

**por una agenda progresista
para el sistema penal**

ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

SOCIOS FUNDADORES (2004)

Mario Alberto Juliano, Gustavo L. Vitale, Eleonora Devoto,
Carlos Reggiani, Adriana Nanni, Martín Marcelli, Ricardo Huñis, Rodrigo López Gastón

COMISIÓN DIRECTIVA (2006-2010)

Mario Alberto Juliano (presidente)
Juan Pablo Chirinos (secretario)
María Cecilia Gasparini (tesorera)
Adriana Lucía Nanni (vocal)
Santiago Nabaes (vocal suplente)
Carlos Reggiani, Nicolás Shiavo, Juan Manuel Kees (revisores de cuentas)
Alberto Bovino, Diego Camaño Viera, Ricardo Daniel Huñis,
Martín Marcelo, Alfredo Pérez Galimberti, Gustavo Vitale, Nicolás Laino,
Rodrigo López Gastón, Nicolás García (socios refundadores)

COMISIÓN DIRECTIVA (2010-2014)

Mario Alberto Juliano (presidente)
Adrián N. Martín (vicepresidente)
Adolfo Javier Christen (vicepresidente 2°)
Nicolás Laino (secretario general)
Gerardo Nicolás García (prosecretario)
Carlos Reggiani (tesorero)
Karina G. Andrade (protesorera)
Sandra Saidman, Diego Lucas Fernández, Fernando Ramón Ávila (vocales)
Edgardo Salatino, Fernando Gauna Alsina (vocales suplentes)
Ricardo Daniel Huñis, Francisco N. Ferrón,
Mariana Jorge, Mariano H. Gutiérrez (revisores de cuenta)

COMISIÓN DIRECTIVA (2014)

Adrián N. Martín (presidente)
Nicolás Laino (vicepresidente)
Adolfo Javier Christen (vicepresidente 2°)
Fernando Gauna Alsina (secretario general)
Gerardo Nicolás García (prosecretario)
Carlos Reggiani (tesorero)
Karina G. Andrade (protesorera)
Sandra Saidman, Diego Lucas Fernández, Fernando Ramón Ávila (vocales)
Edgardo Salatino, Irene Massimino (vocales suplentes)
Ricardo Daniel Huñis, Francisco N. Ferrón, Indiana Guereño,
Mariano H. Gutiérrez (revisores de cuenta)
Mario Alberto Juliano (director ejecutivo)

AUTORIDADES DEL CAMPUS VIRTUAL

Gustavo L. Vitale (director)
Adolfo Javier Christen (director adjunto)
Fernando Ramón Ávila (coordinador)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA DIGITAL

María Alvite (directora)
Daniel Schurjin Alemar (subdirector)

DIRECCIÓN DE LA RADIO ONLINE

Mario Alberto Juliano

www.pensamientopenal.org.ar (página institucional)

www.pensamientopenal.com.ar (revista digital)

www.pensamientocivil.com.ar (revista digital)

www.campusapp.com.ar (campus de educación virtual)

www.radioutopia.com.ar (radio Utopía); info@pensamientopenal.org.ar (contacto)

www.facebook.com/pensamientopenal (Facebook); [@pensapenal](https://twitter.com/pensapenal) (Twitter)

POR UNA AGENDA PROGRESISTA PARA EL SISTEMA PENAL

Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal

Fernando Gauna Alsina

coordinador

siglo xxi editores, méxico

CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS
04310 MÉXICO, D.F.
www.sigloxxieditores.com.mx

siglo xxi editores, argentina

GUATEMALA 4824, C1425BUP
BUENOS AIRES, ARGENTINA
www.sigloxxieditores.com.ar

salto de página

ALMAGRO 38
28010 MADRID, ESPAÑA
www.saltodepagina.com

biblioteca nueva

ALMAGRO 38
28010 MADRID, ESPAÑA
www.bibliotecanueva.es

anthropos

C/LEPANT 241
08013 BARCELONA, ESPAÑA
www.anthropos-editorial.com

Gauna Alsina, Fernando

Por una agenda progresista para el sistema penal: Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
304 p. ; 15x23 cm.

ISBN 978-987-629-481-2

1. Sistema Penal.
CDD 364.6

© 2014, Asociación Pensamiento Penal
© 2014, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Eugenia Lardiés

ISBN 978-987-629-481-2

Impreso en Artes Gráficas Delsur // Alte. Solier 2450, Avellaneda
en el mes de noviembre de 2014

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Introducción	11
<i>Adrián N. Martín y Fernando Gauna Alsina</i>	
La Asociación Pensamiento Penal	17
<i>Gustavo L. Vitale</i>	
Palabras previas	19
<i>Eleonora Devoto</i>	
La victoria de las utopías	21
<i>Mario Alberto Juliano</i>	
PRIMERA PARTE	
Sobre los derechos de las personas privadas de la libertad: la promoción de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales	
1. El acceso de las personas privadas de la libertad a los medios de comunicación	25
<i>Mario Alberto Juliano</i>	
2. Trabajo digno en las cárceles. La experiencia recogida en el caso de la Unidad Penitenciaria de Batán	33
<i>Fernando Ávila y Mariano H. Gutiérrez</i>	
3. Apreciaciones del sufragio universal, secreto y obligatorio de las personas privadas de la libertad	47
<i>Gabriel M. A. Vitale</i>	

- 4. La implementación del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Viejos y nuevos desafíos en la prevención de la tortura** **65**
Nicolás Laino
- 5. El indulto, la amnistía y la implementación del cupo carcelario: alternativas para la solucionar la sobrepoblación carcelaria. Los casos de las provincias de Buenos Aires, Catamarca y Río Negro** **75**
Rodrigo Emanuel Draeger
- SEGUNDA PARTE
Sobre el derecho a la libertad personal durante la sustanciación del proceso
- 6. Detenciones policiales sin orden ni control judicial** **91**
Adrián N. Martín
- 7. Inconstitucionalidad de la detención en averiguación de identidad** **109**
Juan F. Tapia
- 8. La prisión preventiva en contextos de vulnerabilidad. Un análisis a la luz de los casos de María Ovando y las hermanas Jara** **119**
Indiana Guereño e Irene V. Massimino
- 9. Libertad y prisión durante el proceso. Aplicación inmediata y retroactiva del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén** **135**
Gustavo L. Vitale

TERCERA PARTE

Sobre el servicio público de administración de justicia:
prácticas y reformas legislativas pendientes

- 10. Sobre el mito del juicio por jurados en la Constitución argentina** 167
Nicolás Omar Vargas
- 11. La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino** 179
Diego Lucas Fernández
- 12. La reforma del Consejo de la Magistratura** 193
Carlos Reggiani
- 13. El Poder Judicial frente al aborto y su incidencia en su legalización** 201
Sandra Saidman y Nicolás Omar Vargas
- 14. Acerca del consentimiento del Ministerio Público Fiscal en la suspensión del proceso penal a prueba** 213
Edgardo Salatino

CUARTE PARTE

Sobre el derecho penal de los *sumergidos*
(el derecho contravencional)

- 15. El derecho contravencional y los elefantes** 227
Adolfo Javier Christen
- 16. La impostergable necesidad de saneamiento genealógico del sistema contravencional** 239
Adrián N. Martín
- 17. Un código modelo para las contravenciones** 253
Mario Alberto Juliano

QUINTA PARTE

Sobre los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal

- 18. La reforma del sistema penal juvenil. Consideraciones
luego de la propuesta presentada por la Asociación
Pensamiento Penal en Catamarca** **263**
Mario Rodrigo Morabito y Fabricio Gershani Quesada
- 19. El eterno retorno de las falsas soluciones.
La reducción de la edad de punibilidad** **271**
Fernando Gauna Alsina y Mariano H. Gutiérrez
- 20. La figura del abogado del niño en la Convención
sobre los Derechos del Niño** **285**
Mariana Jorge
- Los autores** **299**

Introducción

Adrián N. Martín

Fernando Gauna Alsina

La Asociación Pensamiento Penal (APP) es una organización no gubernamental, sin fines de lucro, integrada por operadores de todo el país. Jueces, fiscales, defensores oficiales, abogados, funcionarios y empleados judiciales, profesores, estudiantes de derecho y profesionales de disciplinas afines integran esta entidad interesada en la promoción de un sistema penal menos violento, que se adecue a los estándares derivados del programa constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

La Asociación nació a fines de 2004 a partir de un modesto espacio virtual promovido por funcionarios, académicos y juristas decididos a debatir críticamente acerca de la operatividad real del sistema penal. Por esa época la empresa no resultaba sencilla. La Argentina, luego de atravesar una grave crisis política, económica y social, se enfrentaba a una fuerte impronta de demagogia punitiva. El reclamo del padre de un joven secuestrado y muerto, apoyado por numerosos medios masivos de comunicación, había logrado reunir a una multitud de personas frente al Congreso nacional. Los legisladores cedieron a las presiones y reformaron varias veces el Código Penal en menos de un año. El resultado de ese proceso fue la definitiva ruptura de la sistematicidad en las escalas penales, lo que trajo aparejadas mayores tasas de encarcelamiento de los autores de delitos callejeros, de poca relevancia. Las provincias comenzaron a competir por sumarse a la carrera punitiva. Entretanto, Buenos Aires, la provincia con mayor cantidad de personas detenidas, modificaba su sistema excarcelatorio para profundizar el encarcelamiento preventivo, y el gobernador Ruckauf afirmaba que había que “meter bala a los delincuentes”. A diez años de esos sucesos algunos medios masivos de comunicación y parte de la dirigencia política parecen querer redoblar aquella apuesta punitiva. Nuevas demandas de seguridad tienen por respuesta un conjunto de medidas ineficaces pero efectistas. El discurso del miedo y una concepción bélica de la sociedad se desentiende de cualquier reflexión sobre la conflictividad social y reclama más cárcel como la única salida.

En ese contexto, el espacio virtual donde se unieron esas voces críticas, tuvo eco en numerosas provincias y se constituyó en una revista digital, que hoy es el banco de información jurídica y gratuita más grande de la región. La comunidad de intereses, que crecía día a día, fomentada por el intercambio de información y la difusión de ideas comprometidas con una mirada crítica del sistema penal, condujo inevitablemente al asociacionismo. Así, en 2006 se constituyó la APP como asociación civil y designó presidente al promotor incansable de esta empresa: Mario Juliano. Mario, como lo dice en las palabras iniciales a esta obra, ha apostado día a día a hacer realidad esta utopía.

Desde ese entonces, la Asociación concentró sus esfuerzos en algunos aspectos centrales del funcionamiento del sistema penal. Así, se orientó a contribuir en los procesos de reforma de los sistemas judiciales de todo el país, contribuyó en la elaboración de material dogmático comprometido con la denuncia de los efectos reales del sistema penal, se sumó a la capacitación de los operadores como herramienta de cambio, y colaboró en la promoción y diseño de políticas públicas que tuvieran en mira el mayor respeto de los derechos humanos. Tiempo después también empezó a hacerse oír en casos judiciales específicos bajo la figura de “amigo del tribunal”. La APP intervino así en causas donde se advertían graves violaciones de derechos, apoyando con fundamentos constitucionales y convencionales, las pretensiones de alguna de las partes.

En 2010, en el ámbito de la capacitación, la APP inauguró un sistema novedoso: el “campus virtual de educación a distancia”. El campus está integrado por profesores de reconocida trayectoria en las áreas más diversas del sistema penal y entrega certificaciones con el aval de la Universidad Nacional del Comahue. Esta plataforma virtual permitió que estudiantes y profesionales de toda la Argentina y Latinoamérica accedieran a cursos de calidad sin la obligación de trasladarse físicamente a los centros urbanos, y en especial a Buenos Aires.

El esfuerzo de la Asociación mereció, entre otros reconocimientos, que en 2011 un conjunto de diputados nacionales elaboraran un proyecto de resolución por el cual se consideraba de gran interés las actividades que desarrollaba la APP en defensa del Estado de derecho, el sistema democrático y el respeto irrestricto de los derechos humanos.

Más recientemente la Asociación comenzó a tener activa participación en medios de comunicación gráficos y radiales de buena parte del país. Consideramos que los espacios de reflexión y el debate académico debían tener como objetivo acercar a la ciudadanía una opinión distinta a la que ofrecen ciertos medios masivos y parte de la dirigencia política,

que parecen estar comprometidos con un proyecto de sociedad desigual y excluyente.

Esta publicación se inscribe en esa línea. Celebrando los diez años de vida de la Asociación Pensamiento Penal llevamos al público una obra colectiva en el convencimiento de que la divulgación de la producción de una década es una herramienta útil para continuar la reflexión en búsqueda de otra visión del derecho y de la construcción de una administración de justicia penal respetuosa de los derechos humanos.

En este marco, nos representan las palabras de Mario Juliano, quien recordó recientemente que hablar de derecho penal es hablar de prisión, y que ello implica una aplicación deliberada de dolor dirigida siempre a los sectores más vulnerables de la población. Esta concepción hace necesario reclamar a los operadores judiciales ser muy cautos en lo que respecta a la habilitación de poder punitivo, y también exigir a la academia que se aparte de abstracciones teóricas artificiosas y se aboque al estudio y crítica de los efectos reales del sistema penal.

Resulta entonces ineludible un esfuerzo de todos los involucrados con el derecho penal para trabajar en contener el ejercicio del poder punitivo, a fin de evitar ese tipo de respuesta violenta para los conflictos de menor entidad, desarrollando paralelamente estrategias que permitan recomponer o gestionar los conflictos con protagónica intervención de los afectados. Nuevos sistemas procesales que, a la par de incluir el juicio por jurados populares en casos graves y de corrupción, introduzcan mecanismos de resolución de conflictos no punitivos, es uno de los objetivos prioritarios a perseguir. Desde otra perspectiva, la creación e implementación de mecanismos que abran las puertas de las cárceles al control de organismos protectores de derechos también es una meta impostergable.

Algunos de esos tópicos, y otros igualmente trascendentes para un sistema jurídico de máximo respeto de derechos, los presentamos en esta obra. Pretendemos que esos trabajos puedan ser puntos de partida para la promoción de debates que tiendan a reflexionar críticamente sobre los efectos del sistema penal.

En la primera parte de la obra hemos analizado la postergación que sufren las personas privadas de libertad –condenados y encerrados sin condena– respecto de sus derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Una situación alarmante y urgente es la cárcel. Humanizar la cárcel es, probablemente, pretender racionalizar lo irracional, ya que no parece razonable responder a la violencia con más violencia. Sin embargo, la cárcel existe y no podemos contentarnos con denunciar lo obvio.

Desde esa perspectiva se analizan en esta sección cuestiones específicas tales como la prevención de las prácticas de tortura y tratos crueles, el acceso de las personas privadas de libertad a los medios de comunicación, la garantía de obtener un trabajo digno, el derecho al sufragio, y la herramienta del cupo carcelario como forma de evitar el hacinamiento.

En la segunda parte nos ocupamos del derecho a la libertad personal. Un ámbito donde es claro que, para cierto sector de la población, la privación de la libertad es la regla porque el Estado de derecho declina su vigencia frente a las pulsiones del Estado de policía. Las detenciones que efectúa la agencia policial sin control judicial y las detenciones dispuestas judicialmente sin una sentencia condenatoria son cuestiones que deben ser analizadas con carácter prioritario. Resulta innumerable la cantidad de personas que cotidianamente ven afectados sus derechos sin haber cometido un delito por el cual fueran condenadas. Esas privaciones de libertad son condiciones de posibilidad de otra serie de afectaciones.

La tercera parte aborda algunas prácticas en el ámbito del servicio público de administración de justicia y, coetáneamente, algunas reformas legislativas pendientes. Se destaca en esa sección la omisión histórica al cumplimiento de un anhelo de la constitución política de la nación: el juicio por jurados. Sin embargo, la situación de la defensa pública privada de autonomía funcional es también un tópico de gran relevancia práctica en varias provincias del país, al igual que la situación de los consejos de la magistratura. En esta misma parte, desde una óptica que analiza críticamente las prácticas judiciales también abordamos el rol del Ministerio Público Fiscal en las solicitudes de suspensión del proceso penal a prueba. Además, desde la perspectiva de las prácticas judiciales hemos seleccionado un tema que sobresale por su actualidad, pero también por sus efectos en la violación de derechos: del lugar que ha adoptado el Poder Judicial frente a los casos de abortos no punibles.

A continuación, nos ocupamos de un ámbito jurídico penal poco explorado y con gran impacto en los derechos de los más vulnerables: derecho contravencional. Mirado con desprecio por los penalistas, objeto de su nulo o escaso interés, ha sido un campo propicio para la arbitrariedad policial. El estudio detallado de las pretendidas ilicitudes que en ese ámbito se castigan da cuenta de a quién se dirige el ejercicio del poder punitivo.

Finalizamos la obra con el estudio de aspectos de un tema que ha captado la atención de las propuestas de demagogia punitiva: los niños y adolescentes. A pesar de la derogación de la Ley de Patronato de Meno-

res y su reemplazo por una Ley de Protección Integral, aún perdura una ley surgida en un período dictatorial que permite ciertas graves habilitaciones de poder punitivo a jóvenes. La disputa por la modificación del régimen de responsabilidad juvenil a veces transita por la adecuación al paradigma de protección; sin embargo, en otras se utiliza para proponer reducciones en la edad de punibilidad como solución mágica a la pretendida “inseguridad”. Las decisiones que se adopten en este campo sin duda determinarán fuertemente cómo se configurará nuestra sociedad en las próximas décadas.

Esta obra es colectiva por varias razones. Es colectiva porque ha nucleado un conjunto de trabajos escritos por diversos autores vinculados a la Asociación, pero además –y por sobre todo– es colectiva porque condensa años de debates, acciones, iniciativas, logros y sinsabores de una gran cantidad de personas identificadas con los objetivos que la APP ha defendido día a día con comunicados, *amicus curiae*, pronunciamientos, adhesiones, aportes e intervenciones que han hecho de la Asociación el lugar que hoy muchos consideran su ámbito de pertenencia o afinidad.

Es necesario reconocer y agradecer a una innumerable cantidad de personas. La Asociación no hubiera llegado hasta aquí sin el aporte incondicional de varios de ellos. No es posible mencionar a todos sin incurrir en graves injusticias. Sólo habremos de destacar a quienes, desde el inicio han marcado a fuego a la APP y permitido, con sus acciones, que muchos otros pudiéramos poner nuestro granito de arena, sintiendo que hay un manajo cada vez mayor de manos y corazones que nos sostienen en la empresa.

Gracias, Mario Juliano, por creer que es posible construir una asociación democrática, plural y ampliamente participativa, donde cada integrante tiene voz y voto. Nuevamente gracias, Mario Juliano, pero también gracias a Alberto Bovino y Alberto Binder, por sus diversas e imprescindibles formas de romper con lo que está mandado. Del mismo modo, también debemos agradecer a las asociaciones defensoras de derechos humanos con las que compartimos esta empresa, posible y realizable, de reducir el poder punitivo. Este agradecimiento está dirigido a muchas asociaciones, pero es el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) quien debe ser expresamente mencionado ya que, además de la amistad que nos une con varios de sus integrantes, ha contribuido sin dudas en nuestro crecimiento institucional. Un agradecimiento especial por la producción de esta obra merecen los responsables de la editorial Siglo XXI, quienes hicieron posible otra de nuestras utópicas ideas. Va entonces nuestra gratitud a Carlos Díaz, quien nos recibió y se interesó

por la propuesta, y a Caty Galdeano, quien nos tuvo sobrada e inmerecida paciencia durante todo el proceso de edición.

Por último es necesario decir públicamente que poco o nada de todo esto sería posible sin el afecto, cariño y paciencia que nos dan nuestras familias y amigos. A ellos y al sueño, día a día les restamos tiempo para seguir creyendo en –y realizando– estas utopías.

Otoño de 2014

Simultáneamente, desde varios lugares del país
conectados por las redes electrónicas y afectivas.

La Asociación Pensamiento Penal

Un poema de Gustavo L. Vitale

Alguna vez nos creímos
el discurso de igualdad,
pero en la cárcel no vimos
a ninguna majestad.

Entonces juntos pensamos
cómo hacer para librar
la lucha por los más pobres,
por los pobres del penal,
que ni siquiera culpables,
por sospecha sólo están.

Para eso nos inspiramos
en Concepción Arenal
y en los tantos luchadores
contra un mundo desigual,
como en nuestro Zaffaroni,
ese ser excepcional.

Y con Eleonora y Mario
nos pusimos a pensar
desde nuestros corazones
y las almas por igual
surgiendo así este gran medio,
como un modo de soñar.

Pero después de pensarlo
y de mucho imaginar,
quien concretó los ideales,
a no dudarlo jamás,
fue alguien imprescindible,
don Juliano, ¡a no dudar!

Él con los Nicos y Fano
brindó todo por lograr
un mundo menos tirano,
con problemas que abordar,
pero, en lugar de la cárcel,
con Pensamiento Penal.

Palabras previas

*Eleonora Devoto**

En principio, gracias a Mario y a Gustavo por permitirme terciar en esta génesis, porque sinceramente no creo estar a la altura de las circunstancias. En modo alguno destiné la energía que ellos desplegaron en función de la actual concreción. Sin embargo, siempre me identifiqué con Pensamiento, con su espíritu humanitario, al que adhiero más allá de cualquier controversia.

Pensamiento es una usina siempre encendida, siempre alerta. Nos permite contactarnos, reconocernos en nuestros logros, modestos en mi caso.

Pensamiento le da batalla a la irracionalidad, al punitivismo voraz, al diletantismo vulgar. Le da lugar a todos, y es ese uno de sus mayores méritos. Es horizontal y democrático. Se sabe que estará disponible para denunciar la injusticia, para destacar un mérito. Nos avisa de lo nuevo y mejor, nos alerta de los riesgos de la cruzada vindicante, nos capacita.

Pensamiento, en vez del “todoautoritario penal”, es el camino hacia un reduccionismo humanista. Y es también el aporte científico que acompaña el testimonio irrenunciable. En su multiforme aporte está el conocimiento y la templanza de Mario y la valiosa cooperación de su equipo.

Soñamos y nos propusimos, hace una década, ayudar a construir un sistema penal más justo, más coherente, y eso tuvo una solidez que no ha requerido tantos encuentros físicos, aunque sí muchísimos en el plano del compromiso con nuestro rol y, en definitiva, nuestra vida.

Admiro profundamente la obra que encabeza Mario, sé que convoca voluntades y aporta muchísimo a la cuestión penal, con toda generosidad. Nunca se enoja, jamás agrede, siempre aporta y reconoce la posición del otro. No es fácil en este medio muchas veces conflictivo, vanidoso, superficial.

* Socia fundadora de la Asociación Pensamiento Penal. Defensora oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal.

No quiero explayarme sobre Gustavo porque estas líneas parecerían un panegírico de nosotros, pero todos conocen sus aportes al saber penal y la valentía inusual con que defiende sus ideas y a sus defendidos.

En cuanto a mí, a veces cuento que tenía escasos 23 años cuando entré por primera vez a una cárcel y como nunca antes conocí la irracionalidad, el autoritarismo y el dolor humanos. Eso marca, si uno es sensible, para siempre.

Me alegra profundamente haber sido más o menos conscientemente una histórica cimentadora de Pensamiento. A veces he aportado ideas que otros, con más constancia, han llevado adelante; en todo caso, parece que fui partícipe —no sé si necesaria, no lo creo— de un movimiento que ahora puede calificarse de poderoso y polivalente. Me parece que es mucho premio para mí, y lo recibo con toda humildad, pero también con algo de orgullo.

La victoria de las utopías

Mario Alberto Juliano

La vida sin utopías, sin sueños, sería intolerable, demasiado opresiva y monótona. El hombre (en el sentido genérico de la palabra) necesita aferrarse a las ilusiones, creer en la posibilidad de la realización personal y social.

Sin el ánimo de la grandilocuencia, la Asociación Pensamiento Penal (APP) representa, en buena medida, el triunfo de las utopías, la evidencia de que es posible pensar en la realización de ideas que merecen ser vividas, que tienen el destino de abrir caminos y perdurar en el tiempo. Los orígenes humildes de la APP así lo demuestran, con una historia signada por felices coincidencias que permitieron a hombres y mujeres de distintos puntos del país unir sus destinos para llevar adelante una ONG de estas características, aun sin conocerse personalmente, pero compartiendo una forma similar de mirar la realidad.

La celebración de los diez años de vida de la APP es el acontecimiento que nos convoca. Sin dejar de recordar gratos episodios que nos permitieron llegar hasta aquí, no podemos permitirnos el lujo de ponernos nostálgicos. La nostalgia es un sentimiento que nos aletarga y detiene en el tiempo, y el desafío es justamente el contrario: mirar al futuro.

En países como la Argentina, donde las dificultades abundan y el avance y progreso de las ideas no es sencillo, la mirada al futuro debe ser hecha desde el optimismo. No desde un optimismo ingenuo, que deforme la realidad, sino desde una visión positiva y esperanzada, que lejos de desmoralizarnos nos movilice. Lo peor que le puede suceder a quien asume un compromiso frente a la sociedad es la desazón y el desgano, dejarse ganar por la desesperanza. Esa es la victoria del status quo, y a nosotros nos caracteriza la incomodidad frente al orden establecido.

La unión de voluntades no implica unanimidad. Una perspectiva de esta índole es esencialmente antidemocrática, y la APP está convencida de la necesidad de fortalecer la sociedad democrática como respuesta a los conflictos que nos atraviesan. La unión de voluntades se concreta

sobre la base de comunes denominadores, de la aceptación de las diferencias, del convencimiento en un diálogo creativo y superador.

Los cambios por los que luchamos forman parte de procesos continuos, un horizonte que siempre se renueva, que a todo momento nos propone nuevos desafíos. La enorme dinámica de los procesos de cambio debe hacernos humildes y no pretender que el primer escollo signifique un fracaso que nos haga abandonar la empresa.

Esta es la filosofía que ha forjado la APP en sus diez años de vida. Una forma de pensar que nos impide detenernos, quedarnos mirando hacia atrás y permitir que la realidad nos abrume. Es la filosofía del esfuerzo compartido, pero también la de ser buenas personas, de cumplir con nuestras responsabilidades del mejor modo que se encuentre a nuestro alcance y comprender que el cambio también comienza desde nuestro interior.

La utopía sigue viva, como hace diez años. De nosotros depende que sigamos concretándola.

13 de abril de 2014

Escrito desde el corazón, a diez mil metros de altura,
persiguiendo las utopías.

PARTE I

**Sobre los derechos de las personas
privadas de la libertad: la promoción
de sus derechos civiles, políticos,
sociales, económicos y culturales**

1. El acceso de las personas privadas de la libertad a los medios de comunicación*

Mario Alberto Juliano

1. El intento por incidir en la racionalización de una serie de prácticas penitenciarias que impactan en forma directa en los derechos y garantías de las personas privadas de la libertad ha sido una preocupación constante de la Asociación Pensamiento Penal.

Es posible, reconocemos y admitimos, que este intento esté signado, desde su inicio, por el fracaso, ya que pretender racionalizar lo que conceptualmente es irracional (responder a la violencia con más violencia, privar la libertad con el pretexto de resocializar, la naturalización de verdaderos guetos de clases sociales seleccionadas por su condición económica, etc.) puede resultar hasta ingenuo. Sin embargo, no nos resignamos a la actitud de limitarnos a denunciar lo obvio y luego cruzarnos de brazos a la espera de que se modifiquen las cosas. Consideramos que esa es una actitud cómoda y carente de compromiso, sobre todo con aquellos que sufren las consecuencias del encierro, personas que tienen pocas posibilidades de ser oídas y hacer valer sus derechos y que, en alguna medida, reclaman a quienes tenemos la posibilidad de intervenir en la realidad que lo hagamos, y que lo hagamos de modo decidido, aun a sabiendas de las contradicciones y dificultades que entraña ese accionar.

2. Antes de avanzar, cabe recordar, a modo de plataforma en la que se apoyan nuestros razonamientos, que, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en el conocido caso “Dessy”:

El ingreso a una prisión, en tal calidad, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución nacional [...] los prisioneros son, no obstante ello, perso-

* Este trabajo tiene como base otro del autor, titulado “¿Debe habilitarse el uso de la telefonía celular a la población carcelaria”, publicado en <new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/eje04.pdf>.

nas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso.¹

Idea que tiene su antecedente en el fallo “Wolff c. McDonnell”² de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde se afirmó que no existe una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de los Estados Unidos, queriendo significar que las declaraciones, derechos y garantías constitucionales también rigen para las personas privadas de la libertad.

Este concepto es central para comprender y redimensionar la función que deberían tener las cárceles contemporáneas³ y el trato que debe prodigarse a las personas que se encuentran en su interior, muy diferente del concepto naturalizado en las entrañas penitenciarias, pero también en buena parte de la sociedad, para quienes los presos son meros objetos que deben experimentar sufrimiento para expiar sus culpas.

3. Dentro del amplio espectro de temas que atañen a la recuperación de derechos restringidos a las personas privadas de su libertad por su sola condición de tal (encontrarse privados de la libertad ambulatoria), se encuentra el acceso a los medios de comunicación que permitan tener contacto con el mundo exterior (con el mundo extramuros) y, específicamente, el acceso a la telefonía celular y la conexión a internet.

Esta temática ya había sido objeto de preocupación⁴ y coincidió con una iniciativa de similar tenor promovida por la Procuración Penitenciaria de la Nación,⁵ que en septiembre de 2013 convocó a una serie de operadores del sistema penal y organizaciones de la sociedad civil (entre las que se encontraba la APP) para articular acciones orientadas al reconocimiento del derecho de las personas privadas de la libertad de acceder a la telefonía celular y la conexión a internet.

1 Fallos 318:1894.

2 1974: 555-556.

3 Referirnos a la función que debería cumplir la cárcel contemporánea no debe ser entendido como una legitimación de la institución penitenciaria. Pero negar su existencia y hacer caso omiso de sus consecuencias aparece como una tendencia poco menos que suicida.

4 <new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/eje04.pdf>.

5 <www.ppn.gov.ar/?q=node/1901>.

4. Ocuparemos nuestra atención, centralmente, en el uso de la telefonía celular, que es la problemática más aguda del entorno penitenciario, sin perjuicio que los razonamientos son válidos, también, para el caso del acceso a internet.

La legislación relacionada con la ejecución de la pena oscila entre la lisa y llana prohibición del uso de telefonía celular⁶ y ambiguas vaguedades a su respecto,⁷ que no obstante son invocadas administrativa y judicialmente para sancionar de forma disciplinaria a las personas a quienes se detecta en posesión de esos artefactos.

A pesar de las disposiciones legales (la realidad suele empecinarse en contradecir a las leyes), lo cierto y lo concreto es que la población carcelaria cuenta, en forma creciente, con modernos teléfonos celulares, con acceso a internet. No es inusual ver a personas privadas de la libertad frecuentando las redes sociales, exhibiendo una activa participación en debates y comentarios. Los teléfonos celulares deben ser detentados en forma clandestina, con cierta complicidad omisiva por parte de las autoridades de los establecimientos, que ocasionalmente defecionan de ese acuerdo y protagonizan masivas requisas donde se incautan numerosos aparatos.

5. Ahora bien, ¿puede considerarse lesivo o riesgoso el uso de telefonía celular por parte de las personas privadas de la libertad?

Las objeciones al uso de telefonía celular por parte de los presos se ubican en las siguientes coordenadas:

- que puede afectar la seguridad del establecimiento penitenciario ya que con ese artefacto se podrían organizar fugas o

6 Art. 85, Ley 24 660: “El incumplimiento de las normas de conducta a que alude el art. 79, constituye infracción disciplinaria. Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves. Los reglamentos especificarán las leves y las medias. Son faltas graves: [...] c) Tener dinero u otros valores que lo reemplacen, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros”.

7 Art. 47, Ley 12 256 (texto según Ley 14 296): “Son faltas graves: [...] c) Poseer, ocultar, facilitar o traficar medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros; d) Intentar introducir o sacar elementos de cualquier naturaleza eludiendo los controles reglamentarios”.

la introducción de elementos idóneos para poner en peligro dicha seguridad;

- que se puede utilizar la telefonía celular para seguir delinquir.

Intentaremos dar respuesta a ambas objeciones.

6. La hipótesis que presume que el contacto entre un teléfono celular y las personas privadas de la libertad habrá de concluir en más delitos o puestas en peligro de la seguridad interna de los establecimientos responde a una imagen estereotipada del preso: todos los presos son malos, muy malos, y aprovecharán cualquier ventaja que se les proporcione para seguir delinquir, según es su naturaleza. No descartamos que algún detenido emplee el teléfono celular para intentar un secuestro virtual, o para seguir regenteando sus negocios ilícitos, o planear nuevos delitos (como de hecho sucede y ha sido verificado). Pero no creemos que ese sea el caso de la mayoría de los presos. Pongo el ejemplo de los presos de la Unidad 31 de Florencio Varela, que durante una semana decidieron donar la mitad de sus alimentos, en solidaridad con los inundados de La Plata.⁸

Pero haciendo abstracción de esta reflexión de orden general, la contraargumentación a las afirmaciones que desaconsejan el uso de teléfonos celulares es sencilla: si lo que en realidad se trata de evitar o dificultar es el contacto del interno con el mundo exterior para que no siga delinquir, habría que pensar en incomunicar a todas las personas privadas de la libertad ya que, ciertamente, pueden seguir en contacto con el exterior mediante la comunicación epistolar, sus visitas y, por qué no, su abogado. O, para no ser tan drásticos, podría optarse por intervenir toda su correspondencia y hacer escucha de las conversaciones del interno con sus visitantes, incluidas las que mantenga con su abogado.

