a resolver un conflicto entre partes desde su rol de tercero imparcial, ha sido superada en la actualidad.

En efecto, las lecciones que han aportado los casos de litigio estratégico, las acciones judiciales colectivas destinadas a modificar situaciones estructurales y los aportes derivados de diversos pronunciamientos de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación, demandan un **ejercicio activista de la jurisdicción**.

De éste modo, en múltiples ocasiones el juez, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, debe **enviar señales innovadoras a los demás poderes**, lo que implica una intervención específica en políticas públicas.-

En éste contexto, los jueces penales no sólo están bien situados para la **revisión judicial de las políticas de seguridad y penitenciarias**, sino que pueden articular mecanismos con los demás poderes para corregir situaciones que profundicen la violación de los derechos fundamentales de las personas seleccionadas por el sistema penal.

Del mismo modo, mediante creatividad, consensos y compromisos, es factible **abordar de una manera diferente ciertos delitos tipificados** por el legislador, de manera que las soluciones adoptadas en relación a los sujetos criminalizados permitan **no sólo evitar los efectos deletéreos de la sanción penal sino también mejorar la calidad de vida de los sujetos socialmente excluidos**, de modo de no reintegrarlos a la jungla callejera en idéntica *situación de vulnerabilidad*, que los haga presas fáciles de la arbitrariedad selectiva de las fuerzas de seguridad.

En esa línea se han trazado algunas ideas en el presente trabajo, con el objeto de abrir nuevos frentes de discusión, que permitan continuar repensando los alcances, exigencias y límites de la función de la jurisdicción penal.-

En definitiva, sólo cabe acordar con Sousa Santos en que *“el Poder Judicial puede ser independiente en un sentido más democrático y no corporativo no sólo cuando se asegure, al resolver un conflicto, la ausencia de presiones de los poderes políticos, sino también cuando –aun en contra de los intereses sectoriales de los diversos grupos de presión que pugnan por mantener un statu quo desigual – asuma su responsabilidad en el sistema democrático con un ‘desempeño más activo y políticamente controvertible”* <sup>91</sup>.

Juan Francisco Tapia.

---

<sup>91</sup> Bonaventura de Sousa Santos, *Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas*, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Siglo del Hombre Editores, 2001.