Además, ¿por qué privar el uso del celular a los imputados o condenados por la comisión de cualquier tipo de delito? Siguiendo la línea de pensamiento de quienes sostienen la restricción, podría parecer comprensible en el caso de delincuencia organizada, asociaciones ilícitas, narcotráfico. Pero ¿cuál sería la razón plausible para obrar del mismo

⁸ <www.apn.org.ar/index.php/ver-todas-las-noticias/item/838-presos-deciden-donar-la-mitad-de-sus-alimentos-a-los-inundados-durante-una-semana.html>.

modo en el caso de las personas a las que se les atribuye un homicidio pasional, o un delito contra la integridad sexual?

Los argumentos que rechazan el uso de teléfonos celulares por los internos chocan con una gran contradicción: que la mayoría de los pabellones del sistema penitenciario argentino cuentan con teléfonos fijos, que funcionan con monedas o tarjetas, o a cobro revertido, no pudiendo explicarse de modo satisfactorio la razón por la cual el riesgo se encuentra en la telefonía móvil, pero no en la fija, en lo que aparecería como una suerte de discriminación a la actividad de las compañías dedicadas a este rubro.

Luego, ¿por qué habrían de tener más valor los delitos que cometan los presos con el uso de telefonía celular que los miles de delitos que, empleando el mismo medio, seguramente cometerán personas que no se encuentran privadas de la libertad? Como es obvio, un razonamiento de esta índole, si es que rige el principio de igualdad frente a la ley entre personas que se encuentran privadas de la libertad y las que no lo están, llevaría a que se permita a los presos usar celulares o, en su defecto, se prohíba el uso de esos artefactos a todos los ciudadanos argentinos.

Regresando al eje del análisis, no se advierten argumentos consistentes que justifiquen privar a los presos del uso de teléfonos celulares. Por el contrario, advertimos las contradicciones de ciertas legislaciones, como es el caso del dudosamente constitucional código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza, también conocido como Ley Petri (en “homenaje” al legislador que lo inspiró), que a la vez que aparenta promover las comunicaciones de los internos con el mundo exterior con la excusa de la resocialización,⁹ sanciona como falta media la utilización o mera posesión de teléfonos celulares,¹⁰ incongruencia, por no decir esquizofrenia, difícil de explicar en forma racional.

9 Art. 11: “Los procesados y condenados gozarán de los siguientes derechos: [...] 5) Comunicación con el exterior a través de: a) Visitas periódicas que aseguren el contacto personal y directo con familiares, representantes legales y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos, y con sus respectivas parejas, en la forma que establezca la reglamentación. Envío y recepción de correspondencia y comunicaciones telefónicas a su costa”.

10 Art. 98: “Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves [...] II. Son faltas medias: [...] v) Utilizar y/o poseer teléfonos celulares y/o terminales móviles de comunicación”.

7. El análisis de este tema permite relacionarlo con otro de los institutos perversos del mundo penal: la prisión preventiva. Si en realidad creemos, y sostenemos, que la prisión preventiva no constituye un adelanto de pena que permita restringir más derechos que los que se le quitan a un condenado, y si el privado de la libertad de modo cautelar conserva el estado de inocencia que le garantiza la Constitución: ¿cuál es la razón por la que se le prohibiría usar teléfonos celulares en su lugar de encierro para continuar con su vida “normal”, de persona inocente?

No se debe infringir a los presos (menos aún a los preventivos) otras restricciones que no sean las derivadas de la privación de la libertad, por lo que el teléfono celular debe ser visto como una herramienta de socialización, que posibilite a los internos continuar en contacto con el mundo exterior.

8. Por último, un argumento de no poco peso, frente a la confrontada realidad carcelaria: el uso de teléfonos celulares como reaseguro de integridad personal frente a tratos crueles, inhumanos y/o degradantes por parte del personal penitenciario.

Lamentablemente, la cotidianidad nos devuelve hechos permanentes de violencia por parte del personal penitenciario a las personas que se encuentran bajo su custodia. Violencia de la más infame, ya que se encuentra dirigida a personas que no tienen posibilidades de defenderse y responder a las agresiones que reciben, tanto por la situación de sujeción a que se encuentran sometidos como por su particular condición de vulnerabilidad.

La tenencia de teléfonos celulares por parte de los internos permitiría registrar (fotografiar y filmar) los episodios de violencia que se registran a menudo, erigiéndose como una suerte de freno (la posibilidad de registración) para aquellas personas que tienen inclinación a los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes.

De hecho, múltiples episodios de estas características han podido ser visibilizados y esclarecidos gracias a la oportuna presencia de las cámaras fotográficas y filmadoras de oportunos teléfonos celulares que registraron las oprobiosas imágenes.

9. En resumidas cuentas, no descartamos que la tenencia de teléfonos celulares por parte de la población reclusa pueda facilitar la comisión de algún ilícito o, eventualmente, atentar contra la seguridad de los establecimientos. Necio sería ignorar hechos tangibles que lo confirman. Sin embargo, colocando en la balanza los perjuicios que podría acarrear

la liberación del uso de los celulares frente a los beneficios que representaría (alguno de los cuales hemos enumerado), no abrigamos dudas que los beneficios salen gananciosos y justifican afrontar alguno de los riesgos que podría implicar la liberación del uso de estos artefactos.

Aspiramos entonces a un mundo carcelario con celdas individuales, con un concepto similar al del domicilio constitucional, donde las personas privadas de la libertad puedan mantener un mínimo de intimidad, con amplias posibilidades de contar, en esa intimidad, con conexión telefónica y a internet, para permitir la relación con el mundo exterior y hacer menos ingrata la vida sin libertad.

2. Trabajo digno en las cárceles

La experiencia recogida en el caso de la Unidad Penitenciaria de Batán

Fernando Ávila

Mariano H. Gutiérrez

El momento trágico del derecho penal, aquel en que el castigo envuelve y toca al condenado, deja al desnudo, como ningún otro, el quiebre entre los planos de la realidad y la norma, lo que pone en evidencia la relativa esterilidad de los largos debates académicos que no logran percutir la resistencia o apatía de los cuadros de poder en el manejo carcelario provincial y nacional.

Esta percepción de la realidad, de la que somos plenamente conscientes, moviliza a muchos militantes, activistas y asociaciones, a acceder a lo que ocurre dentro de los muros de la cárcel, y en el caso de la Asociación Pensamiento Penal (APP), a intentar diversas acciones institucionales tendientes a incidir directamente en la cotidianidad de los detenidos en las unidades penitenciarias.

El acotado retrato de una pequeña porción de las condiciones de vida de algunos privados de libertad en el país y la región pone de manifiesto que la plena vigencia de los derechos fundamentales de una persona encarcelada no es satisfecha sólo con pretenciosas formulaciones normativas ni con controles estatales cotidianos. Más aún cuando el colectivo humano afectado debe soportar la sorda complicidad de operadores judiciales y los ciudadanos despreocupados. Por supuesto, la norma tiene algún valor sobre la realidad, aunque más no sea como un hito simbólico, como una referencia, como la marca de una ausencia de virtud. Pero, contra las lecturas más ingenuas del efecto mágico de la norma por la norma misma, encontramos que en el derrotero que va desde las intenciones de la letra escrita hasta su aplicación intervienen numerosas mediaciones y mediadores, que no sólo interpretan su sentido y la adaptan a su lógica y a sus prácticas, sino que, por último, deciden y administran sobre su aplicación, determinan cuál será la parte de eficacia e ineficacia sobre el mundo de lo tangible. Y esta operación no depende únicamente de una voluntad perversa. Es decir, no depende sólo de los condicionamientos que imponen intereses personales o parciales, sino también de los condicionamientos estructurales,

largamente afianzados: la tradición institucional, la ideología colectiva, las redes de intereses y sentido en que los actores están inmersos y de las que son parte.

Como resultado de este complejo juego de factores, allí donde la ley promete resocialización, lo que se observa es un mecanismo institucional amplio de producción de degradación. Donde promete derechos, se observa al sujeto privado de los derechos fundamentales que, se supone, acompañan indisolublemente su condición de ser humano. Donde promete especialización técnica, produce encubrimiento. Uno de los derechos reinterpretados tras los muros en mecanismos para la degradación, como veremos, es el derecho al trabajo.

La situación laboral dentro de las prisiones es una muestra representativa del camino que lleva de la enunciación de un derecho subjetivo al funcionamiento del complejo de degradación y postergación de derechos. La situación del preso, a menudo, es la del condenado a oscilar entre el ocio no creativo y el despliegue de estrategias de supervivencia con compañeros y guardias. En este esquema, el trabajo puede ser un escape temporal a la rutina opresiva. En el relato penitenciario, en cambio, el ofrecer el trabajo como salida laboral permite una justificación y legitimación de la institución y sus prácticas, lo que demuestra correctas estrategias de resocialización. Para el socio capitalista, el inversor, el trabajo en cárceles puede ser una oportunidad para hacer negocios. La experiencia que vamos a relatar está lejos de ser una victoria en la lucha por prácticas acorde a derechos, es simplemente un avance pequeño, dentro del largo camino que debe recorrerse para avanzar hacia la ¿posible? humanización de las prisiones.

LA SITUACIÓN LABORAL EN BATÁN

En febrero de 2012 miembros de la APP, junto con funcionarios judiciales y otros organismos, iniciaron una serie de visitas a la Unidad Penal de Batán, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB), para supervisar las condiciones de detención. Entre otros problemas endémicos a las instituciones de encierro, se constató que en ese momento existían al menos diez emprendimientos privados, que se instalaron dentro del predio carcelario con autorización de las autoridades del Servicio. Estas empresas contrataban como mano de obra a las personas privadas de su libertad allí alojadas.

Luego de las visitas efectuadas se dialogó con los sujetos involucrados (personas detenidas, empresarios, dirigentes sociales y guardiacárceles) para llegar a la conclusión de que la Unidad se había convertido en una cárcel-fábrica. En la totalidad de los casos las personas que allí trabajaban cumplían una jornada laboral que rondaba las diez horas diarias, recibiendo como salario sumas que no superaban los mil pesos (\$ 1000) mensuales. En algunos casos, la contraprestación era de tan sólo seiscientos pesos (\$ 600) mensuales.¹ Los trabajadores presos no contaban con aportes jubilatorios, ni obra social, ni aguinaldo. Tampoco existía resguardo ante despidos injustificados, ni el pago de horas suplementarias, entre otras carencias. En resumidas cuentas, no sólo se pagaban salarios irrisorios, muy por debajo del mínimo legal, sino que además se evadían cargas sociales e impuestos y se violaba toda la normativa laboral, de higiene y de seguridad.²

La APP hizo la denuncia pública en su web institucional y en medios zonales respecto de la existencia de lo que entendíamos constituía trabajo esclavo, al mismo tiempo que se presentó una denuncia formal documentada ante el Delegado Regional del Ministerio de Trabajo de Mar del Plata.³

Ya habían existido otras denuncias o presentaciones por el proceso que estaba ocurriendo en la Unidad de Batán. Primero, una “acción de reconocimiento de derechos” en el fuero contencioso administrativo contra el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia, interpuesta por el Defensor General de San Nicolás en agosto de 2010, centrada en el pedido de equiparación de salarios.⁴ Un año después, en agosto de 2011, con motivo de un hábeas corpus, varios juzgados de Mar del Plata realizaron una visita al penal de Batán y elaboraron un informe en el que se constataban condiciones laborales irregulares (en el régimen de contratación, en asuntos de seguridad e higiene, etc.). El Juzgado

1 Recordemos, a los fines de contextualizar, que entre agosto de 2011 y septiembre de 2012 el salario mínimo, vital y móvil era de \$ 2300, según Resolución 2/2011 del Consejo del Salario Mínimo, Vital y Móvil, importe que siempre ha constituido un piso inderogable, pero que se encuentra muy por debajo de los salarios que se pagan en las distintas especialidades.

2 Es de acotar que las empresas instaladas en la cárcel de Batán (y presumimos que en los restantes establecimientos) tampoco pagaban luz ni gas, redondeando un pingüe negocio.

3 <www.pensamientopenal.org.ar/app-denuncia-trabajo-esclavo-en-la-carcel-de-batan-2>.

4 <www.pensamientopenal.org.ar/demanda-presentada-por-la-defensoria-general-de-san-nicolas-por-trabajo-esclavo-en-las-carceles-bonaerenses>.

de Ejecución 2 puso al Ministerio de Trabajo en conocimiento de estos hechos y requirió a las autoridades penitenciarias la regularización de los trabajadores en un plazo de noventa días.⁵ La Fiscalía de Estado, que debe velar por los intereses de la administración provincial, apeló el caso, la resolución fue revocada, y finalmente llegó a la Cámara de Casación en queja (causa n° 13 451 caratulada “Detenidos Unidad 15 Batán s. recurso de queja interpuesto por Fiscal de Estado”), que fue rechazada a comienzos de 2012.

UNA CUESTIÓN LABORAL

Antes de conocer en profundidad el problema, la cuestión nos llevaba a debatir cómo obtener la medida adecuada y razonable para optimizar la posibilidad de los sujetos privados de libertad de retornar al medio libre con mejores herramientas de inserción laboral. Las medidas anteriores, de otros actores institucionales, apuntaban a “corregir” algunos de estos aspectos. La inspección en persona y las entrevistas, sin embargo, nos mostraron otra realidad, inaceptable, cuando se profundizó un poco en las condiciones de la relación entre cárcel, empresarios y trabajadores.

Las empresas que realizaban sus actividades en la Unidad eran una panificadora, una empresa de calzado industrial, una empresa de fabricación de hornos industriales, una dedicada a la pescadería, una lavandería industrial, una blockera, una trituradora de tomates y una empresa destinada a la confección de cajones para verduras y pescados, entre otras. Todos los productos que fabricaban tenían como destino el mercado del medio libre. Se producía con salarios de miseria, sin ningún costo de seguridad social, sin pagar luz ni seguridad (que además de ser deficiente, estaba a cargo del erario del Estado, a través del SPB), y se vendía luego a precio de mercado. La ecuación es simple, las deficiencias y los costos los solventaba el preso trabajador, las ganancias para el empresario eran fabulosas, en tanto la plusvalía (la porción del valor del trabajo del obrero que el empresario retiene como ganancia) era mucho mayor de lo que permitía cualquier emprendimiento en el medio externo.

5 <www.pensamientopenal.org.ar/inspeccion-realizada-a-la-carcel-de-batan-en-agosto-de-2011-confirmando-la-existencia-de-trabajo-esclavo>.

Los trabajadores privados de su libertad entrevistados aceptaban el cuadro de situación y los pagos humillantes por la sencilla razón de que no existía alternativa alguna y que esta era la única posibilidad para “enviar unos pocos pesos a la familia”, u ocupar su tiempo en algo productivo, que los alejase de los peligros del pabellón o de las drogas. Muchos de los sujetos con los que pudimos conversar manifestaban también un comprensible temor, la inexistencia de un marco normativo que los resguardase ante represalias (despidos) era un factor con suficiente entidad como para inmovilizar cualquier reclamo. El panorama era lamentable, pero siempre podía ser peor.

Los empresarios que querían seguir gozando del privilegio de no pagar cargas laborales ni invertir en seguridad e higiene adoptaron –y adaptaron– el discurso correccionalista al justificarse, afirmando que el que allí se realizaba no era un trabajo formal, sino “una oportunidad que se les brinda a los internos” (por supuesto, las ganancias sí eran reales). El argumento apela, con cinismo, a la vieja tradición penitenciaria, que convierte todo signo de no-malestar y de no-degradación del preso, y todo derecho formal, en un “beneficio” que puede ser administrado discrecionalmente. Y, por lo tanto, ese beneficio en una “oportunidad”, que en ejercicio positivo y constructivo de su rol resocializador el Servicio “brinda” al interno, en un indiscutible rasgo de filantropía.

En todas estas acciones de protección de derechos que mencionamos y que fueron intentadas desde 2010 a 2012 hay conciencia de que hay derechos fundamentales, más allá de la cuestión penal, violados. Pero la serie de acciones que promovió la APP partió de la base de comprender que, además de un problema de dignidad, higiene y seguridad de los privados de libertad –es decir, además de un problema de “condiciones de detención”–, hay violaciones a los derechos laborales de *trabajadores* privados de libertad. Se trataba, también, de una cuestión laboral de personas presas, y no sólo de una cuestión penal.

LÓGICAS Y PERSPECTIVAS

El cuadro descrito obedece a una antigua y firme lógica institucional de razonamiento y consideración de lo penal-penitenciario. Al ingresar en una cárcel, el ciudadano privado de libertad pierde, junto con su libertad, parte de su dignidad, y con ello, sus otros derechos pasan a ser “beneficios” que debe conquistar, ganar, sobre la base de su obediencia al Servicio.

La decisión judicial que impone el secuestro institucional parece ubicar tácitamente a la persona en una suerte de categoría de ciudadanos inferiores, una casta desclasada. Para negar públicamente lo que de manera velada pone en marcha, el sistema penal penitenciario utiliza todo su arsenal discursivo. Este follaje tupido, creado por palabras de derechos y garantías, adorna y oculta el “tratamiento” al que el interno será sometido. Sin embargo, en la pérdida extensiva de derechos a la que el “interno” será sometido se está constituyendo a un sujeto distinto del “ciudadano”, distinto del titular de derechos fundamentales por su mera condición de ser humano; está creando y fijando una identidad distintiva, disminuida, segregada. Y, como ya se ha observado, este tipo de instituciones producen activamente esta identidad social degradada a través de determinados rituales de ingreso y supervivencia y en sus mecanismos de control del orden interno (véase, sobre todo, Goffman, 2001).

A nivel jurídico, esta segregación depende de un *desconocimiento activo*, en la reglamentación inferior, de los límites constitucionales y legales del encierro y, por tanto, desconocimiento de los derechos subjetivos fundamentales del privado de libertad, promovido y reasegurado por la cultura institucional de las prisiones. Según las normas jurídicas superiores, el ciudadano/sujeto encarcelado sólo debería perder su libertad de locomoción y sufrir únicamente las consecuencias intrínsecas e inevitables de esta privación. El resto de sus derechos y las garantías constitucionales que lo protegen deben permanecer inalterados. Así lo reiteran la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero el tema es tratado con más especificidad en las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos. Por ejemplo, la regla 71, abandona el discurso resocializador y adopta la perspectiva de derechos y del “cambio facilitado” (Morris, 2001): “ese trabajo deberá contribuir por su naturaleza a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación”. También, la regla 72 propone la equiparación de las condiciones de trabajo al del trabajador en libertad: “La organización y los métodos de trabajo penitenciario deberán asemejarse lo más posible a los que se aplican a un trabajo similar fuera del establecimiento, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre”⁶ y, para mayor claridad,

6 Consecuentemente, en la regla 74 se dispone que “En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres” y que “Se tomarán disposiciones para indemnizar a los reclusos por los accidentes de trabajo y

aclara que: “el interés de los reclusos y de su formación profesional no deberán quedar subordinados al deseo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria”. En similar sentido, aunque de forma menos específica, se pronuncian los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008).

También las leyes de ejecución de la pena privativa de libertad (por ejemplo, la Ley 24 660) reiteran que la ejecución penal no debe afectar a otros derechos, pero en su misma letra abre la puerta a la excepción. Por ejemplo, la Ley Nacional de Ejecución Penal (24 660) en su art. 2 establece que: “El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten”. La Ley bonaerense de Ejecución Penal (12 256) parece adoptar con más claridad la perspectiva de derechos. Tiene una enumeración de derechos específica y amplia en el art. 9 (salud, vestimenta, atención, comunicación, educación, asistencia legal, etc.), y aclara que: “tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y la sentencia de condena”. Agrega todo un capítulo del trabajo como derecho (art. 34 y ss.) y establece que el trabajo “se cumplirá en similares condiciones que el trabajo en libertad”. Habrá entonces que recordar que, al mismo tiempo, ratifica como objetivo el tratamiento resocializador y, luego, que el camino hacia la aplicación de la letra legal es arduo y lleno de trampas.

A nivel legislativo, los mismos ordenamientos se muestran contradictorios. Muchos niveles normativos entran en juego, con sus propias contraposiciones internas y su juego de interpretaciones que pretende amparar jurídicamente el sostenimiento de las viejas prácticas institucionales opuestas. Así como hay principios generales en las normas superiores que afirman que los otros derechos no serán afectados, un arsenal normativo sostiene la idea de que el preso carece de derechos por sí mismo y, en cambio, los que son derechos para el sujeto libre se transforman en “beneficios” que deben ganarse, es decir, premios. Como consecuencia, esos beneficios pueden ser “retirados” si se juzga que, por su conducta,

enfermedades profesionales, en condiciones similares a las que la ley dispone para los trabajadores libres”.

debe “perderlos”. La misma ley que prohíbe el cercenamiento de otros derechos más allá de la libertad lo autoriza en sus reglamentaciones, y lo reasegura mediante los “mecanismos de tratamiento”, por medio de la administración de premios y beneficios.⁷

La opción por la perspectiva de derechos impone recordar, contra los cercenamientos por vía de las reglamentaciones inferiores, la plena vigencia de los derechos fundamentales. Uno de ellos es el trabajo digno, garantizado por la Constitución en el art. 14 bis. La Ley de Contrato de Trabajo, que regula las relaciones laborales en el ámbito nacional (Ley 20 744), debe regir como ley marco para toda relación de dependencia laboral, cualquiera sea su modalidad, sin ningún tipo de distingo respecto a la condición de privado de libertad del empleado.

Esta dolorosa paradoja, de agrupar a los privados de libertad dentro de una categoría de sujetos al margen de la protección de las leyes laborales (y cualquier otra protección constitucional, convencional o legal), sometidos a un régimen de virtual explotación laboral a la vista del Estado, agudiza su ironía cuando a la ecuación le agregamos otro elemento: la pretendida y declarada finalidad de las penas.

Más allá de los peligros interpretativos a los que puede llevar sostener el ideal resocializador –como, por ejemplo, legitimar, nuevamente, el régimen premial–, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Idéntico compromiso asume nuestro país, no sólo en su Constitución, sino en las leyes nacionales y provinciales. Pero para evitar caer en la vieja falacia de la resocialización como objetivo institucional que se debe lograr a través de un mecanismo coactivo y “tratamental”, trampa de legitimación ya muy denunciada (por ejemplo, desde la historia, Foucault, 2008; desde el pensamiento jurídico, Morris, 2001), debemos reinterpretar a la (¿re?) socialización como un derecho. Una reconfiguración tal cambiaría los alcances que la cultura judicial y penitenciaria han dado al “objetivo” resocializador. Permitiría entender los alcances positivos que la educación,

7 Esta tensión ha sido abordada, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Romero Cacharane, H. A. s. ejecución penal”, resuelta en marzo de 2003, donde reiteró ideas ya trazadas en los antecedentes “Dessy” y “Mignone”. Allí básicamente sostuvo que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones.

el trabajo y el acceso a la salud tienen sobre la vida de cualquier privado de libertad, sus aportes para una inserción exitosa en el medio libre y, al mismo tiempo, liberar a estos derechos de su carga coactiva y de su doble condición de premio/premiado (es un beneficio que se le da al preso, y al mismo tiempo, es evaluado positivamente para su tratamiento que lo acepte), que asegura el poder penitenciario sobre la administración discrecional de quién accede, quién no y en qué medida, a los “premios”.

Afirmamos que es posible una interpretación del objetivo resocializador en clave de derechos, y que esta lógica implicaría desarmar muchas de las trampas que trae aparejada su interpretación como tratamiento y todo su efecto degradante. El trabajo –y los otros derechos sociales, por ejemplo, la educación– liberado de su carga premial (y por tanto coactiva) y entendido en clave de derechos puede ser una herramienta que aporte a los condenados que así lo deseen elementos para disminuir su vulnerabilidad al momento del retorno al medio libre. Ya no medios de resocialización que deben aceptar y transitar exitosamente, sino medios que pueden poner en juego para frenar y compensar la degradación carcelaria.

Cuando la idea de un derecho humano fundamental, en este caso el derecho al trabajo, se pervierte al extremo de convertirse en *beneficio*, ya ni siquiera del preso, sino del empresario, sometiendo al empleado a una situación por demás irregular y al margen de la ley, queda claro que los potentes postulados orientados a la protección y respeto de la dignidad de los sujetos condenados quedan violentados. Se diluyen, tal como lo hacen muchos de los derechos cuando sus portadores traspasan los muros de una prisión, y con ellos cualquier posible interpretación humanista del objetivo resocializador.

No existe argumento jurídica ni éticamente sostenible que convalide o permita que en el contexto de encierro se instalen emprendimientos privados que contraten mano de obra a la que sometan a un régimen completamente ilegal de dependencia laboral, más aún, aprovechando una situación de vulnerabilidad estructural de los empleados privados de libertad, carentes de otras opciones laborales o de la posibilidad de acceder a cualquier otra vía de manutención, como también despojados de las herramientas para reclamar por sus derechos laborales sin que eso afecte su condición de interno y al régimen premial (y por tanto a su tiempo real en prisión), sin chance de agremiarse, de constituirse como lo que efectivamente son: trabajadores o, en definitiva, sujetos de derechos.

CONSECUENCIAS Y EFECTOS

Como consecuencia de la presentación, la situación de explotación se instaló en los medios de comunicación locales. La Secretaría de Trabajo provincial se presentó en la unidad carcelaria y llevó a cabo una completa inspección en marzo de 2012.

Esta inspección finalmente no arrojó cambios sustanciales, apenas algunas correcciones. Pero el que una autoridad laboral asuma su competencia en el tema es un claro indicador de la aparición de un problema. De un problema nuevo para la administración pública, no porque antes no ocurriera, sino, justamente, porque en esa oportunidad fue visualizado como tal. Aunque haya sido ineficaz, la intervención de una autoridad de resguardo de derechos sobre una población cuyo gobierno ha sido históricamente delegado por completo y de forma absoluta a la autoridad penitenciaria indica un incipiente cambio de mirada sobre la cuestión. La autoridad laboral, con su participación, ha considerado y demostrado que lo que se denunció era no sólo un problema “de presos”, sino de trabajadores.

Al mes siguiente, se llevó a cabo una reunión convocada por la directora del Servicio Penitenciario Bonaerense para tratar esta situación. Asistieron, invitados, además de la APP, miembros del Poder Judicial y el Ministerio Público provincial, abogados del Ministerio de Trabajo, la Defensoría del Pueblo de la Provincia, representantes municipales, Patronato de Liberados y autoridades de la Unidad Penitenciaria XV. Existió acuerdo mayoritario respecto a que el trabajo no podía continuar desarrollándose en las condiciones que se verificaban y hubo coincidencias absolutas en que los empresarios abusaban de los internos obteniendo impresionantes beneficios económicos.

En la actualidad, las condiciones de contratación han mejorado (la retribución salarial, la limitación de horas y días de trabajo por semana, las vacaciones pagas, cobertura por accidentes laborales, etc.), aunque siguen estando lejos de lo ideal. Es doloroso admitir que parte de las limitaciones en los resultados estuvieron dadas por el temor a que, continuando en la lucha por los derechos laborales, los mismos empresarios, acabarían por retirarse, sabiendo que en efecto también podrían evadir costos y cargas sociales y legales en el medio libre y así, finalmente, los privados de libertad quedarán también privados de la posibilidad del acceso efectivo al trabajo. La misma condición de vulnerabilidad de los presos se hace presente muchas veces para imponer un límite realista a los objetivos de las luchas y las intervenciones humanistas.

Por parte de la APP, se mantiene la atención sobre la cuestión y, eventualmente, se repite algún tipo de intervención en situaciones concretas, para lo cual contamos con canales de comunicación directos con la población privada de libertad.

Creemos en la conveniencia y la necesidad de que aquellas personas privadas de la libertad que así lo deseen puedan trabajar en actividades acordes con sus posibilidades y necesidades, como una forma de procurarse el sustento para sí y su familia durante el período de encierro, y por todo lo que significa el trabajo digno y el derecho a este, en general, para todo individuo y toda la población, privados de libertad o no. Pero “aceptar una oportunidad” es algo muy distinto de trabajar o tener un trabajo.

La necesidad de proveer un empleo para el privado de libertad no justifica la explotación de individuos en condición de vulnerabilidad en beneficio de empresas privadas que han encontrado una manera de obtener beneficios (estos sí son “beneficios”, no derechos) no avalados por la ley y que de ningún modo se producirían fuera de los muros de la cárcel.

OBJETIVOS

Alessandro Baratta insistía en que “la cuestión carcelaria no puede resolverse permaneciendo en el interior de la cárcel, conservándola como institución cerrada. Porque el lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad” (2004: 393).

El primer paso es incorporar la perspectiva de derechos que es sistemáticamente excluida y reemplazada por una disciplinaria y securitaria. Para incorporar la perspectiva de derechos en la población carcelaria se debe leer el objetivo de la resocialización no como una función penitenciaria que debe imponerse en un proceso disciplinario a costa de las libertades del preso, sino como un remedio para la defensa de la dignidad y la integridad del sujeto encarcelado frente a las tendencias destructivas de la práctica carcelaria. Repensarlo como un derecho que tiene el preso para reconstituirse exitosamente como sujeto social durante, luego y a pesar del efecto degradante que le impone el castigo. Desde esa perspectiva, pensar en clave de derechos sociales, integrar esa clave a nuestro saber penal, que tiende a pensar en clave individualista, puede ser rupturista y hasta casi revolucionario. Implica “arrancar” la educación, el trabajo y la salud de la lógica totalizante del “tratamiento” penitenciario, colocándolos como derechos cuya garantía y acceso efectivo no puede someterse al criterio correccional/tratamental.

Este tímido cambio de mirada parece registrarse en otros terrenos, como aparece expresado en la Ley Nacional de Educación de 2006 (Ley 26 206) y su capítulo dedicado a la educación en contextos de encierro. Otros indicios en ese sentido son una serie de acuerdos firmados en 2010 por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo de la Nación, para la llegada de planes laborales por vía del Ministerio de Trabajo a las unidades del Servicio Penitenciario Federal. Aunque estos cambios se dieron a nivel normativo, más que a nivel efectivo, están proponiendo, implícita o tácitamente, un cambio de perspectiva por completo novedoso en más de dos siglos de cárceles. El derecho a la sindicalización y al voto de los condenados (también promovidos activamente por la APP), la llegada de la Asignación Universal por Hijo a la población privada de libertad (aunque con la limitación, poco justificable, de tres años de condena o menos), son también pequeños avances en el mismo sentido.

Particularmente, merece atención y apoyo la sindicalización de los trabajadores privados de libertad. La posibilidad de agremiarse es un derecho reconocido constitucionalmente, que no es ajeno a los sujetos encarcelados. La efectiva consolidación de estas instituciones, que deben ser amparadas y motivadas por el Estado, permitirá la construcción de canales adecuados para reclamar por sus derechos laborales y posibilitará percibirse como sujetos de derechos y no sólo como objetos del sistema carcelario. En esta misma dirección, el 13 de julio de 2012 se firmó el acta fundacional del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA), adherido a la Central de Trabajadores Argentinos (CTA).

Una superación de la mirada penitenciaria, totalizante y absolutista sobre su particular potestad de administración de los derechos de los presos, se dará cuando veamos que las políticas sociales no se detengan en los muros de la cárcel y le falten el respeto a su simbología militar que les ordena detenerse allí y abandonar toda esperanza. Cuando la invadan y continúen dentro de ella, aún debiendo acomodarse a una particular población, atendiendo a sus diferencias.

El ingreso de las políticas sociales a las prisiones tendrá indudables efectos positivos en la construcción de un sujeto social integrado en sí mismo, no degradado, y liberará a toda política de gobierno sobre la población penal, de someterse al tramposo test de éxito medido por la no comisión de delitos posteriores. La efectividad de una política social en la población carcelaria deberá medirse con las varas con las que se mide el éxito de las políticas sociales, no con las siempre fracasadas y alarmistas de las políticas criminales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baratta, A. (2004), *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F.
- Foucault, M. (2008), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Goffman, E. (2001), *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Morris, N. (2001), *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI.

3. Apreciaciones del na(s)ufragio universal, secreto y obligatorio de las personas privadas de la libertad

Gabriel M. A. Vitale

¿Qué son las personas de carne y hueso? Para los economistas más notorios, números. Para los banqueros más poderosos, deudores. Para los tecnócratas más eficientes, molestias. Y para los políticos más exitosos, votos.

EDUARDO GALEANO, “Los invisibles”, *Página/12*, contratapa, diciembre de 2001

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) declaró inconstitucional¹ la normativa que restringe el voto a los ciudadanos condenados por delitos o infracciones a las leyes de juego y, de esta manera, se suma a las decisiones jurisdiccionales² que restauran el derecho político a las personas privadas de la libertad.

En su presentación, los actores fundamentaron que la vigencia de los incs. e), f) y g) del art. 3 del Código Electoral y los arts. 12 y 19 del Código Penal afectan el principio de universalidad del sufragio, que no persigue

1 Expte. 8730/12, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. GCBA s. acción declarativa de inconstitucionalidad”, votos de Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, José Osvaldo Casás, Luis Francisco Lozano y Horacio G. Corti.

2 En este sentido, diversos fallos reconocieron el derecho a votar de las personas condenadas con penas privativas de su libertad. Entre ellos, Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, expte. 646/2011, “Hábeas Corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s. solicitan emitir sufragio”, resolución del 27/9/2011; Juzgado de Garantías n° 8 de Lomas de Zamora, “E. E. M. s. portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización legal”, causa 00-016113-11, resolución del 20/10/2011; Cámara Federal de La Plata, expte. 6574, “García de la Mata, Angel María s. su presentación”, sentencia del 22/10/2011; Tribunal Oral en lo Criminal n° 1, “Matías Méndez s. tentativa de homicidio calificado, robo calificado por arma y portación de arma de guerra”, causa 4316, sentencia del 9/10/2013.

un fin legítimo ni es razonable, además de consagrar de manera discriminatoria, ilegítima y arbitraria una restricción desvinculada del ilícito cometido.

En el extenso y minucioso fallo se analizan los antecedentes históricos, los compromisos internacionales y su influencia en la actualidad, la normativa vigente y, por mayoría, se establece la inconstitucionalidad de la normativa restrictiva, lo que restaura la posibilidad a las personas condenadas de ejercer su derecho al sufragio.

En varios de sus fundamentos, señalan a la Ley Sáenz Peña como el soporte gestacional de la prohibición al derecho electoral de los condenados. Esta ley (8871, de 1912) disponía que:

Están excluidos [...] los detenidos por juez competente mientras no recuperen su libertad. [...] Por razón de su indignidad: los reincidentes condenados por delito contra la propiedad, durante cinco años después de la sentencia (el destacado me pertenece).

Si bien es correcto que la Ley 8871 es el cimiento de la prohibición y normativamente su aval, debería observarse su relación con otras situaciones políticas, sociales y su vinculación con las leyes de la época, para intentar comprender la dimensión real de la problemática.

En la República Argentina, hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX se registraron grandes cambios estructurales, debido a los movimientos inmigratorios.³ Consecuencia de ello, y con el fin de motivar a ciudadanos de otros países, se sanciona la denominada Ley Avellaneda,⁴ por medio de la cual se incentivaba la inmigración, asegurando alojamiento, alimento, empleo y residencia. A su vez, con la creación del Departamento General de Inmigración, se impulsaba la realización ágil de trámites de documentación.

Lo cierto es que, superando las expectativas más optimistas, la población se duplicó entre 1890 y 1914, hasta alcanzar los ocho millones de habitantes, de los cuales el 58% eran extranjeros.⁵ Pero si bien la pers-

3 A partir de 1853, los llamados padres fundadores habían comenzado a fomentar la inmigración. La Constitución de aquel año, en el Preámbulo, convocaba a los trabajadores a formar parte del país.

4 Se constituye como la primera ley de inmigración (Ley 817, de 1876) y, de conformidad a las directrices constitucionales, fue dictada con el objetivo de fomentar la inmigración. Es por ello que no existen medidas de control, de prevención o de represión de los extranjeros.

5 El 16 de septiembre de 1857 se sanciona la primera Ley Nacional de Electores bajo el n° 140, que establecía el sistema de mayoría relativa de lista

pectiva de ingreso se proyectó sobre inmigrantes anglosajones, alemanes y escandinavos, que contribuyeran a modernizar o civilizar el territorio, los puertos se vieron colmados de campesinos, obreros y trabajadores mediterráneos.

Los gobiernos de la época de raíz conservadora, en lo político y social, y liberal en lo económico, tenían una principal preocupación que consistía en ampliar las ganancias derivadas de la importación y la exportación. [...] Los interlocutores con los cuales dialogaban eran la Sociedad Rural Argentina desde 1886, la Unión Industrial Argentina desde 1877, el Centro Industrial Argentino de 1878 y la Cámara Mercantil (Costanzo, s.f.).

Esa gran masa inmigratoria no esperada, en busca de oportunidades, ocupó los espacios productivos, lo cual generó reacciones de diversos sectores sociales que esperaban otra clase de inmigrantes y, por ello, les atribuían la responsabilidad de importantes problemas políticos y sociales.⁶ Los hogares obreros, considerados como verdaderos focos de delincuencia, ocupaban habitaciones superpobladas donde trabajaba toda la familia. Se reproduce la participación de las mujeres y los niños en los procesos productivos, en un elevado porcentaje. Estas “nuevas familias”

plural o completa. En los dos primeros censos realizados en nuestro país, el primero, en 1869, arrojó una población de 1 830 214 habitantes; en el segundo, de 1895, la población había llegado a casi cuatro millones de habitantes, lo que significaba un aumento de más de dos millones de personas. De ese total, más de la mitad eran extranjeros provenientes de la inmigración. Para dimensionar la importancia de la inmigración extranjera en el país presentamos el siguiente ejemplo: en la provincia de Buenos Aires, el 51,5% de los propietarios eran argentinos y el resto extranjeros. En la provincia de Santa Fe, el 56,5% eran propietarios extranjeros (Subsecretaría de Asuntos Políticos y Electorales, 2008).

6 Huelgas de marineros y foguistas de la compañía Mihanovich en los puertos de San Nicolás, Ramallo, Bahía Blanca y Ensenada, sumadas a los diferentes gremios, panaderos, obreros de Bunge y Born, trabajadores de cigarrillos de Rosario, pequeñas huelgas en las fábricas de sombreros y alpargatas, el boicot en la empresa de cigarrillos La Popular, los estibadores de Rosario, los ferroviarios de Bahía Blanca y los obreros de tranvía de Buenos Aires; los peones de Barracas, La Boca y el Riachuelo, y luego los conflictos en las empresas de la fundición Vasena. Siguió los cocheros, los panaderos, la Federación de Estibadores, así devino la huelga general del 22 de noviembre, la más importante, hasta ese momento, en América Latina.

gozaban de los derechos nacionales,⁷ situación que no era observada con satisfacción por las clases dominantes.

Señala Roberto Punte que:

no se puede legislar en el vacío sin tener en cuenta la necesidad de una previa decisión de política demográfica, porque no basta con crecer, sino que es necesario hacerlo con la necesaria previsión sobre las consecuencias de los crecimientos. En una etapa en la cual una parte importante de la población está desempleada, y existen graves desequilibrios, *la calidad del inmigrante esperado tiene una importancia fundamental* y no puede ser dejada al azar de las corrientes migratorias, *sin que al menos se piense en su contralor y canalización* (“Migración y población”, *eldial.com*, suplemento de Derecho Constitucional, 9/8/2004; el destacado me pertenece).

Como consecuencia de la intensa movilización política y social que se estaba viviendo, el Poder Ejecutivo hace un uso ilimitado del estado de sitio, estableciendo detenciones de dirigentes sindicales y prohibiendo la circulación de la prensa no oficial.

Frente a esta situación, y al pedido expreso de la Unión Industrial (1899),⁸ el Congreso vota la Ley de Residencia⁹ (1902), primera ley diri-

7 La Constitución argentina otorga derechos civiles y sociales a todos sus “habitantes”, argentinos y extranjeros. En el art. 20 se establecen los derechos de los que gozan los extranjeros en el territorio de la Nación: “todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”. Por otra parte, en el art. 14 se definen los derechos que poseen todos los habitantes en general. La condición política del extranjero resulta del art. 16 de la Constitución, según el cual “todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos, sin otra condición que su idoneidad”.

8 El proyecto se presenta en 1899, si bien logra ser sancionado en 1902.

9 En sesión extraordinaria del 22/11/1902, y con la presencia de los ministros de Interior, Joaquín V. González, y de Hacienda, Nicolás Avellaneda, se sanciona la ley, entre estados de sitio, movilizaciones y huelgas. El ministro de Hacienda fue el promotor de la ley de residencia para incentivar la inmigración. Su obra fue utilizada por sucesivos gobiernos para contener y reprimir la organización sindical y política de los trabajadores, expulsando

gida a eliminar las garantías establecidas en la Constitución y controlar a las masas sociales, que habilita al Poder Ejecutivo a expulsar inmigrantes sin proceso previo. Esta ley (4144),¹⁰ destinada a la desjudicialización de derechos, habilitaba al Poder Ejecutivo a realizar un trámite sumario, sin controles, pudiendo disponer la detención y expulsión de todo habitante¹¹ cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad y el orden público.

Se profundizó un proceso normativo que implicó la redefinición de la intervención del Estado sobre la “cuestión social”,¹² configurándose un ideario que sustentará la necesidad de administrar, en palabras de Terán (1987): “Todo elemento renuente a incorporarse a la estructura moderna”. Fue significativo en estos movimientos sociales el protagonismo de las “nuevas familias” como actores políticos, ya que eran parte constitutiva de la clase obrera, perteneciendo a esos modos de producción, pero con disminución de derechos e incremento de abusos por la falta de regulación normativa.

No obstante la vigencia y aplicación de la Ley de Residencia,

principalmente a anarquistas y socialistas. Hasta su derogación en 1958, fue la herramienta legal sumarísima, que permitía al Poder Ejecutivo disponer de una facultad discrecional total para la expulsión de extranjeros. Los destinatarios de su utilización fueron variando según la época. En principio, perjudicó a extranjeros radicalizados y organizadores obreros, siendo otro eslabón represivo en la aguda confrontación de clases que se emparentaba con la actitud política de gobernantes de otros países, donde se desarrollaban las luchas por los derechos de los trabajadores. Durante sus cincuenta y seis años de vigencia se utilizaron diversos “criterios de expulsión” (<www.buenosaires.gov.ar>).

- 10 Desde la ley se “autorizaba al Poder Ejecutivo a expulsar a todo extranjero cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad o el orden público” (Rapoport, 2005). Es importante entender que se administrativiza el conflicto, lo cual genera una disminución de derechos de los inmigrantes en relación con los nativos o naturalizados.
- 11 Es interesante remarcar el concepto de habitante, ya que se podía ser nativo, naturalizado o extranjero. En los dos primeros casos no habría incidencia directa de la Ley 4144. En la tercera escala, habitante extranjero, teniendo en cuenta las limitaciones gubernamentales en otorgar ciudadanía, se incrementa la intervención del Estado y su poder de policía.
- 12 Los conflictos generados a raíz de los problemas habitacionales, la suba de los alquileres, las desfavorables condiciones de higiene, dieron lugar a un proceso de agitación social cuya máxima expresión fue la huelga de inquilinos en 1907.

los festejos, movilizaciones y huelgas de los 1º de mayo siguieron teniendo la centralidad de siempre. Y a pesar de momentos de menor agitación, el movimiento anarquista continuó en la escena política. [...] Ocurriendo hechos centrales como la huelga de Inquilinos en 1907, la masacre, luego de la manifestación de Plaza Lorea en 1909, y el asesinato del coronel Ramón Falcón (Pigna, 2006).

En 1910, ante la celebración del centenario de la Revolución de Mayo, con representantes de diferentes países, dentro de los que se encontraban varios europeos, se produjeron numerosas manifestaciones para las que la respuesta no se hizo esperar. La represión fue sistemática, dura y efectiva a los ojos del mundo. El estado de sitio volvía a ser utilizado como elemento de control, pero no alcanzaba para neutralizar las movilizaciones, por lo que fue necesario profundizar la intervención del Estado.

El Parlamento sancionó la Ley de Defensa Social con la finalidad de controlar el ingreso y permanencia de inmigrantes, prohibir publicaciones y prensa, como así reuniones y actos políticos. La Ley 7029 fue el sustento para el control del anarquismo y todo movimiento político que amenazara la seguridad común, al extremo de que sus penas abarcaban desde los seis años de prisión hasta la pena de muerte.

En estos años:

Se produce en nuestro país una notable división en los sectores dominantes entre quienes apoyaban al presidente Julio Argentino Roca y su política intransigente de mantener el fraude electoral, y los sectores de la elite más inteligentes, probablemente influidos por cierta vocación democrática. Actuaban sobre todo en defensa propia, a la vista de los hechos ocurridos en el país (revoluciones radicales, atentados anarquistas, crecimiento del movimiento obrero) y en Europa (rebeliones obreras en España, Italia y Rusia), y prestaban atención al proceso político europeo, donde las burguesías estaban aprendiendo a la fuerza que les convenía trocar el absolutismo y el autoritarismo por un régimen democrático de participación ampliada. *Una de las mayores preocupaciones de esa elite era quitar la protesta de las calles y en la medida de lo posible volcarla en el parlamento y en el sistema político. [...] De esa manera se fracturaría al movimiento obrero y se debilitaría al gran enemigo que la oligarquía en el poder visualizaba como el más peligroso: el anarquismo* (Pigna, 2006; ambos destacados me pertenecen).

El 10 de febrero de 1912 se sanciona la Ley 8871, conocida como Ley Sáenz Peña, que establecía el sufragio universal, secreto y obligatorio, aunque no fue tan universal, ya que sólo habilitó a los ciudadanos hombres, nativos o naturalizados,¹³ mayores de edad, siempre que estuvieren inscriptos en el padrón electoral. *De esta manera, se limitó de forma notable la capacidad de ejercicio y representación política a un sector minuciosamente pensado de la sociedad, intentando deslegitimar las demás voces.*

Con delicadeza se estableció que no podrían ser ciudadanos, ejerciendo sus derechos políticos, las mujeres, los menores de edad,¹⁴ los habitantes extranjeros no naturalizados, los detenidos por juez competente mientras no recuperen su libertad, los penados, los dementes, los sordomudos, los eclesiásticos, los mendigos, todos los que se hallen asilados en hospitales públicos o estén habitualmente a cargo de congregaciones de caridad, los reincidentes, entre otros.¹⁵

13 En octubre de 1869 se dicta la Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización, con el objetivo de facilitar la integración de los inmigrantes a la sociedad argentina. Esta ley permite naturalizar a los extranjeros que cumplan con las siguientes condiciones: tener 18 años cumplidos, residir en la República dos años continuos, manifestar ante los jueces federales su voluntad de naturalizarse. Asimismo, cualquier extranjero puede obtener su naturalización, independientemente del tiempo de residencia, si cumple con alguno de los siguientes requisitos: haber desempeñado con honradez empleos en la administración pública, nacional o provincial; haber servido en las Fuerzas Armadas argentinas o haber asistido a una acción de guerra en defensa de la Nación; haber establecido en el país una nueva industria, introducido una invención útil o realizado cualquier otra acción que signifique un adelanto moral o material para la República; formar parte de las colonias establecidas en el país y poseer en ellas algún bien raíz; habitar o promover el poblamiento del territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sud; tener cónyuge o hijo argentino nativo; ejercer la docencia en cualquiera de sus ramas. Tal vez, la pregunta que deberíamos hacernos es si existieron los elementos para facilitar la obtención de las cartas de ciudadanía o, en forma discrecional, eran rechazadas las peticiones y de esta manera mantenían el status de extranjero, con la limitación mencionada de derechos y garantías.

14 La categoría de menor es incorporada por la Ley 10 903, de 1919, que también formaría parte de la normativa de la época. A su vez, la utilización del Patronato de Menores y sus instituciones de contención/caridad y encierro limitarían la posibilidad de ejercicio de los derechos políticos.

15 “La ley significaba un gran avance, aunque no eran pocos los excluidos por ella. Las mujeres (casi la mitad del padrón), los extranjeros, los habitantes de los territorios nacionales, los habitantes de municipios con pocas personas, que no podían elegir autoridades municipales, y quienes en los municipios en los que se podía elegir sólo podían votar como sus autoridades locales a los propietarios contribuyentes” (Pigna, 2006).

Ineludiblemente, el entorno social y político utilizó un conjunto de leyes a los fines de dar respuestas a las necesidades sociales del momento. La agenda pública fue diseñada por la oligarquía nacional, lo que produjo divisiones en los diferentes sectores del poder. *El fraude electoral era un problema para algunos, pero las revoluciones, manifestaciones, huelgas y el crecimiento del movimiento obrero fueron la esencia de la sanción de la Ley de Residencia (1902), y su trámite sumarisimo para deportar indeseables; la Ley de Defensa Social (1910), para encerrar a los habitantes que no podían deportar y, estratégicamente, la Ley 8288 (Sáenz Peña), de voto universal, secreto y obligatorio (1912), aseguraba quienes podían “peticionar”, y se encontraban en condiciones de ser ciudadanos.*

Si quedaba alguna duda, la máxima ley penal (1921) fue muy coherente, ya que cosificó al condenado como un incapaz, y por su necesidad benefactora le otorgó un curador equiparándolo al insano, con la imposibilidad de administrar sus bienes, sus hijos y, *principalmente*, sin la capacidad para requerir quien lo represente. Su articulado expresa que:

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la *inhabilitación absoluta*. [...] El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces (art. 12 del Código Penal) [...] la inhabilitación absoluta importa: *La privación del derecho electoral* (art. 19, inc. 2 del Código Penal).¹⁶

Este conglomerado legislativo estableció el dialecto más crudo de legitimación del poder punitivo estatal en la naciente democracia.

Cincuenta años más tarde se sanciona el Código Nacional Electoral mediante la Ley 19 945 (1972), la que replica las exclusiones anteriormente mencionadas a través de su art. 3:¹⁷

16 Incluso el art. 12 del Código Penal autoriza a extender la inhabilitación (entre otras, privación del derecho electoral) hasta tres años más luego de cumplida la pena.

17 Art. 3: “Según Ley 19 945, están excluidos del padrón electoral, los dementes declarados tales en juicio y aquellos que, aún cuando no lo hubieran sido, se encuentren reclusos en establecimientos públicos; los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito; los soldados conscriptos de las Fuerzas Armadas y los agentes, gendarmes, marineros o sus equivalentes de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y las provincias, como así también los alumnos de institutos de reclutamiento de todas esas fuerzas, tanto en el orden nacional como provincial; los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad; los condenados por delitos dolosos a pena privativa

Están excluidos del padrón electoral: [...] d) Los *detenidos* por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad; [...] e) Los *condenados por delitos dolosos* a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; [...] f) Los *condenados por faltas* previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años (el destacado me pertenece).

Lo cierto es que las sucesivas legislaciones electorales¹⁸ reflejaron fielmente las restricciones políticas a las personas privadas de la libertad, sin cuestionarse el fundamento de semejante inhabilitación, manteniendo incólume la relación estado de vulnerabilidad, derechos políticos y sistema penal.

Este esquema normativo colisiona directamente con la Constitución, que garantiza “el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia”, y dispone que el sufragio es “universal, igual, secreto y obli-

de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; los sancionados por la infracción de desertión calificada, por el doble término de la duración de la sanción; los infractores a las leyes del servicio militar, hasta que hayan cumplido con el recargo que las disposiciones vigentes establecen; los declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción; los que registren tres sobreseimientos provisionales por delitos que merezcan pena privativa de libertad superior a tres años, por igual plazo a computar desde el último sobreseimiento; los que registren tres sobreseimientos provisionales por el delito previsto en el art. 17 de la Ley 12 331, por cinco años a contar del último sobreseimiento. Las inhabilitaciones de los incs. j) y k) no se harán efectivas si entre el primero y el tercer sobreseimiento hubiesen transcurrido tres y cinco años, respectivamente; los inhabilitados según disposiciones de la Ley 19 102; los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos”.

18 En la provincia de Buenos Aires la prohibición es regulada por la Ley Electoral (5109) que, en su art. 3, inc. 2, acápite c), establece que: “No podrán votar [...] 2) Por razón de su estado y condición [...] c) Los detenidos por orden de, o condenados, juez competente, mientras no recuperen la libertad”. El objeto de análisis abarca a las personas privadas de libertad, por ello no desconocemos el avance que significó, en 1947, la Ley 13 010, que incorporó a la mujer, reconociéndole los derechos políticos y en 1991, la Ley 24 007, que extendió el derecho a votar a los argentinos residentes en el exterior, y la Ley 26 774, que habilitó optativamente a las personas mayores de 16 años edad.

gatorio” (art. 37).¹⁹ Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su art. 21 que:

la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su art. 25 que:

todos los ciudadanos gozarán de [...] a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) *Votar* y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XX entiende que:

toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Por último, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Ginebra, 1955) instauran parámetros y analizan sistemas contemporáneos para luego llevarlos a la práctica, donde encontramos principios rectores aplicados a los condenados que disponen que: “61. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de *la exclusión de los reclusos de la sociedad*, sino, por el contrario, el hecho de que *continúan formando parte de ella*” (todos los destacados me pertenecen).

19 La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representativo, según las leyes que reglamenten su ejercicio”; y que el sufragio es: “libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo” (art. 62).

De esta manera, el sistema de protección de los Derechos Humanos estaba debatiendo los derechos básicos de las personas en general y de las privadas de libertad en particular, problematizando las inhabilitaciones políticas, las que ya eran controvertidas en diferentes fallos internacionales.²⁰

20 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso “Hirst c. Reino Unido”, entiende que la suspensión automática y general de todas las personas en prisión viola la Convención y profundiza que no existe “ningún vínculo racional” ni evidencia de que la suspensión del derecho al sufragio fuese un disuasor para delinquir (“Hirst c. United Kingdom”, n° 2, n° 74 025/01, Alec Ewald, ensayo titulado “Worlds Apart: Criminal Disenfranchisement Law in High Courts” [Mundos aparte: Las leyes sobre suspensión del derecho al sufragio en las Cortes Supremas]). Este camino jurisprudencial es luego confirmado en “Frodl c. Austria”. La Sala La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Romero Cacharane, H. A. s. ejecución penal”, resuelta el 9/3/2003, hizo suyas las expresiones de La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (“Wolff c. McDonnell”; 418 US 539, 1974), cuando al interpretar la VIII enmienda de la Constitución de ese país señaló que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país (“*There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country*”). La Sala Superior de la República Mexicana se ha inclinado por entender que “los derechos político-electorales no son derechos absolutos sino que pueden estar sujetos a restricciones, siempre que las mismas estén previstas en la legislación, sean objetivas y razonables y respondan a un fin legítimo. En este sentido, atendiendo a las circunstancias del caso en particular, se considera que la suspensión de los derechos políticos del actor es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal previsto constitucional basado en la readaptación social del individuo, pues al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria, no existe una necesidad social imperiosa que justifique el mantenimiento de la suspensión de derechos político-electorales cuando se ha sustituido la pena de prisión con el régimen de preliberación, que no incluye alguna forma de reclusión, máxime si con la rehabilitación de sus derechos se facilita su readaptación social” (SUP-JDC-20/2007). La Suprema Corte de Canadá, en el caso “Sauvé c. Canadá”, estimó que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de voto a ciudadanos que se encontraban privados de libertad. La autoridad no pudo justificar por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerada como una forma de pena estatal (“Sauvé c. Canadá”, Chief Electoral Officer, 2002 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68). La Suprema Corte de Israel trató la suspensión de los derechos Políticos de Yigal Amir, negándose a revocar la ciudadanía para castigarlo. El máximo tribunal decidió que la sociedad ya había condenado al autor del delito y lo privó de su libertad en una unidad penitenciaria, al interpretar que suspender su derecho al sufragio no perjudicaría al condenado, sino a la Democracia Israelí (“Hilla Alrai c. Minister of Interior et al.”, 50-2-P.D. 18 1996). El Tribunal Constitucional de Sudáfrica se

Esta ambigua dualidad normativa, establecida por los parámetros impuestos por la Constitución (1853/1994) y los Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional) en contra de las leyes electorales y del sistema penal, llevó a varias organizaciones sociales, como el CELS, ADC y la Asociación Pensamiento Penal, a interponer denuncias, hábeas corpus, amparos y/o *amicus curiae*, gestando nuevos espacios a las longevas tensiones constitucionales.

En las postrimerías del siglo XX, se produce un quiebre significativo: la acción de amparo contra el Estado nacional con el objeto que se adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho al voto de las personas detenidas sin condena²¹ en establecimientos penitenciarios de la Nación, la que fue rechazada en primera instancia. Disconforme, el accionante (CELS) interpuso recurso de apelación ante la Cámara Nacional Electoral,²² presentándose el Procurador Penitenciario en carácter de *amicus curiae*. La Cámara revocó la sentencia y declaró la inconstitucionalidad del art. 3, inc. d) del Código Electoral Nacional, lo que se tradujo como el fallo que agrietó el tradicional discurso legal. Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación²³ confirmó la sentencia expresando que:

el derecho al voto no queda limitado a su ejercicio individual o incluso como se plantea en el caso a su difusión a un grupo relativamente amplio de personas sino que también reviste una

pronunció sobre el carácter universal de los derechos políticos como aspecto fundamental en términos de civilidad y de democracia (“August c. electoral Commn”, 1999).

21 Amparo presentado por Emilio Fermín Mignone en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales, por los “detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. Por otra parte, por el principio de inocencia (art. 18 de la Constitución nacional), todo ciudadano goza de sus derechos en la medida que no exista una condena judicial, y las restricciones que se impongan a su pleno ejercicio sólo pueden tener como objetivo asegurar el cumplimiento del fin estatal de determinar la existencia del delito y hacer responsable a su autor. Por ello, toda restricción que supere la propia necesidad del proceso, resulta un avasallamiento innecesario e injustificable de los derechos del particular y, fundamentalmente, un ataque a su estado de inocencia, máxime cuando la limitación vulnera el principio de igualdad, ya que establece diferencias entre los procesados: a unos les impide votar (a los que se les ha dictado prisión preventiva) y, a otros, igualmente procesados pero que gozan de libertad, no se les impide ejercer ese derecho.

22 Fallo 2807:2000 CNE, jueces Rodolfo Munne y Eduardo Luraschi.

23 CSJN, “Mignone, Emilio F. s. promueve acción de amparo”, 9/4/2002, Fallos 325:524.

importancia central en nuestro sistema representativo de gobierno donde el derecho político del voto es un derecho político fundamental ya que es protector de otros derechos.²⁴

A partir de este fallo los detenidos sin condena comenzaron a ejercer su derecho al voto, pero sólo con respecto a autoridades nacionales. En 2003, como consecuencia directa del fallo “Mignone”, se dicta la Ley 25 858,²⁵ derogando la prohibición de voto a las personas procesadas con prisión preventiva e incorporando el art. 3 bis al Código Electoral Nacional.

Por diferentes presentaciones, el Poder Judicial comenzó a ocupar el espacio para resolver la antinomia señalada. La Corte Suprema de Justicia,²⁶ la Suprema Corte de Buenos Aires,²⁷ el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma,²⁸ la Cámara Nacional Electoral,²⁹ la Cámara Federal de la Plata,³⁰ el Tribunal Oral Nacional,³¹ el Juzgado de Ejecución Santa Fe³² y el Juzgado de Garantías de Lomas de Zamora,³³ pusieron en letra estos cuestionamientos.

Si bien es evidente la pluralidad de competencias de las máximas interpretadoras, no es menos cierto que, de acuerdo con los temas involucrados (sufragio y privación de la libertad) existe una preeminencia netamente penal sobre la temática. Ello es coherente porque el sistema

24 Del voto de Gustavo A. Bossert.

25 Tres años más tarde, mediante Decreto 1291/2006, se reglamentó dicha ley, lo que posibilitó el ejercicio de su derecho en 2007 con respecto a los cargos nacionales. Luego, el Decreto Reglamentario 295/2009.

26 Fallos 325:524.

27 “Axat Della Croce, Julián c. Honorable Junta Electoral s. amparo - cuestión de competencia”, resolución I 71 613 del 3/8/2011 (<www.scba.gov.ar>).

28 Expte. 8730/12, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. GCBA s. acción declarativa de inconstitucionalidad”.

29 Fallo 2807/2000 CNE.

30 Expte. 6574, “García de la Mata, Angel María s. su presentación”, sentencia del 22/10/2011.

31 Tribunal Oral en lo Criminal n° 1, “Matías Méndez s. tentativa de homicidio calificado, robo calificado por arma y portación de arma de guerra”, causa 4316, sentencia del 9/10/2013.

32 Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, expte. 646/2011, “Hábeas Corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s. solicitan emitir sufragio”, resolución del 27/9/2011.

33 “E. E. M. s. portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización legal”, causa 00-016113-11, resolución del 20/10/2011.

penal ha sido el más eficiente interpretador para restringir y suprimir derechos y garantías constitucionales.

El art. 12 del Código Penal establece que:

la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.³⁴

Es por ello que el universo penal ha expresado que:

nuestra inhabilitación absoluta tiene en algunos de sus efectos (arts. 19, incs. 2 y 4 del Código Penal), un carácter esencialmente *vindicativo* y *deshonroso*³⁵ [...] no obstante la *intención tutelar* del legislador, este instituto no ha concluido de desprenderse históricamente de las *indignidades e infamias penales, de las cuales proviene*.³⁶

Las restricciones a los derechos políticos de las personas privadas de libertad históricamente obedecieron a situaciones políticas y sociales, utilizándose diferentes leyes de la época para someter y avasallar los grandes cambios estructurales que estaban ocurriendo debido a los movimientos inmigratorios. El desagrado y la intranquilidad de la sociedad, al verse colmados de campesinos y trabajadores que ocupaban espacios productivos donde trabajaba toda la familia y vivían en conventillos superpoblados, se encontraban lejos de la planificación inmigratoria de la esperanzadora Ley Avellaneda. Estas “nuevas familias importadas”, al

34 El art. 3, incs. e), f) y g) del Código Electoral Nacional, junto con el art. 19, inc. 2, aportan la directiva de exclusión del padrón de electores a los condenados a pena privativa de libertad por delitos dolosos, a los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos y a los sancionados por la infracción de deserción calificada, siendo que deben encontrarse alojados en establecimientos penitenciarios en cumplimiento de la pena.

35 Núñez (1988: 432).

36 Soler (1987: 461); los destacados me pertenecen.

instalarse en el suelo nacional, gozaban de los derechos nacionales,³⁷ situación que generó el malestar de la sociedad conservadora dominante. La intensa movilización política y social se intentó reducir con diferentes herramientas, estados de sitio, represiones y leyes. La Ley de Residencia, la Ley de Defensa Social y la Ley Sáenz Peña fueron los instrumentos dirigidos a eliminar las garantías establecidas en la Constitución y controlar a las masas, ya que habilitaban al Poder Ejecutivo a expulsar inmigrantes sin proceso judicial previo y disminuían los derechos y los controles, disponiendo detenciones y la expulsión de todo habitante³⁸ cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad y el orden público. Pero la mayor preocupación era concluir con las protestas, huelgas y manifestaciones para que, dentro de lo posible, se ubicara parte del reclamo al sistema político a través del Congreso, fragmentando al principal enemigo: el movimiento obrero y las ideas anarquistas y de izquierda.

La Ley Sáenz Peña tuvo como finalidad limitar la capacidad de ejercicio y representación política de un sector de la sociedad. El entorno social y político conformó la agenda pública. El fraude electoral fue el pretexto y la justificación, la finalidad encubierta se pensó en neutralizar las revoluciones, manifestaciones, huelgas y el crecimiento del sector más vulnerable de la sociedad. Para ello, la Ley 8288, de voto universal, secreto y obligatorio, aseguraba quiénes estarían en condiciones de ser ciudadanos y, por supuesto, los privados de libertad bajo cualquier circunstancia no podían ejercer ese derecho.

El sufragio es el derecho público subjetivo de naturaleza política que tienen los miembros activos del pueblo. Integrar a las personas privadas de la libertad, sean procesadas o condenadas, a la participación en el Estado a través de la organización política, o en su caso, defender la representación que este grupo podría tener a través de un representante en el Parlamento para encarnar e interpretar sus peticiones, es un objetivo plausible.

Pero el alcance es más profundo, ya que se debe restituir este derecho a todas las personas privadas de libertad, sean procesadas o condenadas,

37 La Constitución otorga derechos civiles y sociales a todos sus "habitantes", argentinos y extranjeros. En el art. 20 se establecen los derechos que gozan los extranjeros en el territorio de la Nación. La condición política del extranjero resulta del art. 16, según el cual "todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos, sin otra condición que su idoneidad".

38 Es interesante remarcar el concepto de habitante ya que se podía ser nativo, naturalizado o extranjero.

para que puedan elegir las autoridades nacionales, provinciales y municipales, legitimadas a través de un plan de documentación, por existir un crecimiento democrático y comprender la complejidad histórica, social y política, y convencernos sobre los derechos políticos de todos los ciudadanos que deseen habitar el suelo argentino, y terminar con el derecho punitivo electoral, que nunca debió existir.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corbetta, J. C. y R. S. Piana (2005), *Constitución política de la República Argentina. Dimensiones normativas y jurisprudenciales de la realidad política argentina*, La Plata, Scotti.
- Costanzo, G. A. (s.f.), *Lo inadmisibile hecho historia. La Ley de Residencia de 1902 y la Ley de Defensa Social de 1910*, disponible en <www.sociales.uba.ar>.
- Del Campo, H. (s.f.), “Los orígenes del movimiento obrero argentino”, en *Historia del Movimiento Obrero*, Buenos Aires, CEAL.
- Díaz, E. (1943), *El Código Penal para la República Argentina*, 3ª ed., Buenos Aires, p. 288.
- Donna, E. (2001), *Derecho Penal*, t. II-B, parte especial, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 139.
- Gómez, E. (1940), *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Asociación Argentina de Editores, p. 346.
- Laje Anaya, J. y E. Gavier (2001), *Notas al Código Penal argentino*, 2ª ed., t. II, parte especial, Córdoba, Lerner, p. 219.
- Ledesma, G. A. (1996), *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. act., t. V, parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 247.
- Melossi, D. y M. Pavarini (1983), *Cárcel y fábrica*, México, Siglo XXI.
- Moreno (h), R. (1923), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. IV, Buenos Aires, Tomás, p. 372.

- Núñez, R. C. (1988), *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Córdoba, Lerner.
- Galeano, E. (2001), “Los invisibles”, *Página/12*, contratapa, diciembre.
- Osorio, M. (1996), *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta.
- Peco, J. (1941), *Exposición de Motivos*, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, pp. 317-318.
- Pigna, F. (2006), *Los mitos de la historia argentina*, t. III, Buenos Aires, Planeta.
- Ramos, J. P. (1943), *Curso de Derecho Penal*, 2ª ed. corr. y aum., t. V, segunda parte, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, p. 300.
- Raffo, B. P. y R. A. Sassot (1969), *Régimen procesal de la inhabilitación*, Buenos Aires, JA, Doctrina.
- Rapoport, M. (2005), *Historia económica política y social de la Argentina (1880-2003)*, Buenos Aires, Ariel.
- Scobie, J. R. (1977), *Buenos Aires: Del centro a los barrios 1870-1910*, Buenos Aires, Solar - Hachette.
- Scaltritti, M. (2008), *Historia argentina contemporánea: Pasados y presentes de la política, la economía y el conflicto social*, Buenos Aires, Dialektik.
- Soler, S. (1987), *Derecho Penal argentino*, t. II, Buenos Aires.
- Subsecretaría de Asuntos Políticos y Electorales (2008), *Historia electoral argentina (1912-2007)*, Ministerio del Interior y Transporte, diciembre, <www.mininterior.gov.ar>.
- Terán, O. (1987), *Positivismo y nación*, Buenos Aires, Punto Sur.
- Zaffaroni, E. R. (2008), *Código Penal comentado y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido con David Baigún y coordinado por Marco A. Terragni, Buenos Aires, Hammurabi.

FALLOS

Fallo 2807:2000 CNE, jueces Rodolfo Munne y Eduardo Luraschi.

Expte. 8730/12, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. GCBA s. acción declarativa de inconstitucionalidad”, votos de Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, José Osvaldo Casás, Luis Francisco Lozano y Horacio G. Corti.

CSJN, “Mignone, Emilio F. s. promueve acción de amparo”, 9/4/2002, Fallos 325:524.

“Axat Della Croce, Julián c. Honorable Junta Electoral s. amparo-cuestión de competencia”, resolución I 71 613 del 3/8/2011 (<www.scba.gov.ar>).

Expte. 8730/12, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. GCBA s. acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Fallo 2807/2000 CNE.

Expte. 6574, “García de la Mata, Angel María s. su presentación”, sentencia del 22/11/2011.

Tribunal Oral en lo Criminal n° 1, “Matías Méndez s. tentativa de homicidio calificado, robo calificado por arma y portación de arma de guerra”, causa 4316, sentencia del 9/10/2013.

Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, expte. 646/2011, “Hábeas corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s. solicitan emitir sufragio”, resolución del 27/9/2011.

“E. E. M. s. portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización legal”, causa 00-016 113-11, resolución del 20/10/2011.

4. La implementación del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes

Viejos y nuevos desafíos en la prevención de la tortura

Nicolás Laino

En los últimos años, distintos informes elaborados por organizaciones no gubernamentales, por instituciones públicas y por organismos internacionales han echado luz sobre una realidad que por mucho tiempo había permanecido invisibilizada, o sobre la que –al menos– no teníamos una acabada idea de la frecuencia con que ocurría.

En 2011, en el ámbito federal la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) registró un total de 399 hechos de tortura y/o malos tratos, de los cuales 390 tuvieron lugar en unidades del Servicio Penitenciario Federal (SPF).¹ Para el mismo año, la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y Otras Formas de Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación² recibió en un período de diez meses información de 400 situaciones de tortura y/o malos tratos, de las cuales 273 habrían tenido lugar en unidades del SPF, 90 en la vía pública y 10 en dependencias de la Policía Federal Argentina.

También en 2011, en la provincia de Buenos Aires, la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) realizó 2371 presentaciones judiciales que incluyeron la denuncia de 7089 hechos,³ comprendiendo desde faltas de atención médica, afectaciones al vínculo familiar y situaciones

1 Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe Anual 2011*.

2 Creada por resoluciones de la Defensora General de la Nación 1650/10 y 72/11. Los distintos informes producidos por la Unidad de Registro de la Defensoría General de la Nación pueden consultarse en <www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/unidad-de-registro-de-hechos-de-tortura-y-otras-formas-de-violencia-institucional-3309>.

3 Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria, *Informe Anual 2012*.

de aislamiento, hasta problemas de alimentación o infraestructura, y asimismo golpes.

En el informe, la CPM dio cuenta además de 10 458 hechos violentos notificados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) a la justicia, cifra que implicó un incremento de la violencia intracarcelaria en un 31% con relación al año anterior⁴ y en un 49% para el período 2008-2011 (Anitua y Laino, 2013: 393).

A pesar de los alarmantes números que hablan de una práctica sistemática de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes en nuestro país, ni jueces ni fiscales parecen haber tomado real dimensión del problema, cuestión que resulta patente si observamos la casi absoluta ausencia de condenas por torturas, vejaciones o apremios ilegales (Anitua y Laino, 2013: 394).

Sabido es que la mayoría de los delitos poseen una cifra negra muy elevada, o sea que del universo de hechos ocurridos apenas unos pocos son conocidos por el sistema de justicia penal. Pues bien, en el caso de las torturas y los malos tratos esa cifra es aún mucho mayor si tenemos en cuenta la especial vulnerabilidad de quienes son víctimas de estos delitos, la habitual omisión de denunciar por el temor a las represalias por parte de los autores que seguirán teniendo un poder de hecho sobre las víctimas, e incluso la mayor tolerancia frente a la violencia institucional, tanto social cuanto del propio victimizado, que en muchas ocasiones termina por naturalizar el maltrato, al que percibe como parte del castigo que se le ha impuesto (Anitua y Laino, 2013: 394).

Según información relevada por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, de las casi 34 mil condenas dictadas en todo el territorio argentino en 2004, tan solo 44 se refirieron a los delitos de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas, es decir, apenas el 0,12% (Anitua y Laino, 2013: 394).

De esta manera, la situación de impunidad en este tipo de criminalidad no se debe sólo a la existencia de muy pocas denuncias, sino que aquellos casos que sí son puestos en conocimiento de la justicia penal no progresan y muy rara vez culminan en condenas. Por ejemplo, en la justicia federal y ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, más la

4 Estos números no significan, de ningún modo, que el SPB asuma su responsabilidad en las situaciones de violencia informadas, sino que, por el contrario, en general la culpa se proyecta sobre los propios privados de libertad, cuyos comportamientos serían los agentes causantes de tales situaciones.

justicia federal del interior del país, solamente una de cuatrocientas denuncias relacionadas con estos delitos termina en condena. Según el informe 2008 del Ministerio Público Fiscal, el porcentaje de sentencias condenatorias oscila alrededor del 0,25% del total de denuncias ingresadas al sistema penal formal por estos hechos (Anitua y Laino, 2013: 395).

Para quienes trabajamos en el sistema de justicia penal, como ocurre con buena parte de los miembros de la Asociación Pensamiento Penal (APP), estas cifras no hicieron más que visibilizar un sinnúmero de situaciones que nos son denunciadas a diario cuando visitamos las prisiones y dialogamos con la clientela inamovible de la penalidad, representada en general por hombres jóvenes pertenecientes a los sectores más marginales de la sociedad.

En el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, tanto las observaciones finales del Comité contra la Tortura (órgano de tratado de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes) respecto de la Argentina emitido en 2004,⁵ como el informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de 2010,⁶ han sido muy críticos sobre la aplicación de la tortura en el país, destacando la existencia de una situación estructural de tortura y malos tratos en las instituciones de privación de libertad de Argentina, así como en la vía pública en ocasión de la intervención de las fuerzas de seguridad al practicar detenciones.

Además, en 2012 el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) realizó una visita de monitoreo a lugares de detención federales y de la provincia de Buenos Aires,⁷ tras la cual elaboró un informe muy crítico sobre la situación de la tortura en el país.⁸

No podemos pasar por alto, asimismo, el hecho de que la Argentina ha sido objeto, hasta la fecha, de seis condenas por parte de la Corte

5 CAT/C/CR/33/1, 10/11/2004.

6 CCPR/C/ARG/CO/4, 22/3/2010.

7 Donde visitó tanto cárceles, como comisarías policiales, instituciones psiquiátricas e institutos de menores.

8 Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al derecho a la integridad personal.⁹

La prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes es una de las normas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, que junto con apenas otro puñado de derechos rige incluso en tiempos de guerra, de peligro público u otras emergencias que amenacen la independencia o la seguridad del Estado, es decir que se trata de una prohibición absoluta que no admite excepciones bajo ninguna circunstancia (art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–). La prohibición de la tortura es además norma de *ius cogens* (art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), y en cuanto tal es inderogable.

Como las demás Convenciones sobre derechos humanos, la CADH contiene una prohibición absoluta de la tortura en su art. 5. A su vez, el art. 1 de la Convención establece en cabeza de los Estados el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, el que –en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– requiere de la adopción de las medidas necesarias para castigar las violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.¹⁰ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en su art. 1 dice también expresamente que “Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente conven-

9 Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria c. Argentina”. Fondo, sentencia de 2/2/1996, serie C n° 26; caso “Bulacio c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18/9/2003, serie C n° 100; caso “Bueno Alves c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11/5/2007, serie C n° 164; caso “Bayarri c. Argentina”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30/10/2008, serie C n° 187; caso “Torres Millacura y otros c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/8/2011, serie C n° 229; caso “Mendoza y otros c. Argentina”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14/5/2013, serie C n° 260.

10 Corte IDH, caso “Juan Humberto Sánchez”, sentencia de 7/6/2003, serie C n° 99, párr. 110; caso “Bámaca Velásquez”, sentencia de 25/11/2000, serie C n° 70, párr. 172; y caso de los “Niños de la Calle” (“Villagrán Morales y otros”), sentencia de 19/11/1999, serie C n° 63, párrs. 144-145; entre muchos otros. En igual sentido, Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 6 (Décimo sexta sesión, 1982); “María Fanny Suárez de Guerrero c. Colombia”. Comunicación n° R.11/45 (5/2/1979), U.N.Doc. Supp. n° 40 (A/37/40) (1982), p. 137.

ción”; mientras que en su art. 6 dispone, en sentido similar, que los Estados “tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”.

A partir de aquí me centraré en una de las dos grandes dimensiones del aludido deber de garantía en cabeza de los Estados, cual es la de prevenir las violaciones a los derechos fundamentales. Respecto de esta, la APP ha cumplido a lo largo de los últimos años, junto con un colectivo integrado por más de una veintena de organizaciones de la sociedad civil, un rol fundamental al haber participado en la redacción y en el trabajo de *lobby* dirigido a la aprobación e implementación de la ley de creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Sin duda, cuando se trata de torturas y otras penas, o tratos crueles, inhumanos y degradantes, por el nivel de aflicción que producen sobre la integridad física y psicológica de las víctimas, el principio general debe ser el de evitar que ellas se produzcan, toda vez que cualquier respuesta que se dé una vez ocurridos los hechos –como el enjuiciamiento y castigo de los responsables o la reparación a las víctimas– no va a ser lo suficientemente eficaz como para regresar las cosas al estado previo a la violación.

Los esfuerzos por la prevención de la tortura y los malos tratos son, vale decirlo, la “obsesión” de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Tan así, que no alcanzó con las convenciones generales que contenían prohibiciones absolutas de estos hechos, ni con las convenciones específicas en materia de tortura (Convención de las Naciones Unidas de 1984 y Convención Interamericana de 1985), sino que debió diseñarse, en el seno de la ONU y vistas las limitaciones de esa Convención y de su órgano de tratado (el ya mencionado Comité contra la Tortura), un sistema eficaz para la prevención, lo cual inició, tras más de diez años de discusiones, con la aprobación por la Asamblea General de la ONU del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura¹¹ (conocido por sus siglas en inglés OPCAT), que vino a generar un novedoso sistema de monitoreo que combina un Subcomité Internacional con sistemas nacionales de prevención afincados en cada uno de los países signatarios.

11 Adoptado el 18/12/2002 en el marco de la 57ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución A/RES/57/199, entró en vigor el 22/6/2006 con el depósito del 20º instrumento de ratificación en la sede de la Secretaría General de la ONU.

El Protocolo prevé la existencia de un Subcomité, integrado por veinticinco miembros expertos en prevención de la tortura y pertenecientes a distintas áreas de la ciencia (medicina, derecho, psicología, etc.), con facultad de hacer visitas en lugares de detención de los Estados parte y hacer recomendaciones relacionadas con la práctica de la tortura y los malos tratos en los países visitados.

Pero quizá lo más novedoso del sistema ideado por el Protocolo Facultativo es que crea una estructura de prevención asentada en cada uno de los Estados signatarios, mediante los llamados mecanismos nacionales de prevención de la tortura, que deben ser creados por los países ratificantes del Protocolo respetando determinados principios que aseguren su independencia y autonomía.¹²

Argentina ratificó el OPCAT en 2004, el que entró en vigor recién en 2006, momento desde el que había un plazo de un año para designar el mecanismo nacional de prevención. Nuestro país dictó la ley 26 827 de creación del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura (SNP) recién a finales de 2012.¹³

La APP fue una de las casi treinta organizaciones no gubernamentales que trabajó en la discusión y elaboración del proyecto de ley que fuera presentado al Congreso Nacional por varios diputados y diputadas nacionales.¹⁴ Dicho proyecto obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados sin modificaciones respecto de su versión original, mientras que ulteriormente en el trámite en el Senado sufrió algunos cambios, en particular respecto de la integración del Comité Nacional de Prevención de la Tortura (CNP). Sin pretensiones de exhaustividad, a continuación expondremos los principales lineamientos del SNP.

Uno de los grandes aciertos de la ley es la definición amplia que se da de “lugar de detención”, de conformidad con lo establecido en el

12 El art. 3 del Protocolo dispone: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado el mecanismo nacional de prevención)”. A su vez, en el art. 17 establece que “Cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones”.

13 Sancionada el 28/11/2012, promulgada de hecho el 7/1/2013.

14 Encabezados por la diputada nacional Victoria Donda.

art. 3 del Protocolo Facultativo (art. 4, Ley 26 827). En el art. 5 de la ley se establecen ciertos principios rectores del sistema, entre los que cabe destacar especialmente el de *fortalecimiento del monitoreo*, que implica que el espíritu de la norma no es restringir ni debilitar sino fortalecer las capacidades de los organismos estatales y no estatales que desempeñan funciones vinculadas con el monitoreo de los lugares de detención y la defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad; el de *coordinación y articulación* entre los distintos integrantes del sistema; y el de *cooperación* de las autoridades públicas con el SNP.

En cuanto a la conformación, el art. 3 de la ley establece que

El Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes está integrado por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, el Consejo Federal de Mecanismos Locales, los mecanismos locales que se designen de conformidad con esta norma, y aquellas instituciones gubernamentales, entes públicos y organizaciones no gubernamentales interesadas en el cumplimiento de los objetivos del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

El CNP, órgano rector y de coordinación del Sistema, funcionará bajo la órbita de la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo creada por ley 24 284 y estará integrado por trece miembros: seis representantes parlamentarios, dos por la mayoría y uno por la primera minoría de cada Cámara del Congreso de la Nación; el procurador penitenciario de la Nación y dos representantes de los mecanismos locales elegidos por el Consejo Federal de Mecanismos Locales; tres representantes de organizaciones no gubernamentales que desarrollen actividad de defensa de los derechos de las personas privadas de libertad y de prevención de la tortura; y un representante de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. La propia ley establece algunas pautas sobre el modo de designación de cada uno de los grupos de representantes, quienes desempeñarán sus cargos ad honórem y durarán cuatro años en sus funciones.

El art. 7 de la ley contiene las funciones asignadas al CNP, entre las que se destacan como función principal la de realizar visitas de inspección a los lugares de detención; recopilar y sistematizar la información de todo el sistema; crear, implementar y coordinar un Registro Nacional de Casos de Tortura; elaborar estándares de actuación y promover su apli-

cación uniforme y homogénea por todo el SNP; diseñar y recomendar acciones y políticas para la prevención de la tortura; entre otras.

Tras enumerar en el art. 8 una serie de facultades y atribuciones para el cumplimiento de su misión, en el art. 9 se dispone que el CNP podrá efectuar recomendaciones a las autoridades públicas o privadas, emitir informaciones de situación y/o temáticos, estableciéndose en el art. 10 la obligación de presentar un informe anual ante la mencionada Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo.

También integrarán el SNP los llamados mecanismos locales de prevención (MLP), que son los dispositivos que crearán cada una de las provincias del país para realizar visitas de monitoreo en los lugares de encierro de sus respectivas jurisdicciones, y que deberán respetar ciertos principios que aseguren su autonomía e independencia, para lo cual la ley ha fijado en el art. 34 algunos requisitos mínimos. Vale destacar que aun antes de la sanción de la Ley 26 827 algunas provincias del país –Chaco, Salta, Mendoza, Río Negro y Tucumán– se dieron sus MLP, no siempre respetando los requisitos establecidos en el OPCAT (que la Ley 26 827 procuró traducir en el mentado art. 34).

Como mecanismo de prevención en el ámbito federal, la ley designó al procurador penitenciario de la Nación (Ley 25 875), quien juntamente con un representante de cada uno de los demás MLP formarán un Consejo Federal de Mecanismos Locales, cuyas funciones son establecidas en el art. 22; como hemos visto, una de ellas será elegir a sus dos representantes que integrarán el CNP.

Por último, serán asimismo parte del SNP las instituciones gubernamentales, entes públicos y organizaciones no gubernamentales interesadas en el cumplimiento de los objetivos del OPCAT. Este es también un aspecto muy valioso del sistema diseñado por la Ley 26 827, en la medida en que todas aquellas instituciones estatales o entes públicos (vgr. las defensorías públicas, los defensores del pueblo, etc.) y organizaciones no gubernamentales interesados en el cumplimiento de los objetivos del Protocolo Facultativo, más allá de que no integren el CNP, sí serán parte del SNP y en cuanto tales tendrán un mínimo de facultades garantizadas por la propia ley (en particular, en el art. 41 y ss.).

La aprobación de la ley de creación del SNP fue un paso fundamental que dio nuestro país para el cumplimiento de la obligación asumida en 2004 al adherir al OPCAT, sumado a que se trata de una norma resultado de muchos años de trabajo por parte de un colectivo de organizaciones no gubernamentales de las que la APP tuvo el honor de integrar, constituyendo esta participación tan amplia y protagónica de la sociedad civil

una buena práctica a nivel mundial que instituciones líderes en esta materia como la Asociación para la Prevención de la Tortura han elogiado.

Cabe advertir que algunas de las modificaciones introducidas en la Cámara de Senadores respecto del proyecto original en cuanto a la composición y al proceso de selección de los miembros del CNP podrían eventualmente afectar la autonomía y la independencia del futuro mecanismo. Sin embargo, desde la APP esperamos y confiamos en que la reglamentación que el Poder Ejecutivo Nacional haga de la ley garantizará que el proceso de nombramiento de los miembros del CNP, en particular de los representantes parlamentarios y del de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, adoptará todas las salvaguardas necesarias para garantizar un proceso transparente y abierto que permita una amplia participación de la sociedad civil, de acuerdo con los estándares internacionales.

La Asociación Pensamiento Penal, como institución fuertemente comprometida con la defensa de los derechos humanos de los grupos más vulnerables de la sociedad, y en particular de las personas privadas de su libertad, seguirá trabajando arduamente para lograr que el proceso de implementación del mecanismo nacional de prevención de la tortura asegure un dispositivo independiente y autónomo que garantice su eficacia en el cumplimiento de la misión para el que fue diseñado. La pervivencia de la tortura entre nosotros en plena democracia constituye una realidad demasiado grave y acuciante como para darnos el lujo de desperdiciar esta gran oportunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anitua, I. y N. Laino (2013), “La tortura en Argentina como práctica del sistema penal y como crimen de Estado. Defensa de esa calificación como obstáculo a una nueva negación”, en Anitua y Zysman Quirós (comps.), *La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Buenos Aires, Didot.

Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria, *Informe Anual 2012*, disponible en <www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informeCPM_curvas_web.pdf>.

Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe Anual 2011: La situación de los Derechos Humanos en las Cárcenes Federales de la Argentina*, disponible en <www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202011%20PPN.pdf>.

Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, copia avanzada, disponible en <www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/ArgentinaNPM.docx>.

5. El indulto, la amnistía y la implementación del cupo carcelario: alternativas para solucionar la sobrepoblación carcelaria

Los casos de las provincias de Buenos Aires, Catamarca y Río Negro

Rodrigo Emanuel Draeger

1. Las cárceles han sido (y son) ámbitos de encierro destinados a contener a quienes han infringido las normas sociales que los Estados han definido a lo largo de su historia. Se las ha defendido asignándoles distintas finalidades, muchas veces contradictorias entre sí. Pero existe una problemática común en la mayoría de los Estados modernos, que puntualmente se acentúa en aquellos llamados “del Tercer Mundo”, y son las condiciones de alojamiento de esos establecimientos y la sobrepoblación que en particular se visualiza.

Los comunes denominadores mencionados han generado preocupación en los sectores que definen dichas políticas, y para hacerles frente han tomado distintas posturas con la intención de modificar esas condiciones. Si bien se visibilizan diferentes variantes, podríamos aseverar, sin temor a equivocarnos, que todas apuntan a atacar las consecuencias del problema, y no sus causas. Aun así, merece destacarse la actitud de determinados Estados de no permanecer pasivos e intentar una respuesta política a la problemática social que describimos, lo que resulta por lo menos alentador, pese a que a corto o mediano plazo las dificultades se volverán a entrecruzar, ya que no se ataca la compleja causa del problema.

La Asociación Pensamiento Penal (APP) no ha permanecido ajena a esta discusión y se ha sensibilizado y manifestado de variadas formas ante la presencia de hacinamiento y deplorables condiciones de alojamiento como consecuencia de la sobrepoblación en las cárceles argentinas, como así también ha efectuado precisiones ante el posicionamiento de actores públicos que se han expedido respecto de la temática, como oportunamente relataremos.

2. Haremos una descripción general de la ocupación de los establecimientos carcelarios provinciales y federales, haciendo hincapié en deter-

minadas situaciones provinciales que se han puesto de manifiesto en los últimos tiempos.

Como bien se ha dicho (Foucault, 2008: 316):

Admitamos que la ley esté destinada a definir infracciones, que el aparato penal tenga como función reducirlas y que la prisión sea el instrumento de esta represión. Entonces, hay que levantar un acta de fracaso. O más bien [...] hay que asombrarse de que desde hace ciento cincuenta años la proclamación del fracaso de la prisión haya ido siempre acompañada de su mantenimiento.

Hecha esta reflexión, es atinado aclarar que el fracaso de la prisión no sólo ha sido en la consecución de la finalidad con la que fue concebida, y luego reconcebida, con la aparición de nuevas teorías que trataban de legitimarla, sino que, lejos de ello, se limitó a ser un mero depósito de personas.

Tanto es así que, en la mayoría de los establecimientos carcelarios, nos encontramos con tres situaciones:

1. la “inflación” en la capacidad de alojamiento de las cárceles, que se materializa con un cambio de parámetros para determinar la cantidad de personas que pueden ocupar una celda y con la habilitación de nuevas –o, al menos, su contabilización–. Este mecanismo provoca cuadros de hacinamiento que, a largo plazo, hacen escasear los recursos destinados para atender a las personas privadas de la libertad, así como alimentos, vestimenta, etc.
2. se observa una sobrepoblación por encima del *cupo habilitado* que se dice tener, con el agravante que se supera el límite previamente extendido, por lo explicado anteriormente.
3. la problemática reside en la falta de aplicación de parámetros objetivos para la fijación de un cupo determinado de capacidad de alojamiento y en la poca intervención de los poderes públicos para su fijación y control permanente, el que siendo inexistente, difuso, o aun claro, acaba por ser ineficaz por la falta de mecanismos que logren efectivizarlo.

El Servicio Penitenciario Federal (SPF), de acuerdo al informe correspondiente a 2012 elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) sobre la base de información oficial proporcionada por

los distintos Servicios Penitenciarios, cuenta con treinta y cinco cárceles distribuidas en todo el país, que alojan un total de nueve mil setecientos sesenta y siete detenidos. Del informe se desprende que se ha difundido la idea de que el SPF no se encuentra sobrepoblado, en la medida que se mantuvo estable la cantidad de detenidos y se han construido más unidades. Pero lo cierto es que, como adelantábamos, todavía no se logra avanzar en la definición de estándares consensuados que permitan definir las plazas reales del sistema, de acuerdo con parámetros adecuados para calcular la población.

Los informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación muestran deficiencias estructurales en las condiciones materiales de alojamiento, fallas de infraestructura, deficiencias en la provisión de alimentos y en el acceso al sistema de salud; también respecto de la posibilidad de estudiar, trabajar y comunicarse con las familias. Estos datos ponen bajo la lupa la idea postulada de que se trata de un sistema que alberga a una población acorde con su capacidad.

Las realidades provinciales no distan demasiado del cuadro relatado. Por mencionar algunos casos, tomaremos situaciones particulares de la población carcelaria en Buenos Aires, Catamarca y Río Negro, con la intención de poner en evidencia la transversalidad de la problemática en todo el país.

La provincia de Buenos Aires alberga, prácticamente, a la mitad de la población penitenciaria de la República Argentina. Se estima que de unas sesenta mil personas privadas de la libertad en todo el país, un poco menos de treinta mil se encuentran en territorio bonaerense. Remitiéndonos al informe del CELS, la capacidad de alojamiento de los establecimientos carcelarios provinciales es de dieciocho mil seiscientos cuarenta plazas. Así, del cotejo de la población penitenciaria y la capacidad de alojamiento, se desprende que existe un déficit de alrededor de diez mil plazas, lo que implica una tasa de sobreocupación de alrededor del 35% –siempre admitiendo que el espacio físico disponible para el alojamiento de los internos se adecua a las exigencias de condiciones dignas–.

A este cuadro sobreocupacional hay que sumar el creciente deterioro de las instalaciones de la mayoría de los establecimientos, que no alcanzan estándares adecuados de acuerdo con las normativas internacionales, lo que ha sido recientemente denunciado por el Consejo de Defensores Generales de la provincia de Buenos Aires, en un documento de mayo de 2013. Por otro lado hay que destacar los alarmantes índices de presos sin condena, que oscilan alrededor del 60% del total de la población carcelaria de esa provincia.

De Catamarca resaltamos dos casos de sobrepoblación de establecimientos que alojan a mujeres. El primero ocurre en el Penal de Miraflores, que tiene una capacidad para alojar a quinientas veintitrés personas, pero con una población actual que supera las quinientas sesenta, lo que provoca condiciones de hacinamiento. El porcentaje de privados de libertad procesados con prisión preventiva y de condenados se mantiene aproximadamente en un 50% para cada una de las categorías. Por otro lado, encontramos lo ocurrido en 2013 con la Unidad Correccional 3. El establecimiento funciona como cárcel de mujeres, aunque en el momento de su construcción fue ideado para que funcionase allí una comisaría. Es por esto que desde abril de 2013 se vislumbraron condiciones de hacinamiento –población conformada por mujeres condenadas y con prisión preventiva–, ya que en el edificio sólo existen seis celdas con veintiséis personas alojadas. Esto superó ampliamente la capacidad operativa del establecimiento, lo que motivó que el Juzgado de Ejecución Penal de Catamarca intimase a la Dirección del Servicio Penitenciario Provincial para que

ubique a las internas penadas [...] en un lugar que reúna las condiciones dignas de alojamiento que permitan el tratamiento penitenciario integral y se imparta educación formal y no formal, conforme lo establece las mandas de los arts. 33, 37 de la Constitución provincial en consonancia con la manda del art. 18 de la Constitución nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos –art.75, inc. 22 de la Ley Fundamental–.

Lo narrado provocó que se anunciara la creación de un nuevo establecimiento penitenciario para mujeres y llevó a la APP a expedirse al respecto, como más adelante detallaremos.

En Río Negro, el Juez de Ejecución Penal de General Roca, Juan Pablo Chirinos, firmó una resolución con dos importantes implicancias para el Establecimiento de Ejecución Penal 2 de esa localidad. Una parte se refiere a la imposición de astreintes, equivalentes al 10% del sueldo del Gobernador y tres funcionarios más, a fin de conminar el acatamiento de la sentencia dictada en 2010 –y no cumplida–, que obligaba al Estado a hacer refacciones e impedir nuevas admisiones en el establecimiento.

Como segundo punto (clave desde nuestra mirada), fijó un cupo para el alojamiento, prohibiendo el ingreso de nuevos internos en la medida que se supere la capacidad real del establecimiento (doscientas cincuenta personas, pese a que existe una población de trescientas veinte) y for-

mó además una mesa de diálogo para analizar la situación carcelaria e intimando que, para el caso que no se ejecuten las obras necesarias, se dispondrá la intervención judicial del Servicio Penitenciario a los fines de su realización.

3. La problemática de la sobrepoblación carcelaria y las condiciones de hacinamiento no es un fenómeno local, sino que se lo observa en distintos Estados, más y menos desarrollados. Creemos interesante, por consiguiente, hacer referencia a las respuestas que se han dado históricamente. Ellas se han centrado en el dictado de leyes de amnistía para determinados delitos y en el otorgamiento de indultos y conmutaciones de penas de otros (es preciso hacer la aclaración de que pueden encontrarse diferencias en la manera de instrumentar este tipo de medidas en los distintos Estados).

Cronológicamente, encontramos en la historia más reciente los siguientes:

- En abril de 1996, el presidente del Brasil firmó un decreto por el que se indultó a los condenados a un máximo de seis años prisión que hubiesen cumplido un sexto de la pena con buen comportamiento. La medida favoreció a unas dieciocho mil personas, esto fue, al menos, un 10% de los ciento treinta mil presos del país en ese momento.
- A fines de julio de 2006 el Senado de la República de Italia confirmó un indulto que redujo la pena de tres años para ciertos delitos (excluyendo, entre otros, los relacionados con el terrorismo, la criminalidad organizada, la corrupción de menores y la violencia o explotación sexual), que implicó la excarcelación de cerca de doce mil personas, con el objetivo de alivianar las cárceles del país, que albergaban a más de sesenta mil presos cuando tenían capacidad para cerca de cuarenta mil. De todas maneras, esto no solucionó el fondo de la cuestión, ya que en enero de 2013 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impuso una multa de cien mil euros al gobierno italiano por mantener a los presos en celdas abarrotadas, atendiendo a una demanda presentada por siete presos en 2009.
- En mayo de 2012 la República de Chile sancionó una ley de amnistía por la que se indultó a condenados con penas menores para descongestionar la población carcelaria, que supera

en un 70% la capacidad de los establecimientos, permitiendo la salida de las cárceles de cerca de seis mil presos.

- En diciembre de 2012 Bolivia, también acuciada por la sobrepoblación carcelaria y los reclamos de los reclusos, dispuso un indulto que benefició a unos dos mil presos, casi el 12% de la población carcelaria.
- El 12 de junio de 2013 el gobierno del Ecuador anunció la puesta en marcha de un programa para conmutar penas de jóvenes condenados por transportar drogas, medida que podría alcanzar a unas tres mil personas alojadas en establecimientos de Ayacucho.
- En sintonía con la finalidad de estas decisiones de orden político, pero con una naturaleza jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en mayo de 2011, en el caso de “Brown c. Plata”, dispuso la adopción de medidas para liberar a unos cuarenta y cinco mil presos, afirmando que el hacinamiento en las cárceles del Estado de California debía ser asimilado a un trato cruel, inhumano y degradante. Dichos establecimientos tenían una capacidad para albergar a unas ochenta mil personas privadas de la libertad, pero contaban con una población cercana a los ciento setenta mil.
- No debemos dejar de mencionar la referencia al Jubileo en las cárceles que sostuvo el Papa Juan Pablo II, en ocasión del Año Santo de 2000. Allí expresó que: “En muchos países las cárceles están superpobladas. Hay algunas que disponen de ciertas comodidades, pero en otras las condiciones de vida son muy precarias, por no decir indignas del ser humano. Los datos que están a la vista de todos nos dicen que, en general, esta forma de castigo sólo en parte logra hacer frente al fenómeno de la delincuencia. Más aún, en algunos casos, los problemas que crea parecen ser mayores que los que intenta resolver”. Finalmente se dirigió “a los Responsables de los Estados para implorar una señal de clemencia en favor de todos los encarcelados: una reducción, aunque fuera modesta, de la pena”.

4. La Asociación Pensamiento Penal ve con preocupación la sobrepoblación y hacinamiento carcelario, razón por la que se sugirió la adopción de medidas paliativas, concretas y objetivas.

En ese sentido, en Buenos Aires, en julio de 2013, la APP realizó una presentación ante el gobernador Daniel Scioli, en la que solicita que

evalúe una conmutación de penas a condenados alojados en dependencias del Servicio Penitenciario, según las atribuciones que le confiere el art. 144, inc. 4 de la Constitución bonaerense. A modo indicativo se sugirieron como categorías susceptibles de conmutación: a) los condenados que hayan cumplido más de la mitad de una condena que no supere los cinco años de prisión; b) los reincidentes que hayan cumplido más del 80% de su condena; c) los condenados a penas que no superen los tres años de prisión, cualquiera sea el monto de pena cumplido; d) los condenados por delitos tentados; e) los condenados por la comisión de determinados delitos (tenencia neutra de estupefacientes); f) los condenados de más de sesenta años de edad; g) los condenados en faz de confianza, que realicen salidas controladas para trabajar, estudiar, etc.; h) las mujeres alojadas con niños o en etapa de gestación; y i) los extranjeros que hayan cumplido más de la mitad de su condena y que asuman el compromiso de abandonar el país con destino a su país de origen.

En la presentación se puso de manifiesto que la solicitud se fundaba en las facultades que la Constitución provincial le otorga al titular del Poder Ejecutivo, y sin desconocer que al menos el 60% de la población carcelaria bonaerense se encuentra bajo el régimen de la prisión preventiva. Por ello, las categorías sugeridas

representan un bajo impacto en las potenciales tasas delictivas, ya que se trata de personas condenadas por delitos de escasa incidencia para la construcción de la seguridad ciudadana o de individuos que tienen sus condenas prácticamente cumplidas, y que ya han saldado su deuda con la sociedad.

Al día de la fecha no se recibió respuesta de la solicitud, ni la problemática se ha modificado en lo sustancial, por lo que nos permitimos poner en tela de juicio la verdadera preocupación de las autoridades gubernamentales por la salud y vida de los ciudadanos bonaerenses privados de la libertad.

En octubre de 2013, la APP presentó a la gobernadora de Catamarca una solicitud para que evaluase una pronta solución de las condiciones de detención en la que se encontraban las mujeres alojadas en las dependencias de la Unidad 3 (cárcel de mujeres), como así también la posibilidad de reevaluar la construcción de una nueva cárcel para el alojamiento futuro de mujeres penadas y procesadas por la justicia local.

El proyecto de nueva cárcel contemplaba una capacidad para sesenta y dos mujeres, con la posibilidad de ser ampliado a doscientos setenta, con un presupuesto de obra de ochenta millones de pesos, aproximadamente.

La APP entendió que la iniciativa indicaría la decisión de incrementar la población penitenciaria femenina, ya que de otro modo no se explica el notorio aumento de la capacidad de alojamiento proyectada. Así, en lo sustancial, se expresó la discrepancia

en tanto y en cuanto, lejos de incrementarse la población penitenciaria, las racionales políticas estatales deben apuntar a su disminución, apelando para ello a medios alternativos al encarcelamiento, máxime cuando se trata de sectores particularmente vulnerables, como es el caso de las mujeres. Sin duda se cumple la máxima de que “las cárceles se llenan en cuanto se construyen”. Saben encontrar el culpable adecuado a la plaza de que disponen. Por eso, el primer efecto de las cárceles es que se llenan. Y esto se hace porque la política criminal sigue centrada en los aspectos más punitivos. De este modo el sistema se retroalimenta y acabamos tomando los efectos por las causas. De este modo el problema deja de ser el problema.

Respecto de esta presentación, el 28 de noviembre de 2013 el Secretario de Estado de Seguridad, Juan Pablo Morales, dirigió una nota a la APP para poner en conocimiento que la Unidad Correccional 3 “reúne condiciones dignas de alojamiento, donde se lleva a cabo con [*sic*] la Educación formal y no formal”, y que “en relación con lo edilicio, se ha locado un nuevo establecimiento Anexo Unidad n° 3 ‘Correccional de Mujeres’, el que está destinado a ‘Procesadas’, lo que permitió que en la Unidad n° 3 se disminuyera un 50% de internas alojadas allí y contando con cinco dormitorios”. Por último, se destacó que las penadas se encuentran cursando la escuela primaria y secundaria, mientras que otras estudian carreras universitarias y realizan diferentes talleres.

Nada dice la misiva del proyecto de construcción de la nueva cárcel, pero interpretamos que ha sido descartado o, al menos, suspendido, lo que valoramos como una decisión por demás acertada y razonable.

También creemos oportuno destacar el comunicado de la APP, formulando algunas precisiones relacionadas con la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, haciéndose eco de las preocupaciones de algunos jueces federales del NOA (y más específicamente de Jujuy, Salta y Tucumán), reclamó mayores recursos humanos y materiales para dedicarlos a “la lucha contra el narcotráfico”, como así también la construcción de más cárceles para alojar la creciente población penitenciaria que se desprende de esa actividad.

Respecto de la construcción de más cárceles, se señaló que

la Asociación Pensamiento Penal tiene tomada posición, desde antes de ahora, contraria a la construcción de más cárceles en el territorio nacional. Las sesenta mil personas encarceladas, colocan a la República Argentina (y particularmente a alguna de sus provincias) como uno de los países con una preocupante tasa de encarcelamiento. La cantidad de presos es un dato llamativo, pero quizá más preocupante sean las indignas condiciones de alojamiento que se verifican a lo largo y ancho del país. En estos términos, resulta inconsistente reclamar la construcción de más cárceles cuando el Estado no puede garantizar condiciones dignas de alojamiento en los establecimientos existentes. Una política coherente indicaría que, como primera medida, el Estado (nacional y provincial) debería centralizar su atención en asegurar que las cárceles de la Nación sean sanas y limpias, para seguridad, y no para castigo de los reos detenidos en ellas. No podemos dejar de agregar que el fenómeno de superpoblación carcelaria que se verifica en la mayoría de las cárceles argentinas es la consecuencia de un irresponsable desempeño de funcionarios del Poder Judicial que disponen encarcelamientos de personas que podrían tener una opción menos gravosa a su conflicto (condenas de ejecución condicional, libertades condicionales, prisiones domiciliarias, salidas anticipadas) y, además, un empleo indiscriminado de la prisión preventiva como anticipo de pena, afectando gravemente el principio constitucional de inocencia.

5. Entendemos que resta mucho por hacer en cuanto a las respuestas estatales frente a la sobrepoblación carcelaria. Esta realidad, lejos de ser meramente local o regional, es una deuda que la mayoría de los Estados deben solucionar, tanto preventiva como activamente.

Comulgamos con lo afirmado por la CSJN en el considerando 31 del voto de la mayoría del fallo “Verbitsky”, donde se dijo que

se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen, lo que impide hacer cesar la violación de derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida y a la integridad personal de los presos, del personal de custodia y de terceros.

Por otro lado, es importante señalar uno de los principales argumentos de los miembros de la Corte estadounidense en el caso “Brown c. Plata”, en el que se sostuvo que el hacinamiento carcelario debía ser asimilado a un trato cruel, inhumano y degradante.

Enunciada esta perspectiva, creemos que es irresponsable la actitud de los poderes gubernamentales de negar y correr la mirada ante una tan palpable realidad, como lo es la sobrepoblación carcelaria y la situación de hacinamiento que conlleva. Desmerece la dignidad de las personas privadas de la libertad y, en definitiva, configura una distinción de ciudadanos de primera y segunda categoría. Además, desde otro punto de análisis, puede llevar a los Estados a ser responsabilizados ante los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos por incumplimiento de la normativa a la que Argentina se obligó mediante la ratificación de diversos tratados, por los que se colocó en posición de garante de las personas privadas de libertad.

A cada poder del Estado le incumben distintas responsabilidades y tiene distintas herramientas y posibilidades para afrontar esta problemática.

El Poder Legislativo, con su potestad de dictar normas generales, ha contribuido, en buena medida, a la configuración de la situación actual. Las legislaturas provinciales han impulsado normas procesales que aumentan las posibilidades del dictado de la prisión preventiva, y no han sido creativas en cuanto a la posibilidad de imponer penas alternativas a la prisión, ni de otorgarle al encargado de investigar los delitos de acción pública mecanismos concretos para aplicar el tan mentado principio de oportunidad, que permite priorizar la conciliación y reparación de las víctimas.

No podemos dejar de mencionar la permanencia y aplicación de los anacrónicos e inconstitucionales códigos de faltas, que no hay manera de incorporar a las estadísticas de encarcelamiento, pese a las indiscriminadas vulneraciones a derechos y garantías fundamentales, como lo son la libertad y el debido proceso.

El Congreso de la Nación, haciendo suya la frase “el sentido común es el menos común de los sentidos”, se ha dedicado, desde la sanción del Código Penal de 1921, a modificarlo y desarticularlo, con lo que contribuyó a que el tinte de coherencia y sistematicidad característico de cualquier código se convierta en un mero dato histórico. Además de la consecuente inseguridad jurídica y disímiles decisiones judiciales simultáneas que acarreó, las reformas e incorporaciones no han establecido penas alternativas a la prisión, lo que sumado a la deficiente normativa para su ejecución ha producido una explosión punitiva.

Lo precedente debe ser valorado a la luz de la selectividad del sistema penal, que termina llevando al delincuente burdo a las cárceles, cada vez por más tiempo.

Es una necesidad urgente, como medida preventiva y paliativa, que se dicte una *ley de cupo carcelario*, donde se establezcan con claridad los criterios para la definición de la capacidad máxima de alojamiento de los establecimientos carcelarios, como así también los mecanismos de actuación en caso de que la población carcelaria, con y sin condena, se acerque al número de plazas máximas. Finalmente, que el control de esta situación pueda ser efectuado por organismos gubernamentales y no gubernamentales, para evitar posibles complicidades y redundar en un eficiente funcionamiento del sistema.

El Poder Judicial (jueces, fiscales y defensores) es quien debe aportar una cuota de racionalidad, cada uno en cumplimiento de su rol. Las altas tasas de encarcelamiento por prisión preventiva (alrededor de un 60%) nos obligan a pensar analíticamente en lo actuado por los operadores judiciales. Creemos que se ha naturalizado y burocratizado el trabajo de los funcionarios y que se ha perdido la vocación en la investigación de los delitos. La existencia de solicitudes de prisiones preventivas extensas –sin la configuración de los llamados peligros procesales–, consentidas o poco discutidas por los defensores y otorgadas por el poder jurisdiccional en forma discrecional, dan cuenta de ello.

Los operadores se han conformado con la pena de prisión y se han vaciado de creatividad para repensar penas alternativas al encarcelamiento, que cumplan la misma o una mejor y más eficiente finalidad para la que fueron aplicadas. Si no fuera por esta deshumanización e indiferencia, se ejercería menos aplicación de dolor por parte del poder punitivo y la pena dejaría de ser un “castigo”, en flagrante violación a la manda constitucional.

Por último, el Poder Ejecutivo es responsable del surgimiento de la realidad de sobrepoblación, en tanto y en cuanto de él dependen las fuerzas de seguridad. Ellas son las que cumplen con la política criminal ordenada, para perseguir determinados delitos y/o contravenciones.

Al momento de analizar la permanencia y agravamiento de las condiciones de alojamiento de las personas privadas de libertad, le es reprochable la omisión del control y la garantía de que sean dignas y acordes a las pautas mínimas fijadas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

La creación de nuevas cárceles no es una solución. Además de incrementar el gasto del Estado y constituir una manifestación de su

claro fracaso, al aparecer en las instancias terminales de las personas en situación de vulnerabilidad, compartimos el argumento de que “las cárceles se crean para llenarse”. Y la solución no pasa por encarcelar más población, sino por generar un abanico de oportunidades para que puedan salir o evitar caer en esa situación. Y eso no se logra sino a través de políticas de inclusión social y con un cambio en la mentalidad de la sociedad: es preciso dejar de ser indiferentes al otro, al distinto.

Los gobiernos deben analizar cada caso concreto de sobrepoblación y, en aquellas situaciones que lo ameriten por razones de urgencia, deben dictarse indultos y conmutaciones para descongestionar los establecimientos carcelarios. Es necesario aclarar, respecto de las penas a indultar y conmutar, que deberán tomarse en cuenta las que están avanzadas y con presos cumpliendo un régimen de semilibertad y salidas transitorias, y las condenas a delitos menores o con penas bajas.

Estas medidas son necesarias mientras se mantenga la laguna legal respecto de la fijación de plazas máximas de alojamiento y sus respectivos mecanismos de ajuste en caso de superarse el límite. Sin dejar de señalar que se llega a esas instancias porque se fracasó en todas las demás.

7. En la conclusión, celebramos dos noticias esperanzadoras. Una es el anteproyecto de Código Penal, en el que se reviste de racionalidad y sistematicidad al sistema penal, se incorporan nuevas penas, alternativas a la prisión, y se elimina la inconstitucional prisión perpetua para delitos comunes. La otra es el proyecto de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), que tiene la intención de que los establecimientos penales fijen un cupo de capacidad de alojamiento, que exista un sistema de acceso de información en tiempo real acerca de los niveles de ocupación y un mecanismo de prevención y remedio concreto en caso de sobrepoblación.

Nos debemos, finalmente, una reflexión acerca de la prisión como pena y la razón de su existencia. Los medios de comunicación y los actores políticos la justifican como castigo al delincuente y con la garantía de que sirve para su resocialización. Ambas concepciones son incompatibles entre sí pero, sin embargo, moneda corriente, incluso en buena parte de los operadores judiciales.

¿Hasta qué punto podremos sostener un instituto como el de la prisión? ¿Afirmamos, sin temor a equivocarnos, que la cárcel cura al delincuente del mal social que ha causado? ¿No habremos justificado, todo este tiempo, un instrumento que solamente institucionalizó la venganza? ¿No es la cárcel la mejor manera de olvidarnos y sacarnos de encima ese otro que nos molesta, ese otro que es diferente?

“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. ¿Podremos, en este siglo XXI, cumplir la manda histórica y elemental de que los presos sean sólo personas privadas de su libertad?

Nuestro desafío.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Foucault, M. (2008), *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.

PARTE II

**Sobre el derecho a la libertad personal
durante la sustanciación del proceso**

6. Detenciones policiales sin orden ni control judicial

Adrián N. Martín

Su poder es informe así como su presencia es espectral,
inaferrable y difusa por doquier...

WALTER BENJAMIN

1. Las limitaciones constitucionales tendientes a restringir el poder de las agencias estatales, en especial para detener personas en la vía pública cuando no media una orden escrita de juez, no constituyen una temática novedosa. Sin embargo, la Asociación Pensamiento Penal (APP) ha tenido necesidad de intervenir, en diversas ocasiones, debido a que, más allá de las expresas directivas internacionales, el derecho interno y las prácticas de la agencia policial y judicial han habilitado con asiduidad un ejercicio de poder punitivo ilegítimo.

Es posible afirmar que nos hallamos en un ámbito en el que el Estado de derecho suele declinar su vigencia frente a las constantes pulsiones del Estado de policía (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000). Resulta habitual observar privaciones de libertad concretadas por miembros de alguna fuerza de seguridad sin la orden judicial previa que, por regla, debería precederla, pero además sin causa de urgencia que justificara la excepción a dicha regla.

Dos de los tópicos en los que la APP ha realizado presentaciones judiciales y comunicados institucionales son los de las detenciones selectivas –basadas en criterios no objetivables– sin orden judicial efectuadas por la Gendarmería Nacional en zonas cercanas a las fronteras y, el mismo tipo de detenciones selectivas, pero efectuadas por las policías provinciales y federal con la pretendida finalidad de averiguar identidad.

2. Es ineludible describir el marco normativo y jurisprudencial existente en la Argentina sobre esta temática. La Constitución ha establecido como uno de los derechos básicos el de la libertad personal. Los arts. 14, 18 y 19 han sido bastiones para esa protección normativa. El primero de

tales preceptos establece que todos los habitantes de la Nación poseen el derecho “de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”. A partir del juego armónico de los dos restantes se establecen los principios de legalidad y reserva de ley en materia penal. En ellos se sostiene que ningún habitante de la Nación “puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...] ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” (art. 18) y que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están [...] exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19).

A mediados de los años ochenta, la Argentina ratificó diversos instrumentos internacionales, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). La reforma constitucional de 1994 dispuso que dichos instrumentos poseerían jerarquía normativa constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 de la CN); y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) precisó, a partir del caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos 315:1492), que la interpretación del primero de tales documentos debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Corte IDH). En otra decisión trascendente de la CSJN, la del caso “Girolodi”, del 7 de abril de 1995, se sostuvo que la frase “condiciones de su vigencia” significaba “tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. En ese fallo la CSJN aclaró que “la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención” (Fallos 318:514).

3. Con relación a la temática que nos ocupa, y teniendo en cuenta el valor de las disposiciones convencionales y jurisprudenciales a nivel interamericano, es imprescindible consignar que el art. 7 de la CADH establece que no sólo que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, sino que, además, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

La Corte IDH ha señalado desde el caso “Gangaram Panday c. Suriname” que

según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

Con relación al segundo, indicó que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (Corte IDH, caso “Gangaram Panday c. Suriname”, 1994; Bovino, 2004; Martín, 2010).

En casos posteriores, el tribunal interamericano reiteró la necesidad, impuesta por la CADH, de analizar el derecho interno de cada país para determinar si, en cada caso, se han cumplido las exigencias de habilitación legal válida, tanto en lo que hace a su aspecto material como formal.

Esas referencias resultan herramientas ineludibles para un adecuado control judicial de las detenciones que con asiduidad realizan las agencias ejecutivas en la Argentina. Precisamente, a fines de 2003, la Corte IDH destacó, en un caso relacionado directamente con nuestro país y respecto de las detenciones que practica la agencia policial, que “las razas son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia–” (Corte IDH, caso “Bulacio c. Argentina”, 2003).

Otro tópico de gran relevancia ha sido que la Corte IDH, en el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador”, haya mantenido y ampliado las líneas claras que había elaborado sobre la libertad personal. En ese marco, esa Corte sostuvo que “la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y ‘de antemano’ las ‘causas’ y ‘condiciones’ de la privación de la libertad física” (Corte IDH, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador”, 2007).

En suma, como regla, toda privación de libertad debe ser dispuesta por escrito, emanada de autoridad competente, es decir, un juez; y además este debe contar con razones legalmente válidas que deberá explicitar de forma acabada. Esa disposición judicial debe estar sustentada en

un estándar legal establecido de antemano, donde se especifiquen, con la mayor precisión posible, las causas, los casos o las circunstancias que habilitan esa privación de derechos. También en la ley se deben definir con claridad los procedimientos que las agencias judiciales y ejecutivas deben cumplimentar.

Sólo de forma excepcional otra autoridad distinta de la judicial podrá disponer el arresto de una persona, y en tales casos también deberán, ineludiblemente, concurrir razones fundadas que justifiquen la medida basada en una norma que la habilite, pero prescindiendo de la orden judicial. Esta excepcionalidad debe estar justificada en la imposibilidad de obtener la orden judicial, es decir que debe mediar un caso de urgencia. Aún así, en tales excepciones no es posible para la autoridad policial extralimitarse respecto del estándar indicado por la ley habilitante, ni tampoco puede eximirse de su obligación de fundamentar qué supuestos fácticos hicieron pertinente la aplicabilidad de dicha autorización. Simplemente podrá evitar obtener una orden previa ante la situación de urgencia. Asimismo, una vez materializada la detención y, por ello, cesada la urgencia, deberán someter su intervención al control judicial.

Es por ello que, de conformidad con las disposiciones de la Corte IDH, las leyes internas que autorizan detenciones no sólo deben establecer expresamente las causas, casos o circunstancias que permiten una privación de libertad, sino que además deben otorgar precisiones que permitan establecer a cualquier persona bajo qué supuestos puede un sujeto ser legítimamente detenido, sin que tales resoluciones quedaran a exclusiva discrecionalidad del funcionario.

En suma, es posible sostener que existe un adecuado marco constitucional y convencional en la materia y que la jurisprudencia de la Corte IDH brinda suficiente protección normativa.

4. En contraste con ese panorama, las regulaciones infraconstitucionales, las prácticas de las agencias policiales y un insuficiente control judicial, basado en razones burocráticas y en un cuestionable conjunto de decisiones emitidas por la CSJN entre 1998 y 2003, han puesto seriamente en cuestión la vigencia de los límites a aquellas agencias.

Pese al heterogéneo conjunto de disposiciones legales que regulan las facultades de las agencias de seguridad a nivel provincial y federal, es posible observar que:

- a) en términos generales, los códigos procesales poseen disposiciones muy similares a las que rigen en el ámbito federal;

- b) que las leyes orgánicas de las diversas policías locales contienen facultades análogas a la que contemplaba la redacción original del Decreto nacional 333/58 para la Policía Federal Argentina; y
- c) que los códigos de faltas o contravencionales cuentan con textos semejantes entre sí y afines a los que regían en la ciudad de Buenos Aires hasta 1998, año en que entró en vigencia un nuevo sistema para esos ilícitos de menor entidad.

Es factible, pues, distinguir tres supuestos básicos de detención policial autorizada en la Argentina en el plano infraconstitucional:

- El primero se alinea bajo la regla constitucional que exige la expedición de una “orden escrita de autoridad competente”. Al respecto la jurisprudencia y la doctrina resultan ampliamente coincidentes en que esa autoridad ha de ser la de un juez, quien sólo puede disponer una detención en el marco de un proceso judicial, y mediante una orden motivada en los hechos acreditados y fundada en un estándar legal.
- El segundo supuesto está constituido por las disposiciones de los códigos procesales que establecen, como excepción a esa regla general, una habilitación para proceder a la detención de personas si se verificaren determinadas situaciones que permitieran deducir su vinculación con un hecho ilícito y razones de urgencia que impidieran obtener la orden judicial. Si bien, en abstracto, cabría situar tal hipótesis a casos de flagrancia, los códigos han abarcado otras algo más amplias, como la establecida en el art. 284 del CPPN, que legitima la detención sin orden judicial si concurrieren “indicios vehementes de culpabilidad” pero exigiendo también “peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación”. Esa disposición debería analizarse conjuntamente con las reformas incluidas al CPPN por la Ley 25 434 que mediante una confusa redacción autoriza en ciertos casos la requisa de personas o la inspección de vehículos sin mediar orden judicial.
- En tercer término, y en creciente discordancia con la línea convencional y constitucional, aparecen las disposiciones emergentes de los códigos de faltas o contravencionales y de leyes orgánicas de las diferentes fuerzas de seguridad, que

facultan a las agencias policiales a realizar interceptaciones y practicar detenciones sin mediar orden de juez, ni existencia de delito en flagrancia.

Esas disposiciones no son más que controles poblacionales propios de Estados de Policía, toda vez que permiten la detención de personas a fin de indagar sobre sus antecedentes o sus medios de vida, o lisa y llanamente para imputarles ilícitos propios de un insostenible derecho penal de autor tales como ebriedad, vagancia, prostitución, ofensas a la moral, etc.

Esas facultades, surgidas de leyes y en ocasiones de meros reglamentos, posibilitan la arbitrariedad policial debido no sólo a la ambigüedad de sus formulaciones, sino que incluso autorizan la vigilancia, clasificación y registro de personas con la sencilla definición de que se “dedican habitualmente” a las “actividades que la policía debe reprimir”. Al respecto existe ya un relevamiento detallado de este tipo de disposiciones que da cuenta de la preocupante homogeneidad a nivel nacional (Martín, 2010: 423).

5. La jurisprudencia de la CSJN se ha revelado oscilante y apocada ante esta ampliación legal de las atribuciones policiales. En contraste con lo decidido por en el caso “Daray”, de 1994 (Fallos 317:1985), donde limitó fuertemente la discrecionalidad de las agencias ejecutivas, a partir de 1998 dicho tribunal exhibió un preocupante retraimiento en la protección de derechos. Una serie de resoluciones dictadas en el período 1998-2003 se orientaron hacia la convalidación de la actuación policial mediante fórmulas de gran vaguedad. El precedente “Fernández Prieto”, del 12/11/1998 (Fallos 321:2147), puede ser identificado como el caso modelo de dicha tendencia, puesto que generó una línea jurisprudencial que provocó graves y duraderos efectos. Cabe mencionar, en el sentido apuntado, las decisiones de la CSJN en los casos “Flores Núñez, María Aurelia”, del 22/12/1998 (Fallos 321:3663), “Tumbeiro, Carlos Alejandro” del 3/10/2002 (Fallos 325:2485), “Monzón, Rubén M.” del 12/12/2002 (Fallos 325:3322), y “Sz-milowsky, Tomás”, del 6/2/2003 (Fallos 326:41).

Al respecto, se ha destacado por parte de la doctrina especializada la gravedad que representaban dichas decisiones (Carrió, 2003; Miller, 2002; Honisch, 2002; Magariños, 1999; Martín, 2010), como también los efectos que la aplicación inmediata y acrítica ha generado en otros tribunales (Martín, 2010).

Pese a la modificación sustancial de la composición de la CSJN, producida a partir de 2003, aún no ha dictado resoluciones que indiquen

un neto alejamiento de aquella perjudicial doctrina de la década del noventa.

No obstante, la necesidad de retomar las líneas jurisprudenciales anteriores a estos cuestionables precedentes se advierte en votos particulares de algunos jueces de la CSJN. En tal sentido, destacan los votos emitidos por el juez Maqueda en los casos “Waltta, César Luis”, del 21/9/2004 (Fallos 327:3829) y “Massa, Analía” del 19/10/2004 (Fallos 327:4458).

En el caso “Peralta Cano, Mauricio Esteban”, del 3/5/2005, la CSJN pareció definir una línea más protectora de derechos. Sin embargo, ulteriores decisiones desvirtuaron el sesgo de limitación frente a los abusos policiales. Es así que en el caso “Ciraolo”, de 20/10/2009 (Fallos 332:2397) la mayoría de la CSJN, desechando en esa oportunidad el dictamen de la Procuración, rechazó el recurso de la defensa que cuestionaba una detención sin orden judicial.

Vale señalar que los jueces Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni, en disidencia, insistieron en su posición y sostuvieron que “más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisita, no hay dudas de que un policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas”, añadiendo que “por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos ‘en especial actitudes del imputado’ que generaron sus sospechas” a los fines de garantizar el control judicial de la realización de tan excepcional injerencia.

6. La APP ha tenido oportunidad de expresarse respecto de dos supuestos fácticos que ponen en cuestión seriamente estas libertades individuales y, como contrapartida, habilitan un ejercicio de poder punitivo incompatible con las directrices de un Estado de derecho.

El primer supuesto ha sido el de los controles selectivos que la Gendarmería Nacional realiza en zonas de frontera. En particular la APP interpuso, en 2011, dos presentaciones bajo la categoría de “amigo del tribunal” en los casos “Jimenez Marique” y “Tonore Arredondo”. El primero ante la CSJN, y el segundo en la sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP).

En ambos casos se trataba de personas que habían ingresado al país en un ómnibus y que, luego de atravesada la zona primaria aduanera, el vehículo había sido interceptado por Gendarmería Nacional. En ese contexto, la agencia ejecutiva decidió, selectivamente, apartar a una de

las personas que constituía el grupo de pasajeros, alegando para ello que se los observaba nerviosos. En ese marco, el vehículo continuó viaje con el resto de los pasajeros, en tanto que las personas detenidas fueron identificadas y trasladadas a un hospital donde se les efectuó un examen radiológico en la zona abdominal para determinar la existencia de cuerpos extraños en el interior del cuerpo.

La defensa pública, en ambos casos, había planteado la nulidad de la detención por ausencia de motivos para interceptar a dichas personas, la invalidez del presunto consentimiento para que se le tomaran placas radiográficas debido a que se hallaba ya detenida y que no se les había informado sobre su facultad de negarse a ello, como así también debido a que no se les había otorgado la posibilidad de contar con un abogado defensor ni con la correspondiente asistencia consular. También había objetado la violación del secreto profesional del médico actuante, en tanto que no había sido dispuesta su actuación como perito por la autoridad judicial.

En suma, la defensa objetaba apartamiento de los estándares legales pero, además, prácticas incompatibles con el respeto de otra serie de derechos que deben tener todos los imputados de un proceso penal. Cabe observar respecto de los hechos referidos que la agencia ejecutiva intervino respecto de un grupo de personas que viajaba en un medio de transporte habilitado, con los documentos necesarios para ingresar al país, y que muchos kilómetros después de haber atravesado la zona primaria aduanera, y alegando control aduanero distinto a las previsiones de requisita sistemática propias de dicha zona, eligió de forma arbitraria a una persona en particular sin justificar suficientemente las razones. Esa sospecha quedó acotada a un supuesto “nerviosismo” sin que se aclarase nada más, a lo que se le añadió un interrogatorio sin defensor ni juez. De ese interrogatorio se derivó que la persona detenida no “tenía impedimentos” para ser trasladada detenida a un hospital. Se llegó a discutir que no estaba detenida cuando era evidente que no podía retirarse del lugar si así lo hubiera preferido, máxime cuando el ómnibus ya se había ido del lugar por orden policial.

En la presentación efectuada por la APP se advertía que este tipo de prácticas de injerencia en los derechos eran habituales en esa zona del país, y que siempre se omitía la expresión de motivos a punto tal que la expresión “marcado nerviosismo” se hallaba ya preimpresa en las actas policiales.

Es por ello que la APP advirtió en sus presentaciones que la causa que cada uno de esos tribunales tenía para resolver trascendía el caso individual debido a la sistematicidad de las prácticas de las que se daba cuenta.

Se requería así a los tribunales que tomaran en consideración que sus decisiones implicarían un mensaje, legitimante o deslegitimante, de las actividades discrecionales e incontrolables de la agenda policial. Las presentaciones afirmaban que

coadyuvar por afianzar el control judicial sobre la actividad policial es un camino que debe ser transitado con mayor decisión si se desea prevenir las graves situaciones que tomaron estado público, pero también otros miles de casos, aun de menor entidad lesiva, pero igualmente afectatorios de derechos de las personas interceptadas y, de manera más general, de todos los que vivimos bajo esas reglas (Martín, 2010: 413).

Pese a estas situaciones, reñidas con los derechos de toda persona y con las propias decisiones de los tribunales internacionales protectores de Derechos Humanos, las defensas debieron llegar a plantear los recursos hasta los superiores tribunales. Además, por diversas razones de índole procesal, ninguno de los dos tribunales resolvió el planteo formulado por la defensa pública y por la APP en lo atinente a la invalidez de la detención policial.

Tiempo después, en 2013, la APP emitió un comunicado en respuesta a una decisión de la CSJN de requerir medidas ante las habituales demandas de algunos sectores que agitan la bandera de la inseguridad. Ante talas demandas es habitual que las medidas que se adoptan implican en la legislación, e invariablemente en las prácticas, improntas punitivas que afectan siempre a los sectores de mayor vulnerabilidad social.

En esa oportunidad la APP sostuvo que la Gendarmería Nacional, institución para la que se reclaman mayores recursos, es la fuerza de seguridad encargada de controlar las fronteras del país y que, por ende, debería prevenir el ingreso de drogas prohibidas de otros países. Sin embargo, se destacó en el comunicado que no podíamos

dejar de señalar que un importante porcentaje de su actividad consiste en la intercepción selectiva de vehículos (micros y automóviles particulares) que transitan las rutas del norte argentino e ingresados de los países limítrofes en los que, se supone, sólo pueden detectarse pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes.

La APP volvió a destacar lo dicho en la presentación de los referidos *amicus* y, en particular, que los procedimientos que realiza la Gendarmería se suelen caracterizar por la violencia y los malos tratos hacia personas particularmente vulnerables. Se resaltó también que “estos procedimientos son graves de por sí, pero es evidente que no se encuentran orientados a la prevención del narcotráfico a escala [...] y que sólo sirven para reafirmar la política orientada al menudeo y aparentar mediáticamente la existencia de prevención”.

En ese sentido, se destacó que la APP no propicia una conducta omisiva ante los conflictos relacionados con los estupefacientes, pero que sí considera imprescindible que la aplicación de la ley penal debe dirigirse al verdadero narcotráfico y criminalidad compleja. Al respecto la APP destacó que las estadísticas del Tribunal Oral Federal Criminal de Jujuy de 2010 daban cuenta de que el 55% de las sentencias de condena dictadas correspondía a “mulas”, y que en una sola oportunidad se había aplicado la agravante por número de personas. Es decir que, prácticamente, no se habían llevado a juicio hipótesis de criminalidad organizada.

7. La APP también se expresó en numerosas oportunidades en lo relacionado a la facultad policial de detener personas con la sola finalidad, al menos explicitada, de lograr su identificación. Es decir, a los supuestos habilitantes indicados antes como el tercer conjunto de casos.

No ha sido escasa la cantidad de congresos, jornadas y disertaciones donde miembros de esta Asociación señalaron la incompatibilidad de esas facultades con las previsiones convencionales. También se destacó, con suma asiduidad, que esas facultades se encuentran sistemáticamente dirigidas en la práctica policial a los sectores más vulnerables de la población.

Durante 2013, la APP se pronunció a través de la vía “amigo del tribunal” en el caso de Neuquén. Allí se ha reclamado la declaración de inconstitucionalidad de la facultad contenida en el art. 9 de la ley orgánica de la policía de la provincia (Ley 2081). En la presentación, además de las referencias normativas ya señaladas, se destacó que nos hallamos ante un ámbito donde la práctica policial se ha extendido ilegítimamente, que la agencia judicial no ha extremado los recaudos de control suficiente, y que a pesar de la cantidad de detenciones anuales, esa práctica lesiva de derechos no posee la visibilidad necesaria.

Se insistió en que estas situaciones son las que la CADH denomina “detenciones arbitrarias”, es decir, que pueden estar previstas legalmente pero que son ilegítimas por resultar imprevisibles, irracionales o despro-

porcionadas. Un supuesto claro de estas detenciones arbitrarias lo constituyen las que practica la agencia policial sobre la base de la facultad de averiguar identidad. En ese sentido, se alertó que, además de otros graves problemas constitucionales que poseen esas facultades, tampoco cuentan con un control judicial suficiente e idóneo.

Retomando las referencias que hiciera la Corte IDH en el caso “Chaparro Álvarez”, se indicó que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté establecida en la ley, sino que es necesario que tanto esa ley como su aplicación respeten los siguientes requisitos:

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención [...]; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto [...], y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

El art. 9 de la ley orgánica de la Policía de Neuquén (Ley 2081) establece que:

Para el ejercicio de la función de policía de seguridad determinada en el presente capítulo, puede: [...] b) Demorar a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documento identificatorio fehaciente. En todos los casos la orden provendrá de personal superior de la institución y no podrá exceder de dieciocho (18) horas.

La disposición contiene una redacción reñida con las exigencias constitucionales, ya que permite privar de su libertad a los ciudadanos para “averiguar sus antecedentes”. Desde la óptica señalada, la regulación le-

gal apuntada resulta inconstitucional, al violar el principio de legalidad, el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia.

Es evidente la contradicción con el actual reconocimiento del derecho a la libertad de las personas sometidas a un proceso penal. Adviértase que las exigencias, incluso a nivel legal, que poseen las agencias policial y judicial en casos de imputaciones penales se diluyen ante la pretensión policial de querer detener bajo esta difusa facultad.

Asimismo, se observa que la particular redacción de la norma neuquina vulnera el estado de inocencia de todos los habitantes, ya que coloca en un virtual estado de sospecha indefinido a todas las personas y, en especial, a quienes integran los conjuntos más vulnerables de la población. La referencia al impreciso estándar de “circunstancias que justifiquen” resulta un grave atentado al principio de legalidad, con la subsiguiente exigencia de estricta definición de la tipicidad habilitante de imposición punitiva.

Esa redacción no sólo amplía la discrecionalidad policial, sino que potencia la selectividad penal, al generar un ámbito propicio para que la agencia policial materialice una especie de castigo sin delito ni juicio, que se prolonga por varias horas y que puede ser reeditado indefinidamente.

Nos encontramos frente a una herramienta de control social punitivo propia de un modelo de Estado de policía que permite a las agencias de seguridad, además de privar ilegítimamente de libertad a los habitantes, nutrirse de informaciones tales como datos personales, lugares de residencia, etc.

Desde otra perspectiva, la detención sin comunicación inmediata al juez de las circunstancias y motivos resulta atentatorio de la exigencia de control judicial inmediato e idóneo. Es indiscutible que ante una intervención que restringe gravemente un derecho fundamental, como la libertad ambulatoria, debe operar de forma inmediata un efectivo control judicial.

Basta recordar las numerosas disposiciones de la Corte IDH, entre ellas lo señalado en el caso “Bulacio”. Como sostuvo la Corte IDH, la ausencia de control por la autoridad judicial, en tiempo y forma, de las condiciones en que se ejecuta una privación de libertad genera un espacio propicio para la multiplicación de abusos y excesos en el uso de la fuerza policial.

Aunque con relación a la agencia policial federal (pero aplicable al resto), se señaló que este tipo de normativa se basa en un aparente principio de defensa social y se sostiene en el supuesto que una persona que haya cometido un delito o una contravención en el pasado resulta

peligrosa en el presente o futuro. Es por ello que las personas no son juzgadas por sus actos, sino por sus posibles conductas en función de una historia de vida construida y registrada en los antecedentes policiales (Tiscornia, Eilbaum y Lekerman, 1998).

También se ha señalado que este tipo de regulaciones reconoce antecedentes en la legislación de principio de siglo XX, atravesada por los discursos de la defensa social, el higienismo y el positivismo criminológico peligrósista. En ese período se constituyó la agencia policial a partir de la práctica de detener a quienes se conocía como “profesionales del delito”, o bien a quienes pudieran, a su criterio, eventual o habitualmente “alterar la tranquilidad y el orden social” (Salessi, 2000; Anitua, 2005).

Las técnicas preventivas de control del delito han quedado acotadas a dos subclases: la presencia y vigilancia policial y la detención policial sin orden judicial (Sozzo, 2003: 120). La táctica de la sospecha no ha sido abandonada como método de prevención del delito, sino que simplemente se ha operado una serie de reacomodamientos, según las disposiciones legales vigentes y de acuerdo con la coyuntura política imperante.

En definitiva, este tipo de normativa y una interpretación jurisprudencial sumamente laxa de los preceptos legales ha llevado a sostener prácticas policiales tendientes a llevar a cabo meros controles poblacionales respecto de personas con alto grado de vulnerabilidad sin otra justificación que un puro ejercicio de poder que nada tiene que ver con el modelo del Estado de derecho.

8. La subsistencia de normas de categoría infraconstitucional reñidas con los axiomas de un derecho penal de acto y de culpabilidad, sumada a la errática línea jurisprudencial originada en ciertos postulados político-criminales propios de un Estado de policía, han conformado una amalgama con graves consecuencias para la libertad de ciertos sectores sociales.

Esas habilitaciones de poder punitivo, convalidadas muchas veces por la inacción judicial, permiten, además de la vulneración del derecho a la libertad personal, otra serie de afectaciones. No es menor destacar que esas injerencias policiales han sido la condición de otros atentados a los derechos de los detenidos. Vale destacar que en las presentaciones que efectuó la APP se destacaba que una legislación sumamente generosa, en favor de la concesión de facultades policiales de detención, es tan perjudicial para el Estado de derecho como una legislación acotada pero aunada a una práctica policial abusiva e incontrolada.

No resulta una llamada de atención de menor entidad lo que ha implicado el fenómeno de los “procedimientos policiales fraguados” (Tiscornia, 2004; Eilbaum, 2004; Procuración General de la Nación, 2000; Rafecas, s.f.; Martín, 2010) como forma de visibilizar este ejercicio de derecho penal subterráneo que cotidianamente acontece en ciertas zonas del país.

Es un deber de los distintos actores hacer visible y exigir el cumplimiento de las acciones de control y de límite ante situaciones que día a día se repiten y que importan el avasallamiento de los derechos de tantas personas.

Es ineludible observar que en esos instantes en los que la agencia policial decide la injerencia insusceptible de impugnación posterior –gracias a la facilidad que implica aludir a elementos improbables por ambiguos y difusos– esas personas pierden el estatuto de ciudadanos y son transformadas en meras existencias sin derechos. El hallazgo posterior de elementos ilícitos terminará por cubrir la intervención con un pretendido manto de legalidad en el actuar policial. Si bien es inadmisibles, tampoco han sido escasas las oportunidades en que esos sujetos interceptados finalizaron como detenidos luego que de forma subrepticia se les adjudicara la tenencia de materiales prohibidos que ellos no poseían efectivamente.

La cesión de un espacio de excepción a la agencia policial aparece cuando las decisiones judiciales habilitan que actúe sin cortapisas de ningún tipo en la vía pública. Esa situación inamisible se ve fomentada por la agencia judicial cuando se contenta con que la policía acredite someramente el cumplimiento de un conjunto de requisitos formales en el marco de reglas difusas y flexibles. Ello implica consentirlas, permitir su reproducción y profundización y, aún más, hacer un aporte invaluable a favor de que se constituyan como condiciones para consumir gravísimas y sistemáticas afectaciones de Derechos Humanos (Martín, 2010: 419-420).

Finalizamos teniendo como referencia el conocido trabajo de Walter Benjamin sobre la violencia, en especial en cuanto a que estima que la policía manifiesta la supresión de la división de la violencia fundadora y conservadora, con la combinación de ambas pero sin sus límites (1998). La APP trabaja con la esperanza de que estas defensas de derechos alguna vez puedan leerse, al menos, como viejas referencias de un pasado peor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (1995), “¿Qué es un campo?”, *Sibila*, n° 1, enero, disponible en <elcultural.com>.
- (2004). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Anitua, G. I. (2005), “¡Identifíquese!, Apuntes para una historia del control de las poblaciones”, en D. Baigún (ed.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 507-526.
- Benjamin, W. (1998), *Para una crítica de la violencia*, Madrid, Taurus.
- Bovino, A. (2004), “La libertad personal en el sistema interamericano”, en AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University*, México DF, México.
- Carrió, A. (1994), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi.
- (1995), “Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: Cuando la Corte habla así, da gusto oírla”, *LL*, t. 1995-B: 349, Buenos Aires.
- (1998b), “Fundamentación de las órdenes de allanamiento: ¿Alcanza con que los funcionarios retengan los motivos *in pectore*”, *LL*, 1998-C: 852, Buenos Aires.
- (2001), “Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los ‘standards light’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2000-1: 15, Buenos Aires.
- (2003), “El derecho a la libertad y los trámites de identificación. De Daray a Fernández Prieto a Tumbeiro (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)”, *Revista JA*, 2003-I: 729, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) - Human Rights Watch (HRW) (1998), *La inseguridad policial. Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina*, Buenos Aires, Eudeba.

- Eilbaum, L. (2004), “La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales”, *Cuadernos de Antropología Social*, n° 20 (julio-diciembre): 79-91, Buenos Aires; disponible en <scielo.org.ar>.
- García, L. M. (2002), “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso ‘Tumbeiro’”, *LL*, suplemento de Jurisprudencia Penal, diciembre: 1, Buenos Aires.
- (2004), “Boogie del preso. Cuando la Argentina hace bailar a los niños debe hacerse cargo del costo del baile: La sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Walter David Bulacio. Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Bulacio c. Argentina’”, *LL*, 2004-A: 682, Buenos Aires.
- Helou, J. E. (2003), “¿Un nuevo estándar en relación al estado de sospecha? Del caso ‘D’ al caso ‘T’”, *ED*, 201: 983, Buenos Aires, Universitas.
- Honisch, P. (2002), “Un nuevo retroceso de la Corte Suprema en el respeto de las garantías constitucionales”, *Nueva Doctrina Penal*, 2002-B: 533, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Magariños, H. M. (1999), “La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución nacional”, *LL*, 1999-D: 661, Buenos Aires.
- Martín, A. (2005), “La impronta de la ideología positivista del peligrosismo y la defensa social como construcción imaginaria que sigue atravesándonos como sociedad (pasado y presente de una lógica filial)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología*, 3, Buenos Aires, Ad Hoc.
- (2010), *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal 1994-2007. Sobre las improntas del Estado de policía en la agencia judicial*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- Martínez, J. y L. Eilbaum (1999), “La violencia policial en Argentina. Un debate sobre las visiones del problema y las políticas posibles”, disponible en <www.cels.org.ar>.
- Martínez, J., G. Palmieri y V. Pita (1998), “Detenciones por averiguación de identidad: policía y prácticas rutinizadas”, en I. Izaguirre (ed.), *Violencia social y derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.
- Miller, J., M. A. Gelli, S. Cayuso y H. Gullco (2002), *Constitución, poder político y derechos humanos. Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, La Ley.
- Procuración General de la Nación (2000), *Informe acerca de la creación y funcionamiento de la comisión investigadora de procedimientos penales fraguados, creada por resolución PGN 35/00*, Buenos Aires.
- Rafecas, D. (s.f.), “Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino”, disponible en el sitio de la cátedra del Dr. Hendler, Universidad de Buenos Aires, <www.catedrahendler.org>.
- Reiner, R. (1999), “La policía y la actividad policíaca”, en M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner, *Manual de criminología*, México, DF, Oxford University Press, pp. 460-515.
- Salessi, J. (2000), *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*, 2ª ed., Buenos Aires, Beatriz Viterbo.
- Sozzo, M. (1998), “¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial”, en H. Fruhling (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*, Santiago de Chile, CED.
- (2003), “Institución policial y prevención del delito. Apuntes para una ‘Historia del presente’”, en J. Pegoraro e I. Muñagorri, *La relación seguridad/inseguridad en los centros urbanos de América Latina y Europa*, Madrid, Dykinson.
- Tiscornia, S. (comp.) (2004), *Burocracias y violencia*, Buenos Aires, Antropofagia.

Tiscornia, S., L. Eilbaum y V. Lekerman (1998), “Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos”, en H. Fruhling (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*, Santiago de Chile, CED.

Zaffaroni, E. R., A. Alagia y A. Slokar (2000), *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.

CASOS CONTENCIOSOS DE LA CORTE IDH

“Gangaram Panday c. Suriname”, sentencia de 21/1/1994, serie C n° 16.

“Bulacio c. Argentina”, sentencia de 18/9/ 2003, serie C n° 100.

“Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador”, sentencia de 21/11/2007, serie C n° 170.

“Bayarri c. Argentina”, sentencia de 30/10/2008, serie C n° 187.

“Bulacio c. Argentina”, supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 26/11/2008.

7. Inconstitucionalidad de la detención en averiguación de identidad

Juan Francisco Tapia

1. Durante 2013, la Asociación Pensamiento Penal (APP) promovió acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Neuquén contra el inc. b) del art. 9 de la Ley Orgánica para la Policía del Neuquén en cuanto habilita la “Demora o detención por averiguación de antecedentes”.

El art. 9 de la Ley 2081 establece:

para el ejercicio de la función de policía de seguridad determinada en el presente capítulo, puede: [...] b) Demorar a la persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificarse, carezca de documentación o la misma no constituya documentario identificatorio fehaciente. En todos los casos la orden provendrá de personal superior de la institución y no podrá exceder de dieciocho (18) horas, debiendo asentarse el ingreso en los registros policiales. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objeto de la medida.

La acción individualizó las afectaciones constitucionales que produce la norma transcripta. En este sentido, se recordó que el art. 21 de la Constitución de Neuquén establece que:

Los habitantes de la provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución nacional y en esta Constitución, con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio y de los Derechos del Hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los que se dan por incorporados al presente texto constitucional.

En función de ello, se remarcó que quedan incorporados a la Constitución provincial los tratados de derechos humanos reconocidos por el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional.

Desde esa perspectiva, se planteó en la acción que la norma impugnada resulta violatoria del *Derecho a la Libertad y la prohibición de toda detención arbitraria* (arts. 32, 65, 60 de la Constitución de Neuquén; 1, 3, 9, 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 y 43 Constitución nacional; I, VII, XXV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7.1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La “demora” a que alude el art. 9 de la Ley Orgánica para la Policía de Neuquén (Ley 2081), y que puede extenderse hasta dieciocho horas, constituye un arresto o detención desde su identidad ontológica: una privación de la libertad, sin perjuicio de su extensión temporal.

La norma cuestionada no respeta la prohibición de las detenciones arbitrarias, desde el momento que su único fundamento es que: “sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen”.

Entonces, sin necesidad de analizar la competencia de la autoridad que lo dispone, de su control o de otros derechos y garantías que se ven afectados, esta norma es intrínsecamente arbitraria al disponer la facultad de detener sin especificar razón, sólo estableciendo una cláusula por completo laxa y vacía de contenido material que fundamente y ponga límites a la afectación de un derecho constitucional básico, ni permita a los ciudadanos saber en qué casos sería pasible de sufrir las consecuencias de esta facultad.

La contradicción y falta de sustento constitucional de la norma es particularmente clara en su cotejo con la Constitución neuquina, dado que la primera parte del art. 65 prevé en qué casos se puede proceder a la aprehensión de una persona. Lo que es más importante, la Constitución establece las condiciones para ordenar una detención y la única excepción permitida a la orden fundada de un juez.

En igual sentido, se alegó que la norma de referencia vulnera la *presunción de inocencia* (arts. 63 y 65 de la Constitución de Neuquén; 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18 de la Constitución nacional; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esto es así porque la facultad policial contenida en el art. 9, inc. d) de la Ley 2081 de Neuquén conculca el derecho constitucional a la libertad ambulatoria, al admitir la posibilidad de privar de su libertad a las personas hasta tanto el ineficaz aparato burocrático del Estado determine su identidad y eventuales impedimentos legales, sin que exista delito, falta o contravención que justifique la injerencia.

La presunción de inocencia se subvierte entonces en un “estado de sospecha” indefinido, que convierte a todos los ciudadanos en sospechosos de registrar impedimentos legales (pedidos de captura, órdenes de detención, etc.), habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario.

Constituye una carga del Estado implementar las tecnologías adecuadas para que en forma veloz y efectiva permitan establecer la existencia de impedimentos legales de quien resulte interceptado, a través de una constatación inmediata en la vía pública y que implique una demora mínima a los particulares que no lleven consigo un documento identificatorio (recordemos que ninguna norma obliga a llevar documentos).

Se remarcó también que la norma impugnada viola los *principios de legalidad, reserva y razonabilidad* (arts. 18, 28 y 63 de la Constitución de Neuquén; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18, 19 y 22 de la Constitución nacional; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De la redacción de la ley se aprecia que se le otorga poder a la policía para proceder a realizar detenciones de personas con la única limitación del tiempo, invistiéndola de la potestad de decidir cuándo es razonable detener a una persona para averiguar sus antecedentes, sin fijar parámetro legal ni control alguno.

Tampoco hay razonabilidad porque ni siquiera hay conducta prohibida ni espacio de libertad delimitado, ya que tampoco existe una norma que obligue a portar documentos.

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha recordado que:

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado en diversos pronunciamientos que nadie puede ser “privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, ade-

más, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”.¹

Se afirmó en el contenido de la acción de inconstitucionalidad que la norma provincial atacada vulnera el *control judicial efectivo y la división de poderes* (arts. 1, 12, 63, 65 y 22 de la Constitución de Neuquén; 8, 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 5 y 18 de la Constitución nacional; 7.6, 7.6 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La potestad de aprehensión en la Constitución neuquina no admite confusiones: se trata de una facultad exclusiva de los jueces, conforme lo dispuesto por el art. 65, que estipula en qué casos y cuál es la excepción. El recurso a otras denominaciones, como la “demora”, en nada cambia su naturaleza jurídica de aprehensión.

La Constitución local tiene, además, cláusulas que resguardan las potestades privativas de cada poder del Estado, y la facultad otorgada al Poder Ejecutivo por la ley impugnada sustrae facultades que son propias del Poder Judicial, lo que se encuentra expresamente prohibido por el art. 227 de la Carta Magna neuquina.

La detención sin comunicación de las circunstancias y motivos de la medida al juez correspondiente es violatoria del principio de judicialidad. La ausencia de control por la autoridad judicial en tiempo y forma de las condiciones en que se ejecuta una privación de libertad genera un espacio propicio para la multiplicación de abusos y excesos en el uso de la fuerza policial, a la vez que impide verificar las características de los lugares asignados para la detención de estos ciudadanos y de ese modo velar por el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

Finalmente, se expuso en la acción articulada que la norma impugnada viola el principio de igualdad ante la ley (arts. 22 y 153 de la Constitución de Neuquén; 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 16 de la Constitución nacional; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

1 Corte IDH, caso “Gangaram Panday”, sentencia de 21/1/1994, serie C n° 16, párr. 47; en igual sentido, Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia de 12/11/1997, serie C n° 35, párr. 43.

La fórmula empleada en la norma impugnada es tan vaga y carente de parámetros que habilita discriminaciones arbitrarias, no contiene pautas mínimas que permitan establecer condiciones objetivas en las que podría desarrollarse una razonable discrecionalidad y en ese sentido afecta la igualdad jurídica de las personas.

Numerosos estudiosos de la ciencia social y la criminología han señalado el insoportable grado de discriminación en el uso de estas facultades.

Algunos estudios permiten sostener que estas prácticas carecen de eficacia concreta, ya que un porcentaje superior al 99% de las personas detenidas carecen pedidos de captura o alguna otra interdicción, lo que nos permite concluir que, como muchos criminólogos e investigadores sociales lo afirman, la utilidad de esta herramienta legal no obedece a otras razones que el control social de determinadas poblaciones seleccionadas sobre la base de estereotipos que conllevan una necesaria discriminación arbitraria (Tiscornia, Eilbaum y Lekerman, s.f.: 47).

2. Normativas como la neuquina son la regla de actuación de las policías provinciales en nuestro país. Sólo algunas excepciones, como las que se verifican en Entre Ríos, La Rioja y Tierra del Fuego, prohíben expresamente la posibilidad de privar de la libertad ambulatoria a un ciudadano con los fines administrativos de su identificación.

El resto de las provincias oscila entre normas como la analizada en el capítulo precedente y otras aún más reaccionarias, que habilitan la detención hasta por un plazo de veinticuatro horas e incluso con finalidad tales como conocer “los medios de vida” de la persona.

Sucede que la detención y requisa de individuos sin orden judicial ha sido una de las prácticas más controvertidas por la doctrina procesal penal contemporánea.

Entonces, la fijación de estándares que permitan evaluar la justificación de estas decisiones y delimitar su marco de actuación ha sido una obsesión de la jurisprudencia, que sin embargo tuvo sus ondulaciones en nuestro Máximo Tribunal.

El amplio poder discrecional de las instituciones policiales debe ser acotado a través de un programa penal que sirva como marco de contención a los abusos y excesos cometidos desde el Estado.

En este sentido, la promoción por los poderes políticos de niveles de discrecionalidad policial descontrolados provoca que emerja un sistema penal paralelo, integrado por un complejo entramado de mecanismos de control ciudadano y de sanciones informales, que tiene su esfera de actuación al margen de las disposiciones del Código Penal.

En 2008, tuvimos la oportunidad de concretar una investigación empírica sobre el funcionamiento de la Detención en Averiguación de Identidad en el Departamento Judicial Mar del Plata.²

En dicho período, la policía detuvo a 4187 personas por la presunta intervención de estos en delitos de acción pública. En el mismo año, la cifra de ciudadanos privados de libertad con la finalidad de establecer sus identidades se disparó a un valor cercano al triple: 10 681 detenidos.

Los datos del trabajo, que analizaron doscientos casos de detenciones en averiguación de identidad, pusieron en evidencia que en el proceso de definición y etiquetamiento de los detenidos media un carácter selectivo y arbitrario del aparato policial sobre la base de postulados de la criminología positivista: la inmensa mayoría de los sujetos detenidos en averiguación de identidad son hombres jóvenes pobres, “desocupados” integrados con multitud de trabajadores de clases bajas habitantes de la periferia urbana.

Las detenciones en diversos supuestos provenían de auténticas razzias policiales. Es esta una técnica que supone rodear un predio, una población, una calle o un barrio, e inmovilizar a las personas encerradas en ese procedimiento con el objeto de conducir las en forma masiva a las dependencias policiales.

Como explica Sofía Tiscornia, se trata de un proceso de deshumanización, herramientas de un vasto campo ideológico que evoca la guerra y la violencia, que exige obediencia, cumplimiento irrestricto de las órdenes y gritos policiales, sumisión y servilismo (Tiscornia, 2005: 47).

El análisis empírico de este instituto puso de manifiesto la falsa premisa según la cual las técnicas de vigilancia tratan a todos los ciudadanos como potencialmente peligrosos y evidencian que estas se despliegan de forma tal que individualizan y seleccionan adecuadamente poblaciones particulares sobre la base de su incapacidad para acceder a bienes y recursos privados y privatizados.

Además, en los doscientos casos examinados, la notificación a los juzgados de garantías fue realizada en forma extemporánea, con posterioridad a que los particulares recuperaran la libertad, en palmaria violación

2 El trabajo integra parte de mi tesina para la Maestría “Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales”, organizada en forma conjunta por la Universidad de Barcelona y la Universidad Nacional de Mar del Plata, titulada “Detención de personas por averiguación de identidad. Orígenes históricos, perspectiva comparada y operatividad concreta de un dispositivo configurador de un sistema penal paralelo”.

al principio de judicialidad, impidiéndose un control oportuno de los motivos de la privación de libertad.

Por otra parte, la operatividad real del empleo de estas prácticas por la Policía de la Provincia de Buenos Aires en los casos revelados permitió verificar la violación al principio de legalidad, ya que las detenciones fundadas en la norma cuestionada en diversos supuestos se justificaron en motivos distintos a los enunciados en la ley, lo que transforma 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 anteriores 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, se puso de manifiesto que este mecanismo es utilizado en la práctica para subvertir principios básicos del proceso penal: en múltiples oportunidades funciona a instancias de los propios fiscales como un mecanismo para sortear la exigencia legal de orden judicial de detención, en casos donde no hay delito flagrante alguno y se conoce la identidad del sospechado.

Se ejerce de este modo un control represivo de los sectores pobres de la población bajo la ideología del Estado peligroso sin delito. Es un acto administrativo que funda un “derecho de policía”, que se va consolidando por diversas vías (costumbres burocráticas, sociabilidad entre agentes policiales y agentes judiciales, prácticas rutinarias de coerción y violencia) y que se preocupa por el control y la domesticación de grupos de población. La permanencia de este instituto se explica por diversos motivos.

Por un lado, en razón del absoluto desinterés por el funcionamiento de estas prácticas por parte de los integrantes del Poder Judicial, ya sea porque comparten ideológicamente los fines de este instituto o porque la condición de normas y procedimientos de “baja jerarquía” conlleva que estos mecanismos sean invisibilizados.

Por otra parte, en razón de la actual tendencia administrativista del derecho penal, en un marco político criminal expandido a nivel global que se orienta a la vigilancia y el control de amplias poblaciones portadoras de *riesgos y peligros* para “los buenos ciudadanos”.

Por último, el instituto resulta funcional a las prácticas burocratizadas del aparato policial, ya que genera una estadística en la cantidad de personas detenidas que cumple un doble fin: responder a las demandas de los medios masivos de comunicación y de ciertos grupos de poder

que demandan mayor seguridad a través de una eficiencia ficcional; y mantener una base de datos que permita detectar pequeñas ilicitudes, venta ambulante, prostitución y otros oficios de la pobreza para habilitar el cobro de cánones a cambio de permisos para ejercer esos oficios, que alimentan la llamada “caja chica” del poder policial.

En definitiva, la detención en averiguación de identidad amplía el ámbito de discrecionalidad policial, configura una táctica de configuración de criminalización secundaria que se emplea con fines de disciplinamiento social, como una herramienta de castigo alternativo a las penas formales y como mecanismo de persecución política de militantes sociales y de movimientos de protesta.

Ante este panorama debe replantearse la actividad legislativa para acotar los márgenes de discrecionalidad policial, derogando normas que abren un espacio para la arbitrariedad y la violencia policial, tales como el instituto de la detención de personas en averiguación de identidad.

De igual forma, se debe profundizar el control judicial sobre las detenciones que efectúa la policía sin órdenes jurisdiccionales, practicadas dentro de ese ámbito de decisión discrecional que tiene a su cargo la actividad de los funcionarios de calle.

Por su parte, los operadores judiciales deben asumir un rol activo, superador de la resolución del caso individual sometido a su conocimiento—cuya decisión muchas veces es desconocida para los propios funcionarios policiales que realizaron una actividad luego anulada en sede judicial—, convirtiéndose en integrante democrático del diálogo con los otros poderes, haciéndolos partícipes de las experiencias concretas en casos de ilegalidad, en el marco de una agenda orientada a la modificación de las prácticas arbitrarias de la fuerza policial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Tiscornia, S. (2005), “Límites al poder de policía. El activismo del derecho internacional de los derechos humanos y el caso Walter Bulacio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en S. Tiscornia y M. V. Pita (eds.), *Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil*, Buenos Aires, Antropofagia, p. 47.
- (2008), *Activismo de los Derechos Humanos y burocracias estatales. El caso “Walter Bulacio”*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Tiscornia, S., L. Eilbaum y V. Lekerman (s.f.), “Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la Discusión sobre sus usos y abusos”, en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires*, CELS, disponible en <www.cels.org.ar/common/documentos/detenciones.pdf>.

8. La prisión preventiva en contextos de vulnerabilidad

Un análisis a la luz de los casos “María Ovando” y las “hermanas Jara”

Indiana Guereño

Irene Victoria Massimino

–Ahí lo tienes –dijo la Reina–, está encerrado en la cárcel, cumpliendo su condena; pero el juicio no empezará hasta el próximo miércoles. Y por supuesto, el crimen será cometido al final.

En un ataque de furia gritó la Reina: “¡Deténganla!”. “¿Por qué motivo?”, se preguntó Alicia. “Porque has cometido un crimen y hasta que se descubra lo que has hecho irás a la prisión, así es la ley”.

LEWIS CARROLL, *Las aventuras de Alicia en el País de las Maravillas*

Y así es como un cuento que se dice infantil no está nada lejano de la realidad que sufren muchas personas en la Argentina. La prisión preventiva y el abuso en el que incurren los tribunales argentinos al disponerla ha sido una constante preocupación de la Asociación Pensamiento Penal. Sobre todo porque las personas en prisión preventiva se hallan en su mayoría en situación de vulnerabilidad, es decir, con escasas posibilidades de reclamar sus derechos por la condición propia de cualquier privación de libertad y por la situación particular en la que muchos de ellos se encuentran con relación al contexto económico-social (pobreza, género, edad, entre otras). Asimismo, la prisión preventiva fue y es objeto de críticas por parte de la Asociación, pero también por la doctrina y los organismos y tribunales internacionales de derechos humanos,¹ pues implica la violación del principio fundamental de inocencia y la

¹ Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “M. c. Alemania [M. vs. Germany]” tuvo una visión crítica de la prisión preventiva, y encontró al Estado alemán culpable de la violación de los arts. 5 y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y responsable de establecer estándares más estrictos para la aplicación de dicha medida cautelar (Alexander, Graf y Janus, 2012).

limitación del derecho humano a la libertad, ambos amparados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Con el fin de otorgarle voz a quienes no tienen fuerza para expresarse, la Asociación se ha presentado como *amicus curiae* o ha emitido pronunciamientos en procesos donde los derechos fundamentales –como la libertad– de personas en condiciones de vulnerabilidad se hallaban quebrantados.

En este sentido, es emblemático el proceso seguido a María Ovando, mujer misionera de 37 años, madre de doce hijos(as), analfabeta, desocupada y en estado de pobreza extrema, acusada por el delito de abandono de persona agravado por la muerte de una de sus niñas fallecida presuntamente por desnutrición. Ovando permaneció dos años en prisión preventiva y finalmente fue absuelta.² También el caso conocido como el de las “hermanas Jara”, mujeres de escasos recursos socioeconómicos, del Gran Buenos Aires, acusadas por el delito de homicidio en grado de tentativa por haber atacado con un cuchillo en la vía pública a un hombre de su barrio, que según sus testimonios las hostigaba hacía tiempo. Las hermanas Jara permanecieron en prisión preventiva durante dos años, un mes y veintiún días, pena a la que fueron condenadas finalmente por el delito de lesiones graves, y que se consideró purgada con el tiempo de prisión preventiva sufrido.³

En ambos procesos la Asociación expresó su parecer. En el primero, mediante su presentación como *amicus curiae* y actuando como vedora en el juicio. En el segundo, emitiendo pronunciamientos públicos. Ambos con el debido seguimiento que las particularidades de cada caso requerían. Ello en el convencimiento que la prisión preventiva fue dispuesta no por una necesidad frente a la imposibilidad de aplicar otras medidas cautelares alternativas, sino porque se hallaban en situación de vulnerabilidad económico social, exacerbada por el género, lo que transformaba una medida cautelar, que tendría que ser excepcional, en una pena anticipada al juicio, que agravaba aún más ese contexto.

2 Para más información sobre el caso, léase el *amicus curiae* presentado por la Asociación Pensamiento Penal en el caso de referencia, disponible en <www.pensamientopenal.org.ar/texto-del-amicus-resentado-por-app-en-la-causa-de-maria-ovando>.

3 Para más información sobre el caso, léanse los pronunciamientos en la página institucional, disponible en <www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/03/hermanas-jara.pdf> y <www.pensamientopenal.org.ar/app-emite-comunicado-en-relacion-al-caso-de-las-hermanas-jara>.

Estos son ejemplos claros de cómo el Estado vulnera derechos fundamentales al hacerse presente a la hora de castigar, pero permanece ausente frente a las condiciones de vulnerabilidad de los individuos o en el momento en que situaciones problemáticas derivadas de esos contextos comienzan a manifestarse.

Desde la Asociación creemos que es necesario reducir el uso de la prisión preventiva. Con ese fin visibilizaremos el estado de esta en la Argentina. Luego, daremos cuenta de su relación con la vulnerabilidad, por qué se aplica mayormente a las personas en ese contexto y cuál es su impacto social, y dedicaremos especial interés a la cuestión de género. Por último, formularemos algunas conclusiones y propuestas.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA ARGENTINA

Toda privación de la libertad, aun cuando se erija como pena estatal, conlleva en sí misma un sufrimiento al quitar no sólo la posibilidad de transitar libremente, sino también la de realizarse como persona en su totalidad. Ello es así porque si bien la pena es una potestad del Estado ante la comisión de un hecho catalogado como delito, privar de la libertad es quitar tiempo de vida⁴ afflictivamente (Mathiesen, 2003: 213). Es decir, aunque la privación de la libertad debería ser sólo de la libertad ambulatoria (pues el marco normativo establece que no es para el castigo, sino para la reinserción de quien ha quebrantado la ley penal),⁵ trae

4 “Tiempo de vida”, entendido como “El sol es el mismo de una manera relativa, pero tú eres mayor, estás más corto de aliento y un día más cerca de la muerte” (Pink Floyd, canción “Time” del álbum *The Dark Side of de Moon*).

5 El art. 18 de la Constitución nacional establece que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el art. 5, párr. 6: Derecho a la Integridad Personal: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Vale aquí plantear que ante el fracaso en el que han incurrido las ideologías “re”, es preciso interpretar progresivamente las normas que declaran los objetivos a los que la pena está llamada a cumplir. Así, “reforma del condenado no es reforma moral [...] sino reforma o adquisición de nuevas formas de comportamiento (dejar de comportarse conforme a roles demandados según estereotipos). Y la readaptación social no tendría que entenderse tampoco en el sentido de regreso a la sociedad

aparejados impactos negativos que llevan hasta la privación total de derechos esenciales de la persona: el ejercicio pleno del derecho al trabajo, la familia, la salud, la educación, el goce de los bienes de la cultura, entre tantos otros, que indefectiblemente se convierten en daños directos a largo plazo o de forma permanente.

Ese sufrimiento se profundiza cuando el Estado, mediante la *prisión preventiva*, priva de la libertad con anterioridad a la realización de un juicio que determine la culpabilidad de la persona sometida a proceso. La prisión preventiva es, en términos legos, el confinamiento en una instalación cerrada de una persona que no ha sido declarada culpable de un delito. Bajo el eufemismo de hacerlo preventivamente, con la supuesta pretensión de asegurar la realización del juicio, el Estado utiliza su herramienta más gravosa: priva de la libertad a personas que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos presumen inocente y que deberían estar en libertad hasta que una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.

La libertad en el proceso debería ser la regla general y la prisión preventiva la excepción. Sin embargo, en la Argentina el 50% de las personas privadas de la libertad se encuentran *presas sin condena*,⁶ el 48% fueron condenadas y el porcentaje restante lo componen menores y/o inimputables según datos oficiales actuales.⁷

libre como un ser moralmente superior, sino como un ser que hace lo mismo que el resto, es decir, que no se esfuerza por ofrecerse al poder punitivo” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000). Desde esta perspectiva, más allá del *nomen iuris*—reforma, readaptación, reinserción, resocialización— que se emplee, la privación de la libertad deberá orientarse a otorgar un trato humano reductor de la vulnerabilidad, lo cual conlleva el respeto irrestricto de los derechos humanos para el desarrollo integral de la persona (Zaffaroni, 2011).

6 Es importante destacar que el porcentaje de personas privadas de libertad preventivamente ha disminuido al número mencionado del 50% en los últimos años. Sin embargo, debido al aumento exponencial de la población penitenciaria ocurrida también en el último tiempo, el número de personas *presas sin condena* no ha variado significativamente. Por ejemplo, a diciembre de 2008 unas 31 389 personas en prisión preventiva representaban el 58% de la población carcelaria total de 54 537 personas (SNEEP, 2008) y a diciembre de 2012 unas 31 301 personas en prisión preventiva representaban el mencionado 50% de la población total privada de su libertad, compuesta por 62 263 personas (SNEEP, 2012).

7 SNEEP, *Informe Anual 2012*, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El alto porcentaje referido demuestra el abuso de la prisión preventiva en el que incurren los tribunales,⁸ lo que convierte una medida excepcional en una regla generalizada que adelanta la pena (como sucedió con las “hermanas Jara”) o la aplica donde no debiera existir, es decir castiga a una persona que finalmente resulta absuelta (como María Ovando).

Los motivos por los cuales en la Argentina el índice de personas en prisión preventiva es tan elevado son diversos:

- a) los(as) jueces y juezas se encuentran influenciados por presiones externas –mediáticas y sociales, por ejemplo, ante los reclamos de mayor seguridad– o internas –a través del enjuiciamiento a los(as) magistrados que utilizan la prisión preventiva de modo restrictivo–, lo cual afecta la independencia judicial (Due Process Of Law Foundation, 2013).
- b) Según el marco normativo constitucional, en virtud del principio de inocencia sólo es posible privar de la libertad durante el proceso si existe peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.⁹ Sin embargo, el modo en que la prisión preventiva y la excarcelación se encuentran reguladas a nivel nacional y provincial posibilita que jueces, juezas y fiscales valoren otras circunstancias como la pena en expectativa, la gravedad del delito acusado, la resonancia mediática del caso, los antecedentes penales y el comportamiento de la persona imputada durante el proceso, transformando así una medida que debiera ser excepcional en una de aplicación automática (INECIP, 2012).
- c) Si bien el marco normativo constitucional establece que la persona acusada de un delito debe ser juzgada en un plazo razonable y por ende la prisión preventiva debe tener un coto temporal, en la Argentina no hay uniformidad ni legal

8 Esta situación no es exclusiva de la Argentina, sino que se replica en toda Latinoamérica (CEJA, 2011). Al respecto, véase el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Comisión el 30/12/2013, disponible en <www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

9 Para mayores detalles, véase el fallo de la CSJN, del 6/3/2014, en autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Guillermo Daniel Piñeiro en la causa Loyo Fraire, Gabriel Eduardo si p.s.a. estafa reiterada –causa n° 161.070–”.

ni en la práctica sobre cuánto tiempo debe durar la prisión preventiva.

- d) En general, la orden de prisión preventiva es tomada por un magistrado(a) sin petición de las partes y por escrito, sin escuchar a la persona imputada y sin otorgarle la oportunidad de contradecir la orden, por ejemplo, aportando prueba que demuestre que no intentará eludir la justicia o entorpecer la investigación; tampoco se produce una revisión periódica de la prisión preventiva a fin de controlar si continúan vigentes los requisitos que dieron origen a la orden.¹⁰
- e) Si bien existen otros medios alternativos capaces de lograr que la persona imputada no eluda la justicia ni entorpezca la investigación –arresto domiciliario, obligación de presentarse ante los tribunales periódicamente, prohibición de salir del país, la retención de documentos de viaje, por citar sólo algunos ejemplos– en la mayoría de los ordenamientos no se encuentran reguladas o bien no son aplicadas.¹¹
- f) La prisión preventiva se aplica mayormente a personas en contexto de vulnerabilidad. En los apartados siguientes veremos las razones de esta situación, pero vale decir que en la práctica existe una tendencia generalizada a que estas personas transiten todo el proceso en prisión preventiva.

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA VULNERABILIDAD

La prisión preventiva somete a personas inocentes a la dolorosa incertidumbre de no saber cuánto tiempo durará su encierro, situación agravada por las malas condiciones en las que la detención tiene lugar (CELS,

¹⁰ Las provincias de Santa Fe y Chubut sí prevén un procedimiento oral y contradictorio para el dictado de la prisión preventiva, sometido a revisión periódica.

¹¹ “En las provincias de Santa Fe y Chubut sí se previó (con similar redacción) un auténtico régimen alternativo al encierro para los casos en los que existan peligros procesales. El criterio rector, correctamente regulado, establece que siempre deberán priorizarse estas medidas frente al encierro, las que podrán imponerse solas o combinadas según se considere adecuado” (INECIP, 2012).

2012), convirtiéndose así en una *pena anticipada*, en un sometimiento permanente a abusos y abandono.

Pero ¿quiénes son las personas privadas de su libertad en forma anticipada? ¿Son personas con capacidad real de defensa que les permita transitar el proceso penal en libertad? Si por ello entendemos poseer los medios económicos para proveerse de un adecuado servicio jurídico de defensa; tener domicilio fijo y arraigo; trabajo estable; estudios completos; no responder al estereotipo de “delincuente”. ¿O acaso son personas provenientes de los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad con serias dificultades para ejercer y hasta conocer sus derechos?

La respuesta se muestra evidente con sólo conocer el modo en que está compuesta la población penitenciaria actual: son personas en su mayoría de nacionalidad argentina (94%), de sexo masculino (95%), jóvenes (el 24% tiene entre 18 a 24 años de edad, el 40% entre 25 a 34 años y el 21% entre 35 y 44 años), solteros (76%), sin estudios básicos completos (sólo el 7% tiene la educación secundaria completa) y sin trabajo a tiempo completo (el 39% se encontraban desocupados al momento de su detención, el 40% eran trabajadores de tiempo parcial y el 21% de tiempo completo) (SNEEP, 2012).

Son personas que, lejos de gozar de la capacidad real de defensa para esperar el juicio en libertad, por su contexto social, económico, cultural, de género, edad y estereotipo se encuentran en *situación de vulnerabilidad*, es decir, “son personas que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008, sección 2ª, 1.3), y que, acusadas de cometer hechos burdos, son especialmente seleccionadas por el sistema penal (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000).

EL FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTEXTOS DE VULNERABILIDAD

La prisión preventiva se ordena, en su mayoría, respecto de personas en situación de vulnerabilidad. Pero ¿por qué el Estado utiliza su herramienta más violenta, como es la privación de la libertad, contra ellas?

Por un lado, porque las personas en situación de vulnerabilidad tienen dificultades para ejercer y hasta conocer sus derechos, lo que en la práctica se traduce en una actividad técnica defensiva de menor intensidad

frente a la orden de prisión preventiva y su vigencia en el tiempo, y su correlativo menor esfuerzo por parte de los(as) operadores(as) judiciales en fundamentar y controlar los requisitos legales para su dictado y mantenimiento.

Además, las personas en contexto de vulnerabilidad acusadas de un delito, cualquiera sea su gravedad, tienen más posibilidades de ser privadas de la libertad durante todo el proceso, porque su propio contexto de vulnerabilidad es juzgado negativamente a la hora de evaluar el riesgo de fuga. Para decirlo con otras palabras, el hecho de no contar con un domicilio fijo, tener escasos recursos socioeconómicos o encontrarse desocupado, por ejemplo, es visto por los ojos de los(as) operadores(as) judiciales como una señal de alarma que indica que ese individuo no se someterá a la acción de la justicia porque si escapa no tendrá “nada que perder”, pero sí mucho para ganar: su libertad.

Para graficarlo: el fundamento por el que María Ovando permaneció privada de su libertad durante dos años en prisión preventiva (al momento de su detención vivía con sus hijos(as) en una precaria casilla en extrema pobreza) radicaba en que podía fugarse a la República del Paraguay, donde había vivido con anterioridad y donde tendría familiares de quien en el momento del hecho fuera su pareja. Sin embargo, ese fundamento soslayaba que María Ovando no sólo carecía de las posibilidades económicas de trasladarse a otro país, sino que todos(as) sus niños(as) vivían en Misiones, por lo que resultaba inverosímil que pudiera eludir la acción de la justicia.

Por otro lado, el Estado utiliza la prisión preventiva respecto de la población vulnerable como un modo de contener mediante el ejercicio del poder punitivo a decenas de miles de personas que se encuentran vulnerables por alguna u otra razón. A partir de ese contexto se construye una noción de *peligrosidad* (inconstitucional, por cierto) que lleva a la superpoblación de las cárceles, reducidas a ser concebidas como “depósitos de indeseables” (Wacquant, 2001).

Se trata de marginados(as), excluidos(as) sociales que sólo entran a las redes estatales a través de la pena anticipada que recae sobre ellos(as), pues con anterioridad sus derechos fundamentales, así como su propia existencia, eran invisibles ante el accionar del Estado.

Son poblaciones que alguna vez supieron formar parte de la fuerza de trabajo y que hoy no encuentran sitio en el mercado, cuyas problemáticas son cada vez menos administradas a través de los instrumentos de regulación social de la pobreza, y cada vez más a través de los dispositivos de represión penal (Di Giorgi, 2006).

En consecuencia, la prisión preventiva actúa como un reemplazo inmediato y simple de aquellas políticas públicas tendientes a la inclusión y el desarrollo holístico e igualitario de los integrantes más marginados de una sociedad. En otros términos, la prisión preventiva intenta funcionar como un instrumento invisibilizador de una realidad social compleja que excluye a miles de personas del goce de los derechos básicos del ser humano, bajo la anuencia de un Estado desentendido (Foucault, 1978), que no se hace presente cuando los conflictos, producto de la propia vulnerabilidad, comienzan a manifestarse (en el caso “Ovando”, la desnutrición; y en el de “las hermanas Jara”, la violencia entre su vecino y ellas), pero sí a la hora de castigarlos.

Reveladora es la condena impuesta a las hermanas Jara a cumplir en prisión el mismo tiempo que permanecieron privadas de su libertad en prisión preventiva (dos años, un mes y veintidós días), cuando en la Argentina ninguna persona, como regla general, cumple una condena inferior a los tres años de prisión en la cárcel. Frente a lo cual debemos preguntarnos: si las hermanas Jara hubieran permanecido en libertad durante el proceso, ¿la pena hubiera sido cumplir en prisión dos años, un mes y veintidós días?, ¿cuántas penas se expresan de esa forma? Claro que ninguna. Aquí la pena sólo fue una moneda de cambio que vino a justificar el encierro anticipado. Un encierro que nunca debió tener lugar.

EL FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU IMPACTO SOCIAL

Entonces, ¿cuál es la función *real* de la prisión preventiva y su impacto en la población vulnerable? Parece que la función nada tiene que ver con esa medida cautelar excepcionalmente aplicable ante el peligro de fuga o el entorpecimiento del proceso. Muy por el contrario, el abuso de la prisión preventiva en grupos que de por sí se encuentran más desventajados sólo parece funcionar como un agravante de las condiciones propias a su situación de desventaja. Ante los dos casos previamente descriptos, y tantos otros que no competen a este artículo, la prisión preventiva deviene en una especie de respuesta inmediata y precaria del Estado para abordar aquellos problemas sobre los que no intervino con anterioridad.

Los individuos o grupos en condiciones de vulnerabilidad económica y social encuentran limitada, cuando no eliminada, la posibilidad concreta de dar satisfacción a sus necesidades básicas y cumplir con las ex-

pectativas propias de la vida diaria. Si a ello le sumamos que dentro de dichos grupos existen personas sometidas arbitrariamente al régimen de la prisión preventiva, aparece de manera automática sobre ellos la noción de peligrosidad y la consecuencia social directa de la discriminación. Es decir, a la exclusión natural que genera la pobreza en sociedad se le suma la estigmatización que deriva en una discriminación generalizada, producto de la criminalización de aquellas condiciones de vulnerabilidad. En consecuencia, el pobre no es únicamente pobre, sino que es peligroso, pues su condición inevitablemente lo llevaría a delinquir. El pobre, el marginado, la mujer, el pibe de la calle, tienen una especie de presunción de culpabilidad social frente al delito por el solo hecho de encontrarse en tal situación.

Por lo tanto, el Estado, tal vez en su afán de subsanar u ocultar la problemática social de los grupos vulnerables y las crecientes demandas de seguridad, termina por sancionar ya no hechos ilegales, sino “virtualidades,” es decir, el ser mismo de los individuos (Foucault, 1978), revictimizando al pobre, a la mujer,¹² al pibe de la calle, no sólo con la privación ilegítima de su libertad ambulatoria, sino con la consecuente discriminación social que trae aparejada.

La prisión preventiva resulta un castigo, un padecimiento más que se suma a los que ya sufre la persona o grupo en condición de vulnerabilidad, por el solo hecho de encontrarse en tal circunstancia.

Claro es el ejemplo de María Ovando, previamente citado y en donde la Asociación intervino, a cuyos padecimientos de pobreza extrema, analfabetismo, hambre, violencia física y moral y desprotección total y generalizada por parte del Estado, se le sumó una prisión preventiva injusta e ilegítima, que la expuso no sólo como víctima de un Estado abandonado, sino también inquisidor, en el que “la acusada no sabe desde el comienzo quién ni por qué se la acusa” (Fleming y López Viñals, 2008: 13).

Al decir de José Pablo Feinmann:

[E]l hombre no es libre porque hoy más de la mitad de la humanidad está hundida en el hambre. Hundida (no en la existencia que se arroja a sus posibles para darse el ser, no en el estado de arrojo temporalizante que abre el horizonte) sino en la existencia-destino. Que sólo puede llegar a ser lo que empezó

12 “Más de medio millón de mujeres están privadas de libertad en el mundo, sufriendo penas anticipadas, abusos y abandono” (Fundación Construir, 2012).

siendo: una cosa, un desecho. Una existencia-condena. Pueden estar tranquilos quienes piden llevar la imputabilidad a los catorce, a los ocho años. El pibe pobre, el pibe hambre, el pibe ratero sin escuela ni maestros ni pizarrones ni manuales, nació imputable. Cuando, al fin, la sociedad educada lo mete entre rejas sólo está cerrando un círculo que los orígenes ya habían trazado (Feinmann, 2004).

El Estado se convierte en el gran creador de la desigualdad y discriminación, criminalizando la pobreza y otras condiciones propias de la vulnerabilidad, a “través de la contención punitiva de los pobres, en barrios estigmatizados o en cárceles [...] [provocando] la atrofia del Estado social y la hipertrofia del Estado penal” (Wacquant, 2001).

LA CUESTIÓN DE GÉNERO

A todo lo expresado, hay que añadir un tema esencial: la discriminación por género. Las nociones de mala madre, mala mujer, mala esposa, mujer fuerte capaz de defenderse de un hombre y otras concepciones que responden a quebrantamientos de estereotipos de género creados por una sociedad de corte machista como la argentina, parecen constituir requisitos esenciales para la aplicación de la prisión preventiva, situación que se agrava cuando se la combina con condiciones de pobreza y marginalidad, como claramente representan los casos “María Ovando” y “las hermanas Jara”. Es decir, la ruptura de ciertos estereotipos de género constituye para el Estado, a través de sus operadores(as) de justicia, un delito.

Aunque parece estar abordándose más ampliamente la cuestión de la discriminación por género, los resultados empíricos demuestran lo contrario. Cabe destacar que en América Latina, “la población penitenciaria femenina casi se duplicó en los últimos cinco años, pasando de 40 000 en 2006 a más de 74 000 en 2010” (Fundación Construir, 2012). Inclusive, en algunos países los porcentajes de mujeres privadas de libertad a la espera de juicio sobrepasan el 80% (Fundación Construir, 2012). La Argentina no es ajena a esta realidad. Durante la década neoliberal de los noventa y hasta 2007 el número de detenidas en las cárceles federales creció de forma exponencial, en un 350%: “según cifras brindadas por el SPF, pasó de 298 en 1990 a 1039 en 2007” (CELS, DGN y PPN, 2011). De hecho,

existe una relación directamente proporcional entre el aumento de la población penitenciaria femenina y los procesos de empobrecimiento y desempleo que caracterizaron a la década del noventa, y que, resaltando nuevamente la marginación y discriminación por género, “tuvieron impacto diferenciado en las mujeres y coincidieron con transformaciones de las estructuras familiares que significaron mayores responsabilidades para ellas como cabeza de familia” (CELS, DGN y PPN, 2011).

Sin embargo, este problema no es sólo social, sino que se encuentra presente en todos los ámbitos institucionales públicos: la discriminación por género es hoy una cuestión naturalizada. Las cifras de la prisión preventiva para las mujeres aumentan, así como sus padecimientos, los niveles judiciales y penales carecen de la capacitación necesaria para atender de forma eficiente este fenómeno desde la perspectiva de género, lo que nueva y consecuentemente lleva a un agravamiento en la situación de vulnerabilidad.

A raíz de ello, es fácil concluir que hasta tanto no haya un cambio ideológico de la cultura social machista, profundamente arraigada en las fuerzas de seguridad y el sistema de justicia penal en general, no habrá logros positivos para las mujeres que hoy sufren el castigo del Estado por el solo hecho de nacer en condiciones de vulnerabilidad agravadas por el género.

PROPUESTAS

Como la prisión preventiva implica la violación del principio fundamental de inocencia, la limitación del derecho humano a la libertad y de muchos otros que hacen a la dignidad esencial de la persona, sumado a que agrava notoriamente el contexto de vulnerabilidad en el que la mayoría de las personas a las que se les aplica se encuentran, desde la Asociación creemos que es necesario reducir el uso de la prisión preventiva, con el objetivo final de adoptar otras medidas que aseguren el proceso sin privar de la libertad de manera anticipada.

Es necesario realizar ciertas reformas legislativas tendientes a:

- a) establecer con suma precisión cuáles serán los únicos requisitos para que proceda la prisión preventiva, por medio de una redacción clara y respetuosa del principio de inocencia. Estos requisitos deberán ser interpretados por los(as)

operadores(as) judiciales restrictivamente. En nuestro sistema penal esos requisitos son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

- b) Regular el cese de la prisión preventiva o excarcelación de modo tal que no incluya, en su redacción ni por vía interpretativa, requisitos para su procedencia que amplíen la prisión preventiva. En nuestro sistema penal esos requisitos sólo deben vincularse al entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.
- c) Establecer la revisión periódica de la prisión preventiva, y también su plazo máximo de duración y abogar por su estricto cumplimiento.
- d) Modificar el procedimiento por el que se dispone la prisión preventiva, que deberá ser a pedido de parte, mediante una audiencia oral en la que participen las partes y tengan libertad para aportar prueba en torno a la procedencia o no de la prisión preventiva. Ello con independencia del delito investigado.
- e) Incorporar medios alternativos a la prisión preventiva capaces de lograr que la persona imputada no eluda la justicia ni entorpezca la investigación, como el arresto domiciliario, la obligación de presentarse ante los tribunales periódicamente, la prohibición de salir del país, la retención de documentos de viaje, la prohibición de asistir a determinados lugares, la fianza, la suspensión en el ejercicio de la función pública, por citar algunos ejemplos.

Asimismo, valoramos como ineludible incorporar como patrón interpretativo a la hora de juzgar la procedencia o vigencia de la prisión preventiva:

- a) la perspectiva de género que nos exige tener en cuenta los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres (por ejemplo, María Ovando fue privada de su libertad a pesar de encontrarse en período de lactancia de su última niña). Es necesario asignar importancia al hecho de que casi la totalidad de las mujeres privadas de la libertad son madres y, en su mayoría, de más de tres hijos(as) (CELS, DGN, PPN y 2011). Esas madres responden al patrón cultural imperante en la sociedad,

que reserva a las mujeres el rol de ser las principales responsables de la crianza y cuidado de los niños(as) (Igareda, 2009), para quienes ser alejadas de sus hijos(as) implica una aflicción más a las muchas que genera la privación de la libertad. Ese impacto no sólo lo sufren las mujeres, sino también los(as) propios hijos(as). Este plus de sufrimiento debe ser valorado a fin de evitar arbitrariedades y violaciones al principio de trascendencia mínima de la pena y los derechos del niño(a).

- b) El contexto de vulnerabilidad en el que la persona acusada se encuentra, que no puede ser valorado como indicador objetivo de entorpecimiento de la investigación o peligro de fuga, o inclusive de culpabilidad. Una prisión preventiva no puede fundarse en el mero hecho de que la persona viva en situación de calle. Por el contrario, frente a esta circunstancia puede imponerse la obligación de concurrir periódicamente a los tribunales, pero no presumir que por encontrarse en contexto de vulnerabilidad eludirá la justicia.

CONCLUSIONES

Es redundante concluir que la prisión preventiva se ha convertido, tristemente, en la regla del sistema punitivo argentino, en un mal cuasiendémico. Esta regla, alejada de su excepcional aplicación original, es utilizada para marginar aún más a quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad, a causa de una o más de las circunstancias mencionadas, y de desprotección frente a la omisión o el accionar negativo del Estado, lo que la transforma en una pena o castigo que nada tiene que ver con el delito al cual se la relaciona.

Desde la Asociación consideramos que las propuestas efectuadas contribuirían a la disminución de la aplicación de la prisión preventiva. Sin embargo, también entendemos que el cambio debe ser, ante todo, ideológico. Ningún resultado positivo podrá obtenerse si no se construye un sistema penal que minimice los efectos negativos sobre los derechos humanos de quienes son sometidos a juicio o son privados de su libertad ambulatoria.

La Asociación aboga por un sistema penal que respete los valores humanos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales

de derechos humanos, teniendo presente que el máximo valor del ser humano es su dignidad, y por lo tanto no debe ser nunca quebrantada, sino protegida mediante la acción del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexander, S., L. Graf y E. Janus (2012), “‘M. v. Germany’: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 29, n° 3.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2011), *Informe Anual Actividades 2011: Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas*, CEJA, Chile.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2012), *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2012*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa (DGN) y Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) (2011), *Mujeres en Prisión: los alcances del castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Di Giorgi, A. (2006), *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Madrid, Traficantes de Sueños.
- Due Process Of Law Foundation (2013), *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, disponible en <www.idl.org.pe/autores/due-process-law-foundation-dplf> (accedido el 19/6/2014).
- Feinmann, J. P. (2004), “La existencia-destino”, *Página/12*, Buenos Aires, disponible en <www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-35397-2004-05-16.html> (accedido el 19/6/2014).
- Fleming, A. y P. López Viñals (2008), *Garantías del imputado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

- Foucault, Michel (2012), *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (1998), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- Fundación Construir (2012), *Mujeres y prisión preventiva: Presuntas inocentes sufriendo castigos anticipados y abusos*, disponible en <www.fundacionconstruir.org/index.php/noticia/mostrar/id/116> (accedido el 19/6/2014).
- Igareda, N. (2009), “La maternidad de las mujeres presas”, en Nicolás, G. y Bodelón, E. (comps.), *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) (2012), *El estado de la prisión preventiva en la Argentina: Situación actual y propuestas de cambio*, disponible en <es.scribd.com/doc/225725763/informe-inecip-2012> (accedido el 19/6/2014).
- Mathiesen, T. (2003), *Juicio a la prisión: Una evaluación crítica*, Buenos Aires, Ediar.
- Dirección Nacional de Política Criminal Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2008), *Informe Anual*, Argentina.
- Dirección Nacional de Política Criminal Subsecretaría de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2012), *Informe Anual*, Argentina.
- Wacquant, L. (2001), *Parias urbanos*, Buenos Aires, Manantial.
- Zaffaroni, E. R. (2011), *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E. R., A. Alagia y A. Slokar (2000), *Manual de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

9. Libertad y prisión durante el proceso Aplicación inmediata y retroactiva del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén

Gustavo L. Vitale

DENOMINACIÓN Y REALIDAD DEL FENÓMENO

Si llamamos a las cosas por su nombre (o, en todo caso, si designamos a las cosas con palabras que las describan –en lugar de usar términos con pretensiones legitimantes–), cuando hablamos del encarcelamiento durante el proceso estamos haciendo referencia al encierro en una prisión de personas no condenadas; que no sabemos si deberán cumplir prisión alguna; que no se sabe si cometieron el hecho que sólo se les atribuye o si les corresponderá (o no) una pena por ese hecho. Estamos, por ende, frente a un encarcelamiento de presuntos inocentes.

Precisamente, el juicio previo a la pena del que habla el art. 18 de la CN se exige para evitar que se aplique la pena previa al juicio. En ese sentido, todo encarcelamiento de personas no condenadas importa tratar al imputado como si fuera culpable, pues de otro modo no se lo mantendría tras las rejas de una prisión. Para aplicar la prisión (que siempre es una pena) hace falta culminar totalmente el juicio previo. Por eso es que toda privación carcelaria de la libertad personal antes de una sentencia firme de condena es, en los hechos, una pena anticipada.

Para decirlo de otro modo, el instituto que aquí tratamos constituye un modo de penalización carcelaria de personas sobre las cuales sólo pesa una *sospecha* de haber cometido un delito. Para dar un ejemplo de una institución tan autoritaria como la prisión para presuntos inocentes meramente *sospechosos* de delito (la llamada “prisión preventiva”), podemos pensar en el trato que se brindaba en la Inquisición a los sospechosos o sospechosas de herejía: a ellos o ellas se los trataba como verdaderos culpables e, incluso, si “persistían” en la herejía (respecto de la cual sólo se tenían meras sospechas), se los quemaba en la hoguera.¹

¹ Es lo que sucedía con la llamada “abjuración de formali: la del que está declarado por sospechoso de herejía con sospecha vehemente”, o con la

El tema es tratado hoy, por la mayor parte de la teoría penal, de un modo demasiado irracional. Se habla de la cárcel para presuntos inocentes con el nombre de “prisión preventiva”, como si fuera una pena de prisión legítimamente aplicable a personas no culpables de delito. Se dice que la prisión no es pena, sino que es una medida cautelar (designándola engañosamente como “preventiva”), porque (según el erróneo discurso generalizado) sirve para evitar que el juicio previo no pueda cumplirse. En otros términos, se dice que para saber si corresponde encarcelar en una prisión hay que mantener a muchas personas encarceladas antes de realizado el juicio previo.

En función de esto, la ley procesal penal amenaza con privar de la libertad en una cárcel, con lo que llama “prisión preventiva”, a quienes puedan obstaculizar la investigación o fugarse. Es decir, la ley crea el peligro procesal que dice querer evitar (Ferrajoli, 1995: 558), ya que, si no amenaza con prisión al imputado, este último no tiene razón alguna para no presentarse ante la justicia cuando sea convocado.

Para seguir llamando a las cosas por su nombre, lo que hace la ley es contemplar el encierro carcelario para los imputados que pueden ser calificados como “peligrosos procesales”. Otra vez se vuelve al peligrosismo: ya no al peligrosismo penal, que propone encarcelar al que considera que puede cometer delitos, sino, en cambio, al peligrosismo procesal penal, que postula encerrar al imputado en prisión porque, en libertad, va a impedir el enjuiciamiento. Se trata de dos aspectos del peligrosismo, ya que ambos proponen encarcelar (en este caso sin condena) sobre la base de condiciones personales del ser humano.

Las condiciones personales del imputado no pueden servir para encarcelar –y menos durante el proceso– por propia indicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Bayarri c. Argentina”). Lo que no hace el Sistema Interamericano, todavía, es advertir que toda prisión durante el proceso se basa en condiciones personales del imputado: en su pretendido peligrosismo procesal.

“abjuración de levi: la del declarado por sospechoso con sospecha leve”
(Llorente, 1998: 167).

**MIENTRAS NO PODAMOS ELIMINAR EL FENÓMENO,
CORRESPONDE LIMITARLO**

Hoy se acepta mayoritariamente la prisión para no condenados, con el nombre más pintoresco de “prisión preventiva”, lo que le da una apariencia de legitimidad que no tiene.

Mientras se acepte encarcelar a inocentes, corresponde tratar el tema como uno de los supuestos que habilitan las mayores violaciones a Derechos Humanos durante el enjuiciamiento de personas.

La lucha por la abolición de esta injusticia manifiesta reclama, durante su realización, los mayores esfuerzos reductores o limitadores del fenómeno de los presos sin condena.

Uno de estos esfuerzos limitadores lo ha llevado a cabo el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, que entró en vigencia el 14 de enero del año 2014 (por Ley 2784).

EL SISTEMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE NEUQUÉN

El Código Procesal que acaba de entrar en vigor contempla una serie de disposiciones que, bien aplicadas, prácticamente no permiten encarcelar a los imputados antes de tiempo; es decir, antes de saber si son culpables o inocentes.

No es que prohíba la prisión durante el proceso en todos los casos, pero le pone límites contundentes que difícilmente admitan su empleo.

Tales disposiciones legales, en cuanto sean más benignas que las antes vigentes, deben ser aplicadas a todos las “prisiones preventivas” que se continúen cumpliendo luego de su entrada en vigencia, del mismo modo que a las que se dispongan a partir de ese momento. Para decirlo con palabras de Julio B. J. Maier, “cuando la medida de coerción continúa vigente al momento en el cual la nueva ley comienza a regir no existe problema alguno relativo a la aplicación de la nueva ley, si ella es ‘más benigna’” (Maier, 1996: 248).

Los límites que el Código le impone al instituto son los siguientes:

1. DERECHO A LA LIBERTAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La persona sometida a proceso tiene derecho a la libertad. En tal sentido, el art. 9 dispone: “El imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso”.

Esto es acorde a la presunción de inocencia, que también proclama (art. 8: “Nadie podrá ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”).

La última disposición legal citada guarda consonancia con las Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, que consagran el derecho de todo imputado a que se presuma de inocencia y, en su virtud, a ser tratado como inocente mientras no exista una sentencia firme de condena. En forma expresa establecen esta presunción la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9), la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, París, 1948 (art. 11), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), así como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 40.2.b.I).

Las convenciones recién mencionadas son ley suprema de la Nación (art. 31 de la CN), además de haber adquirido expresa jerarquía constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la CN.

Por otra parte, la Ley 19 865 de 1980 (que aprobó la Convención de Viena sobre la validez de los tratados), en su art. 27 declara que no puede oponerse el derecho interno de un país signatario a la cláusula de un tratado internacional aprobado por ese mismo país [en la medida, claro está, que dicha cláusula reconozca mayores derechos al individuo frente al poder estatal, pues en caso contrario prevalece la que más derechos acuerda a la persona (en virtud del principio *pro homine*, reconocido en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)].

Ya resulta inexplicable que una persona sometida a proceso penal, sobre la cual sólo pesa una sospecha de ser autor de un delito y quien se presume inocente por disposición legal expresa, pueda ser encerrada en una prisión. La prisión es incompatible con la presunción de inocencia.

Mientras no se logre la eliminación lisa y llana de toda forma de encierro en una cárcel para personas sólo acusadas de delito (como sí se lo ha logrado en el ámbito del proceso penal de niños, niñas y adolescentes de Neuquén, de conformidad con el régimen vigente de la Ley 2302), al menos la privación carcelaria de la libertad debe ser demasiado excepcional e imprescindible, como surge de las disposiciones del Código Procesal Penal de Neuquén.

2. PROHIBICIONES ABSOLUTAS DE “PRISIÓN PREVENTIVA”

El art. 115 del Código contiene prohibiciones absolutas de disponer el encierro carcelario del imputado para los casos en los que “el hecho atribuido constituya un delito de acción privada o esté reprimido con

pena no privativa de libertad” (inc. 1), “si [...] pudiere resultar de aplicación una condena condicional” (inc. 2), “cuando se trate de personas mayores de setenta años, embarazadas que requieran atención especial, madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa” (inc. 3).

En el mencionado supuesto en que fuera posible la condena condicional (art. 115, inc. 2), el fundamento de la obligación absoluta de liberar al imputado es evidente, pues aun en caso de condena es posible que el imputado quede en libertad, por lo que la única pena carcelaria sería, allí, la llamada “prisión preventiva”. Para determinar si es o no posible la condenación condicional habrá que tomar en cuenta la calificación que el fiscal atribuya al hecho o la que resulte menos severa para el criterio jurídico del órgano judicial. Ello es así porque, en caso contrario, el fiscal podría desconocer la absoluta prohibición legal de encarcelar por medio del simple trámite de calificar mal el hecho o haciéndolo del modo que más le sirva para procurar el encarcelamiento del imputado (si ese fuera el criterio del fiscal actuante, pues este último bien puede reclamar la libertad del imputado y concentrarse en obtener pruebas para el juicio oral que determine la culpabilidad o inocencia del sometido a proceso). Es, entonces, el órgano judicial, en ejercicio de la jurisdicción (que constituye su función propia e indelegable, según lo expresa el art. 24, último párrafo del Código), quien puede ejercer el control de legalidad y entender que existe posibilidad de condena condicional pues la calificación del hecho debe entenderse de modo más benigno. Ante cualquier duda hay que entender que es posible la condena condicional y ordenar la liberación automática del imputado. Esto surge de la función de los jueces, que consiste en el cumplimiento de “los actos propiamente jurisdiccionales, velando por el resguardo de los derechos y garantías” (art. 6), teniendo el deber de interpretar restrictivamente “todas las normas que coarten la libertad personal del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos” (art. 23).

También está prohibida la prisión durante el proceso “cuando se trate de delitos cometidos por medio de la palabra hablada o escrita”, en cuyo caso “sólo estará justificada la privación de la libertad cuando ella provenga de sentencia definitiva” (art. 66 de la Constitución de la provincia de Neuquén). Es el caso, entre otros, de un proceso por amenazas, orales o escritas.

Para estos casos, por estar absolutamente prohibido recurrir a la pena anticipada (a la llamada “prisión preventiva”), resulta irrelevante que exista o no algún peligro procesal, aclarando el Código que sólo “podrá

ordenarse su conducción por la fuerza pública en los casos precedentes cuando el imputado no concurra a una audiencia u otro acto en el que resulte necesaria su presencia” (art. 115, último párrafo). Es decir, de ser necesario se podrá conducir por la fuerza al imputado para practicar alguno de los actos enunciados, pero quedará en libertad en forma inmediata una vez realizado el acto correspondiente.

3. PRUEBA DE LA COMISIÓN DE UN DELITO

La prisión durante el proceso requiere, además, que alguno de los acusadores acredite la certeza de la comisión del delito cuya ejecución se atribuye al imputado. Al respecto, el art. 114, inc. 1 exige “que existan elementos de convicción para sostener que el delito se cometió”, lo cual debe ser necesariamente interpretado de conformidad con el texto de la Constitución de la provincia de Neuquén, para la cual “no se dictará auto de prisión sino contra persona determinada, en virtud de prueba plena de la existencia del delito” (art. 66 de la Constitución provincial).

4. PROBABILIDAD DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN UN DELITO

Para que la persona sometida a proceso resulte encarcelada durante el tiempo que demore ese enjuiciamiento debe ser probable autor o partícipe del delito acreditado. Es necesario “que existan elementos de convicción suficientes para considerar, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito” (art. 114, inc. 2). Por esos elementos de convicción debe “estar acreditada por semiplena prueba la culpabilidad del imputado” (art. 66 de la Constitución de la provincia de Neuquén).

5. NECESIDAD DE PROBAR LA INSUFICIENCIA DE LAS DEMÁS MEDIDAS DE COERCIÓN

El Código neuquino dispone a su vez que, para poder imponerse la prisión durante el proceso, como medida más drástica, el acusador, además de haber ordenado la detención por escrito, debe necesariamente comprobar que no son suficientes las medidas de coerción distintas a la prisión “preventiva” (art. 114, primer párrafo). Ello importa demostrar que cada una de las medidas de coerción no carcelarias no pueden ser aplicadas en el caso particular, lo que resulta casi imposible, pues en el último de los casos, de acreditarse que no son suficientes las demás,

siempre puede cumplir exactamente la misma función la detención domiciliaria. Por ello, de acuerdo con la programación legal propia del Código de Neuquén, la detención domiciliaria debería ser la única medida restrictiva de la libertad a la cual debiera recurrirse, en última instancia, en la casi totalidad de los casos.

6. CARÁCTER ABSOLUTAMENTE IMPRESCINDIBLE PARA GARANTIZAR LA REALIZACIÓN DEL PROCESO

Si se cumplen los recaudos anteriores y, en especial, sólo si se comprueba la insuficiencia de todas y cada una de las medidas de coerción diferentes al encarcelamiento (lo cual parece francamente imposible), puede recurrirse a este pero sólo en la medida en que resulte imprescindible para asegurar la realización del proceso penal.

Tal como dispone el art. 9 del CPP: “La libertad sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso, con los alcances, modos y tiempos reglados en este Código”. El art. 110 del mismo Código establece: “Las medidas de coerción sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso”. El art. 112 nos dice, al respecto, que el fiscal deberá solicitar en audiencia la imposición de alguna medida de coerción sólo si lo “estima necesario”. Por último, el art. 114, inc. 3 añade que, para ordenar la “prisión preventiva”, es necesario “que se demuestre que la medida resulta indispensable por presumir que aquel no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación”.

La prisión excepcional durante el proceso no puede fundarse, entre otros aspectos, en la gravedad del delito atribuido, en la gravedad de la pena que podría imponerse en caso de condena o en las características personales del autor.² Allí se dijo que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”.

2 Corte IDH, casos “García Asto y Ramírez Rojas c. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25/11/2005, serie C n° 137, párr. 106; “Acosta Calderón c. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/6/2005, serie C n° 129, párr. 75; “Tibi c. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7/9/2004, serie C n° 114, párr. 180; “Bayarri c. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30/10/2008, serie C n° 187, párr. 74.

7. PETICIÓN DE PARTE

No se puede disponer ninguna medida de coerción, y menos aún la prisión durante el proceso, si no existe petición concreta de alguno de los acusadores.

El art. 6 del CPP prescribe que los jueces “sólo podrán disponer medidas probatorias y de coerción a petición de parte”. El art. 112 del CPP establece, en forma concordante, que “Si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez” (segundo párrafo).

8. OBLIGACIÓN DEL FISCAL O DEL QUERELLANTE DE PROBAR

TODOS Y CADA UNO DE LOS REQUISITOS DE LA PRISIÓN DURANTE EL PROCESO

La prueba de la concurrencia de todos y cada uno de los recaudos del encarcelamiento anticipado recae sobre el acusador. Este necesita probar su existencia, en cada caso concreto, con elementos objetivos que le permitan cumplir tal obligación. La acusación debe demostrar todas las exigencias de la prisión anticipada y, en especial, que en el caso particular no resulta suficiente ninguna medida de coerción distinta al encierro carcelario y que este es, entonces, absolutamente indispensable para asegurar los fines del proceso.

El Código se expide en forma expresa sobre esto en el art. 114, segundo párrafo: “Se podrá aplicar la prisión preventiva siempre que el fiscal o el querellante acrediten los siguientes requisitos”.

9. NECESIDAD DE DISCUTIR CADA PETICIÓN EN AUDIENCIA ORAL

Una novedad muy significativa es la necesidad de discutir las cuestiones básicas del proceso en audiencia oral. En particular, deberán debatirse allí todas las peticiones vinculadas con las medidas de coerción y, especialmente, con la prisión anticipada.

El art. 112 del Código nos dice que “si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez” (segundo párrafo). El art. 113, último párrafo, hace referencia expresa a “la audiencia para debatir las medidas de coerción”.

La discusión acerca de la situación del imputado en audiencia oral, en la que la persona sometida a proceso está presente y puede intervenir y probar circunstancias que puedan resultar de interés, es un aspecto sumamente relevante de la nueva legislación. Esa es una manera de je-

rarquizar la problemática de mayor importancia en el proceso, que es el nivel de respeto al derecho a la libertad del imputado y a la presunción de inocencia. Es un modo genuino de brindarle a este la posibilidad de conocer la imputación en su contra, así como las pruebas que se invocan y darle la oportunidad de dirigirse al órgano decisor para hacerse escuchar y reclamar su libertad, además de presenciar la discusión que se produce entre las partes a propósito de su situación en el proceso. Es una buena manera de recordar, todas las veces que se lo requiera, que en cada proceso penal hay un ser humano que sufre y que necesita una respuesta fundada a cada una de sus pretensiones, para lograr que se cumpla con las exigencias de un juicio justo, a través del cual habrá que averiguar si hace falta o no imponer una pena carcelaria en lugar de hacerla cumplir desde el comienzo con otro nombre (el de “prisión preventiva”) para establecer luego si hace falta o no imponer la misma medida, pero entonces sí con su nombre propio (el de pena).

10. CELERIDAD PARA DISCUTIR LA CUESTIÓN DE LA LIBERTAD O ENCARCELAMIENTO DEL IMPUTADO

Es igualmente digno de destacar que la audiencia para discutir acerca de la posibilidad de imponer medidas de coerción, y entre ellas el encarcelamiento anticipado, “se llevará a cabo dentro de las 24 horas si el imputado se encuentra detenido” (art. 113, último párrafo del CPP); “en los demás casos dentro de las 72 horas de la solicitud fiscal” (art. 113, último párrafo del CPP).

Como se verá al tratar el tema de los recursos, la imposición de la prisión durante el proceso podrá ser objeto de medios de impugnación, los que serán tratados en audiencias orales que deben realizarse en plazos sumamente cortos, de pocos días.

Todo esto hace que un instituto tan lesivo de Derechos Humanos, como la llamada “prisión preventiva”, provoque, al menos, un sufrimiento más corto o, en todo caso, menos largo que el que se permitía en la legislación anterior.

11. OBLIGACIÓN DE FIJAR JUDICIALMENTE UN PLAZO

Si se considerara imprescindible encarcelar al imputado antes de saber si es culpable o inocente, de todos modos debe fijarse un plazo máximo de duración; del mismo modo también el plazo de duración del proceso o de la etapa del proceso en la que se la disponga.

El art. 116 del CPP expresa sobre el punto que: “si se tratare de la imposición de prisión preventiva deberá además determinar la duración de la misma, así como el plazo de duración de la investigación”.

Con ello ha quedado claro que no existe más la llamada “prisión preventiva” por tiempo indefinido. Es más, en las audiencias para debatir medidas de coerción no sólo se puede discutir la imposición de la prisión anticipada, sino también el plazo por el que ella fue impuesta.

12. LIBERTAD POR CUMPLIMIENTO DE PLAZOS FATALES

El Código Procesal Penal de Neuquén contempla supuestos de libertad obligatoria y automática por el cumplimiento de plazos fatales.

En tal sentido, el art. 120 nos dice lo siguiente:

Cuando se haya planteado revisión de una medida cautelar privativa de libertad y el juez no resuelva dentro de los plazos establecidos en este Código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las 24 horas no obtiene resolución, corresponderá la libertad.

Es el caso en el que se haya dispuesto una prisión anticipada y el imputado o la defensa interponen recurso de revisión, el que debe presentarse en forma oral e inmediatamente después de ordenado el encarcelamiento procesal. Ante tal interposición, en cinco días corridos debe fijarse audiencia oral para debatirse ante tres jueces distintos la decisión dictada por uno solo (la que impuso la prisión procesal). Vencido este plazo, corresponderá al imputado o la defensa presentar un pronto despacho y si, pese a ello, no se hiciera la audiencia y por ende no se resolviera el recurso, el imputado debe obtener la libertad indefectiblemente (para lo cual “se solicitará al presidente del Colegio de Jueces que la ordene de inmediato” –art. 120–).

Es también el caso del art. 50 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal, n° 2891 (publicada el 3 de enero de 2014), que lleva el título: “Causas en trámite ante los Juzgados de Instrucción con personas detenidas, al momento de entrar en vigencia la Ley 2784”. Este artículo expresa:

En todas las causas penales en las que existan personas detenidas en prisión preventiva, el fiscal [...] tendrá un plazo máximo de 20 días hábiles para solicitar a la Oficina Judicial que designe la fecha de audiencia, en los términos previstos por el art. 112

del CPP, en la que podrá solicitar al juez que disponga la continuidad de la prisión preventiva, su modificación por alguna otra medida de coerción, conforme lo dispuesto por el art. 113 del CPP o proceda a dejarla sin efecto.

Si se cumple ese plazo de veinte días sin que el fiscal reclame la continuidad de la prisión anticipada, corresponde ordenar la libertad inmediata del imputado, por el vencimiento del plazo fatal contemplado en el art. 50 de la ley.

Lo mismo dispone la ley procesal penal neuquina en relación con las “causas en trámite ante las Cámaras Criminales o Juzgados Correccionales con personas detenidas en prisión preventiva, al momento de entrar en vigencia la Ley 2784” (art. 52 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal).

Un caso semejante está previsto en el art. 89 del Código:

Demora del Tribunal de Impugnación. Resolución ficta. Cuando el Tribunal de Impugnación no resuelva el recurso dentro de los plazos establecidos por este Código, se podrá solicitar pronto despacho. Si en 5 días no dicta resolución, se entenderá que ha admitido la solución propuesta por el recurrente, salvo que sea desfavorable para el imputado, en cuyo caso se entenderá que el recurso ha sido rechazado. Si existen recursos de varias partes, se admitirá la solución propuesta por el imputado.

Entonces, en este supuesto, el vencimiento del plazo sin resolución produce como efecto jurídico la libertad inmediata del imputado.

Es también el caso del vencimiento del plazo (legal o judicial) establecido para concluir la etapa de investigación fiscal preparatoria. Si el imputado está privado de su libertad, procederá la libertad inmediata cuando se produzca el vencimiento del plazo previsto en el art. 158 (tanto del plazo legal de cuatro meses, dos veces prorrogables fundadamente por otros cuatro meses, como el plazo judicial que fija el órgano judicial cuando impone la llamada “prisión preventiva” –art. 116 del CPP–).

Por otra parte, el vencimiento del plazo máximo del proceso (establecido en los arts. 87 y 224, inc. 1 del CPP, produce, también, la liberación automática del imputado (en la medida en que no la hubiera obtenido antes por vencimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”).

Debe recordarse que el Código Procesal Penal de Neuquén establece plazos fatales o perentorios, que deben ser cumplidos indefectiblemente. Así lo dispone el art. 79: “Los plazos *legales* y *judiciales* serán peren-

torios y vencerán a las 24 horas del último día señalado, provocando la caducidad de las instancias o de la petición de las partes”. Concordantemente, el art. 13 de la Ley Orgánica 2891 de la Justicia Penal, del año 2014, prescribe que “Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición legal expresamente prevista. Su incumplimiento genera la responsabilidad disciplinaria, penal o que corresponda”.

13. LIBERTAD POR CUMPLIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO DE LA “PRISIÓN PREVENTIVA”: APLICACIÓN INMEDIATA DE LA NUEVA LEY

El encierro carcelario durante el proceso no puede durar indefinidamente, sino que debe existir un plazo máximo fijado por ley. De no ser así, el Estado incurre en responsabilidad internacional por violación al derecho del imputado a obtener la libertad luego de transcurrido cierto lapso.

Tanto bajo la vigencia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,³ como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴ existía y existe el deber de los Estados de respetar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a disponer la libertad del detenido.

Este derecho, si bien se emparenta con el de todo ser humano de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 de la CADH y, entre otros, art. 18 del CPP de Neuquén), es, en verdad, un derecho autónomo que se distingue de aquel y que se establece sólo en cabeza de quienes permanecen sometidos a proceso penal pero privados de libertad.

El objetivo político de este derecho consiste en la necesidad de poner límites a la prisión de personas que se presumen inocentes (art. 8.2, primer párrafo de la CADH) y, al mismo tiempo, a la finalidad estatal de custodiar los fines del proceso por medio de esta drástica medida, que no puede perdurar por tiempo indeterminado.

Si no existieran o dejaran de existir los requisitos de procedencia que evitan la arbitrariedad de la medida, mantener al imputado en prisión “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en con-

3 “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho [...] a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (art. XXV, que trata el “derecho de protección contra la detención arbitraria”; en particular, el tercer párrafo).

4 “Toda persona detenida o retenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (art. 7.5).

tra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.⁵ Es que “su prolongación la transforma en un castigo”⁶ y, por ende, en una medida carente de toda legitimidad.

Por ello, una vez transcurrido cierto tiempo de encarcelamiento durante el proceso, la libertad se impone aunque pudieran invocarse peligros procesales. Tal como ha resuelto la Corte IDH, el derecho contenido en el art. 7.5 de la CADH

impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia a juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentra privado de su libertad.⁷

Por ello es que el Estado tiene siempre la obligación de revisar periódicamente las prisiones preventivas para verificar si subsisten las razones de su dictado y disponer la libertad del imputado si no se mantienen o si su duración dejó de ser razonable. Las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad.⁸

En razón de que el derecho a ser liberado dentro de un plazo razonable persigue poner un límite temporal a la prisión preventiva (en atención a la garantía de presunción de inocencia y para contrarrestar en al-

5 Corte IDH, caso “Suárez Rosero c. Ecuador”, Fondo, sentencia de 12/11/1997, serie C n° 35, párr. 77.

6 Corte IDH, caso “Acosta Calderón c. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/6/2005, serie C n° 129, párr. 75.

7 Corte IDH, casos “Bayarri c. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30/10/2008, serie C n° 187, párr. 70; “Barreto Leiva c. Venezuela”, sentencia de 17/9/2009, párr. 119.

8 Corte IDH, casos “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21/11/2007, serie C n° 170, párr. 107; “Yvon Neptune c. Haití”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6/5/2008, serie C n° 180, párr. 108.

guna medida el riesgo de encarcelar a un inocente –como sucede tantas veces–), la Corte IDH ha manifestado que “aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el art. 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable”.⁹

Aquí debe considerarse el aspecto relativo a la *legalidad* de la determinación del plazo razonable de duración de la prisión sin condena y el concerniente a la *razonabilidad*.

En los países en los que rige una ley interna que establece un límite temporal máximo de la prisión preventiva, ese es el plazo razonable máximo al que alude la normativa interamericana aplicable al correspondiente caso. Con esa ley, claro está, sólo se cumple con la exigencia de legalidad.

Así lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el caso “Bayarri c. Argentina”. La Corte IDH sostuvo que

aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el art. 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable [...] el Tribunal entiende que la Ley n° 24 390 establecía el límite temporal máximo [...] luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado. [...] Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo.¹⁰

Cuando los Estados, a diferencia del caso anterior, no han dictado una ley interna que establezca el plazo máximo del encarcelamiento preventivo, entonces violan este derecho reconocido en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y en la Convención Americana sobre DD.HH. Así lo ha establecido la Corte IDH, al sostener que “el derecho interno de Trinidad y Tobago no establece [esa garantía] y, por lo tanto, no se ajusta a la Convención”.¹¹

En lo que respecta a la legalidad, en el ámbito de la República Argentina y, en particular, en el de la Provincia de Neuquén (que es lo que

9 Corte IDH, caso “Bayarri c. Argentina”, cit., párr. 74.

10 Corte IDH, caso “Bayarri c. Argentina”, cit., párr. 74.

11 Corte IDH, caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21/6/2002, serie C n° 94, párr. 101.

ahora nos interesa), el Código Procesal Penal de esta establece un plazo máximo de un año, el que resulta improrrogable.

El art. 119 del CPP dispone: “La prisión preventiva no podrá durar más de un año. [...] Vencido este plazo no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad”. Ese plazo será mayor sólo en causas por delitos complejos, para las cuales se extenderá a un año y medio (art. 224, inc. 1: “se extenderá hasta un máximo de 18 meses”). Esta disposición legal reglamenta la normativa suprema que establece la obligación estatal de fijar un plazo máximo de duración de la prisión durante el proceso.

El art. 119 del Código neuquino constituye una reglamentación de la normativa constitucional e interamericana correspondiente, cumpliéndose con ella el requerimiento de legalidad.

En lo que se vincula con la exigencia de razonabilidad, la Comisión IDH ha sostenido, en su Informe n° 35/97, que, para los Estados que no han establecido legalmente el plazo máximo de la “prisión preventiva”, esta no puede nunca sobrepasar las dos terceras partes del mínimo de la pena con el que la ley penal reprime el delito atribuido.

Adviértase que, en el caso “Barreto Leiva”, la Corte IDH consideró que

el Estado violó los arts. 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en cuanto la prisión preventiva del señor Barreto Leiva excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta. Todo lo cual constituyó, además, una violación del derecho a la libertad personal, consagrado en el art. 7.1 de la misma.¹²

El señor Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión [...]. Sin embargo, estuvo privado de su libertad de manera preventiva durante un año, dos meses y dieciséis días. Consecuentemente, la detención preventiva de la víctima superó en *dieciséis días* la condena que finalmente le fue impuesta.¹³

Ello indica que, según el criterio de la Comisión IDH puesto de manifiesto en el citado Informe n° 35/97, en el ámbito de Neuquén el plazo máximo establecido legalmente en un año (y para casos complejos en un año y seis meses) puede ser menor, en la medida en que menor sea

¹² Corte IDH, caso “Barreto Leiva”, cit., párr. 123.

¹³ Corte IDH, caso “Barreto Leiva”, cit., párr. 118.

el que corresponde a las dos terceras partes del mínimo de la pena con la que la ley penal reprime el delito atribuido. Por ejemplo, si bien en principio el plazo máximo es de un año, en un proceso por hurto o robo simple (cuyo mínimo legal es de un mes de prisión) el plazo máximo de la “prisión preventiva” es de 20 días.

En verdad, el Estado de Argentina, en el ámbito nacional, después de más de seis años de vigencia de la Ley 24 390 (que había entrado en vigor el 22/11/1994 y que establecía un plazo máximo de dos años), sancionó la Ley 25 430 (que entró en vigencia el 1/6/2001), por la cual eliminó el plazo máximo de la prisión preventiva, estableciendo que “los plazos previstos en el artículo precedente no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme” (art. 2 de la Ley 24 390 –texto según Ley 25 430, BO: 1/6/2001–). Por medio de esta ley se permiten hoy en Argentina, legalmente aunque en forma irrazonable, prisiones preventivas sin límite temporal, cuando el plazo máximo establecido en el art. 1 de la Ley 24 390 se cumple habiéndose dictado sentencia de condena no firme.

A nivel nacional, entonces, este último aspecto requiere una necesaria corrección por la vía de una reforma legislativa para evitar que el terrible instituto de la prisión de presuntos inocentes se aplique en forma irrazonable y con autorización legal, por tiempo indefinido. Resulta imprescindible para remediar la actual situación de violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se produce, en este tema, en el ámbito nacional.

En Neuquén se puso en funcionamiento una ley procesal penal que fija un límite temporal máximo de la prisión preventiva de un año (art. 119 del CPP) y de un año y medio para delitos complejos (art. 224, inc. 1 del CPP).

Los arts. 119 y 224, inc. 1 del CPP de Neuquén se aplican tanto para las causas que se abran a partir de su entrada en vigencia como, también, para los casos en trámite al momento en que comenzaron a regir.

En verdad, ello es propio de la norma general que manda a aplicar irretroactivamente la ley penal (para el futuro), tanto en su aspecto material como procesal. Es lo que establece el art. 22 del CPP de Neuquén (“Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo”) y no la excepción establecida en el art. 8 (“Siempre se aplicará la ley procesal penal más benigna para el imputado”).

Esto es así porque las causas que comenzaron a tramitarse antes de la entrada en vigencia de tales disposiciones legales y que no terminaron allí, sino que siguen su trámite luego de la entrada en vigor, son, en ver-

dad, causas actuales y no anteriores a los nuevos arts. 119 y 224, inc. 1 del CPP de Neuquén, al menos ello es así en lo que respecta a los actos que no han concluido al empezar a regir la nueva ley y que, precisamente por ello, son actos actuales y no actos pasados.

Aplicar una nueva ley a situaciones actuales de procesos en trámite no implica hacer una aplicación retroactiva de esa ley, sino, por el contrario, constituye una aplicación para el futuro, para después de su entrada en vigencia. Para decirlo con palabras de Clariá Olmedo: “La regla de la irretroactividad significa que la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado” (Clariá Olmedo, 1984: 104).

Se trata de un supuesto de aplicación inmediata de la ley a situaciones existentes al momento de su vigencia. Estamos ante el principio general de la “aplicación inmediata de la ley procesal” penal a los actos no concluidos durante la vigencia de la ley anterior, del que hablan Cafferata Nores y Tarditti (2003: 51).

Para dar un ejemplo: si queremos aplicar una nueva ley para resolver el problema de la validez de un acto ya realizado bajo la vigencia de una ley anterior aplicaríamos una ley para el pasado (en forma retroactiva), mientras que si aplicamos una nueva ley a una situación existente luego de su entrada en vigencia aplicaríamos esa nueva ley en forma inmediata; es decir, para el futuro (en forma irretroactiva).

Una cosa es juzgar la validez de un reconocimiento en rueda de personas efectuado de conformidad con una ley procesal anterior y otra bien distinta es determinar la razonabilidad del plazo de una “prisión preventiva” que se está sufriendo hoy, aunque hubiera comenzado bajo la vigencia de una ley anterior. En este último caso, si aplicamos el art. 119 del CPP de Neuquén, según el cual la prisión durante el proceso no puede superar el plazo de un año, lo haríamos para adelante y no para atrás, ya que la “prisión preventiva” es única y se está cumpliendo en la actualidad. Por ello, si alguien, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén, ya lleva cumplido un año de prisión anticipada, entonces, por aplicación inmediata del art. 119 a una situación actual, resulta obligatorio disponer su libertad por cumplimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”. Esa es precisamente la valoración efectuada por la nueva ley sobre esta problemática, que debe aplicarse a las situaciones actuales. Adviértase que el art. 119 no establece que “la prisión preventiva no podrá durar más de un año más de lo que ya llevaba cumplido en prisión preventiva antes de la entrada en vigencia de esta ley”, sino que sólo dispone que “no podrá durar más de un

año”, agregando incluso que “vencido este plazo no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad”. Si estableciera lo primero o si se interpretara que lo dice (que no puede durar más de un año más del tiempo que ya lleva en “prisión preventiva”) sería una ley inconstitucional por irracional. Ello es así pues, por un lado, admitiría que más de un año de prisión anticipada es un plazo ilegítimo por irrazonable, pero, al mismo tiempo, afirmaría lo contrario, es decir la legitimidad de “prisiones preventivas” por más (e incluso mucho más) que el plazo máximo que establece. O un año es irrazonable o no lo es, pero no puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Por ejemplo, si alguien lleva tres años en “prisión preventiva”, no es legítimo sostener que todavía podría corresponderle un año más, es decir un total de cuatro años, mientras que si una causa análoga comenzara luego de la vigencia del nuevo Código no podría estar en esa condición (de inocente preso) ni siquiera por un año y un día. Habría, en esa posible interpretación amplia de la ley procesal, una importante dosis de irracionalidad y desigualdad ante la ley, que la tornarían repugnante y violatoria de la norma fundamental.

Esta aplicación inmediata de la ley procesal, en materia de prisión durante el proceso, ha sido consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en un caso contra nuestro país, en el cual se consideró aplicable, para establecer el plazo legal máximo de la “prisión preventiva”, la Ley 24 390 –vigente a partir de 1994–, a pesar de que se trataba de una ley que entró en vigor cuando el señor Bayarri se encontraba en prisión durante el proceso desde hacía mucho tiempo atrás.¹⁴

14. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL

MÁS BENIGNA (TANTO EN SU ASPECTO SUSTANCIAL COMO PROCESAL)

Un problema distinto al referido es el de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (tanto en su aspecto sustancial como procesal) a hechos concluidos ya bajo la vigencia de una ley procesal penal anterior.

Ello podría plantearse porque el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén contiene, en este aspecto, normas más benignas que las que regían, ya que antes, para el encarcelamiento de presuntos inocentes, en general el tratamiento era más riguroso. Por ejemplo: la ley anterior pretendía en ciertos casos obligar al órgano judicial a imponer el encarcelamiento durante el proceso, mientras que hoy es sólo una potestad excepcional

14 Corte IDH, caso “Bayarri c. Argentina”, cit., párrs. 71-74.

de los jueces (que pueden imponer si se cumplen una serie de condiciones); ahora no se permite ninguna prisión sin condena que no haya sido pedida expresamente por la parte acusadora, pues se ha reconocido que los jueces deben conservar la imparcialidad necesaria para aplicar la ley ante cualquier controversia; se eliminó la posibilidad de imponer prisiones “cautelares” por tiempo indeterminado o sin plazo expresamente fijado, por entenderse la gravedad del fenómeno de los presos sin condena como un supuesto de violación a Derechos Humanos; antes no se prohibía la “prisión preventiva” cuando era posible la condena condicional, a diferencia del texto actual, que no la admite en ningún caso, pues se ha comprendido la ilegitimidad de encarcelar cuando es posible que no deba imponerse encarcelamiento efectivo alguno ni siquiera en caso de condena; antes no existía un plazo máximo previsto en la ley, mientras que ahora nunca puede ser mayor a un año, cumpliendo con una de las tantas exigencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exige a los Estados Parte del Sistema Interamericano el respeto al derecho a la libertad personal contemplado en el art. 7.5 de la CADH; antes había menos recursos contra las decisiones que imponían prisiones anticipadas, añadiéndose otros debido a la gravedad del fenómeno punitivo del encierro carcelario anticipado y de sus efectos irreparables; en el Código anterior los acusadores tenían los mismos medios de impugnación que el imputado para lograr el encierro de este último cuando su pretensión no había tenido acogida judicial favorable, mientras ahora tienen menos recursos que el imputado, reconociéndose que este, encerrado en una cárcel, es la parte más indefensa en el proceso penal; a diferencia de antes, ahora esta pena anticipada puede revisarse periódicamente y en audiencia oral, advirtiéndose que sus presupuestos deben verificarse en forma permanente y que deben cesar cuando desaparezcan, como lo exige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, etc.

A nuestro entender esas normas más benignas deben aplicarse directamente y en forma inmediata a todas las “prisiones preventivas” existentes al momento de su entrada en vigor, con independencia de cuándo fue su momento inicial, pues –como se dijo antes– la “prisión preventiva” que se está cumpliendo al iniciar la vigencia de una nueva ley es un sola y actual. No se trata de dos “prisiones preventivas” (una la cumplida antes del comienzo de vigencia de la nueva ley y otra la que se cumple a partir de ese momento), sino de una sola, comprensiva de todo el tiempo de privación carcelaria de la libertad personal. Desde que empieza a regir una nueva ley, entonces, las prisiones anticipadas deben ajustarse a su normativa, a menos, claro está, que la nueva regulación fuera más severa.

Como lo expresa un importante documento del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es obvio que, entre otros puntos,

la amplitud del derecho a la excarcelación o libertad provisoria [...] son aspectos que el legislador no puede recortar arbitrariamente con posterioridad al hecho, porque lesionan Derechos Humanos y, fundamentalmente, el derecho al proceso legal (Zaffaroni, 1986: 123).

También son más benignas las leyes que reducen los plazos de prescripción de la acción penal o de la pena (porque se reconoce que los procesos deben culminar antes, para no mantener a las personas imputadas de delito en indefinidas situaciones de incertidumbre lesivas de sus derechos fundamentales o, también, para no convertirlas en fugitivas de por vida). En estos últimos casos –como se dijo en relación con las normas reguladoras de la llamada “prisión preventiva”– se trata de la aplicación inmediata de las nuevas leyes procesales, pues ellas se aplican a procesos en curso al momento en que la nueva ley más benigna comienza a regir.

A diferencia de lo que acaba de apuntarse, es común caracterizar a la aplicación de una nueva ley a prisiones durante el proceso que se iniciaron antes de esa nueva legislación (pero que continúan después) como supuestos de aplicación retroactiva de la nueva ley.

Debe recordarse, en tal caso, que el principio de legalidad es una garantía del imputado que, como tal, limita el poder punitivo estatal, asegurándole que lo punible, tanto por razones sustanciales como procesales, sólo lo será en adelante, en razón de que la ley (tanto penal propiamente dicha como procesal penal) fija las reglas de juego a las que atenerse en el futuro. Si algo es punible a partir del dictado de una ley penal sustancial, lo será sólo de ahí en adelante. Si algo es punible en virtud de normas procesales, sólo lo será, también, para el futuro. Si algo no punible (por razones sustanciales o procesales) se transforma en punible en virtud de una ley posterior, sustancial o procesal, ella no puede ser aplicada para hechos anteriores a dicha ley.

Las normas penales, sustanciales o procesales no pueden ser aplicadas retroactivamente para afectar derechos de imputados o condenados por hechos anteriores a su entrada en vigencia.¹⁵

15 Me remito, en tal punto, a lo destacado en el documento del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Zaffaroni, 1986).

En cambio, distinta es la situación cuando la nueva ley penal, sustancial o procesal es más benigna, en razón de un cambio de valoración social sobre determinada cuestión. Por ejemplo, se despenaliza una conducta, porque ya no se comparte su caracterización como delito, se reduce la pena para un delito, porque se advierte que es suficiente con una pena menos rigurosa a la antes existente, o se establecen condiciones para la intimación o formulación de cargos al imputado o para acordar validez a su declaración en el proceso.

De todos modos, si cuando corresponda no se reconociera la retroactividad de la ley penal, de fondo o procesal, se estaría considerando a la legalidad penal como un principio a favor del Estado frente al individuo, desconociendo su carácter de garantía individual y su objetivo político de servirle de límite al poder punitivo estatal, tanto al poder de crear delitos y penas como al de perseguir penalmente a los sospechosos de haber cometido delito alguno.

Es así que la Constitución de la provincia de Neuquén dispone, en forma expresa, la retroactividad de la ley procesal penal más benigna.

Dice lo siguiente:

Debido proceso. Art. 63. Ningún habitante de la Provincia puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces preconstituídos por la ley antes del hecho de la causa. *Siempre se aplicará, aún por efecto retroactivo, la ley penal más favorable al imputado.*

Es decir, la norma fundamental de Neuquén consagra el principio de retroactividad de la ley más benigna, como garantía del debido proceso; es decir, como garantía procesal penal.

Nadie puede discutir que la provincia tiene competencia para dictar su ley suprema y, a través de ella, establecer garantías procesales que no pueden ser dejadas de lado por las leyes que se dicten en su consecuencia.

Ello, incluso, queda en claro en otra de sus cláusulas, dedicada a la “supremacía de la Constitución”. Allí se dice que “toda ley [...] u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales” (art. 16).

Nadie puede sostener que el art. 63 no se refiere a la ley procesal penal. En primer lugar, la Constitución de Neuquén se refiere a ella al establecer las garantías del “debido proceso”. Ese es, precisamente, el nombre del título que lleva esa norma. Y en segundo término, la disposición

constitucional coloca dichas garantías en cabeza del “imputado” (es decir de la persona sometida a proceso), en razón de que la provincia sólo tiene competencia penal en el aspecto procesal, en lo relativo al poder estatal de persecución penal, y no en cuestiones penales propiamente dichas. Por ello la Constitución de Neuquén puede ordenar, para actos del proceso realizados anteriormente, la aplicación de leyes posteriores que limiten el poder de persecución penal; del mismo modo que, respecto de leyes que reducen las penas, puede habilitar el recurso de revisión, para que pueda aplicarse el art. 2 del CP, que establece el principio de aplicación retroactiva de la ley penal, propiamente dicha, cuando ella es más benigna para el condenado.

La Constitución provincial manda a aplicar la ley penal más benigna, en su aspecto procesal, siempre. Esto no admite excepción alguna, “siempre” quiere decir en todos los casos.

Además, la ley suprema provincial aclara que la ley penal más favorable al imputado, particularmente la de índole procesal penal, se aplicará “aun por efecto retroactivo”.

La Constitución de Neuquén, entonces, trató en concreto esta cuestión, poniendo un límite a los legisladores (al poder constituido) que ellos no pueden desconocer, pues en caso de hacerlo los jueces tienen el deber de declarar su inconstitucionalidad, aun de oficio (art. 16 de la CN).

De acuerdo con esta restricción constitucional, son contrarias a la norma suprema todas las leyes, ordenanzas, decretos u órdenes que, desconociendo su manda, prohíban aplicar retroactivamente leyes penales (en su aspecto procesal) que sean más beneficiosas para el imputado. Ello surge del juego de los citados arts. 16 y 63 de la Constitución de Neuquén. Lo mismo sucede con cualquier ley que procure impedir la aplicación inmediata de una ley procesal penal más benigna a procesos en curso o a ciertos actos que continúan realizándose después de comenzada la vigencia de dicha ley.

A favor de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal más benigna se expiden, también, Zaffaroni, Alagia y Slokar. Ellos aclaran que

a) Un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una *no pena*, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal cuando no se puede amenazar con algo que no se puede realizar. Todo esto sea dicho, sin perjuicio de observar que la coerción procesal es punitiva y la negación de este

carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia. b) El otro argumento es exegético e histórico: cuando el art. 18 de la CN dice *juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*, no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002: 123).

Por caminos diferentes, llegan a la misma conclusión José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, al sostener que

las medidas de coerción, por expresas disposiciones constitucionales, son irretroactivas (art. 7.2 de la CADH; art. 9.1 del PIDCP) [...] Desde que se trata de normas garantizadoras establecidas a favor de los imputados, ellas impiden la retroactividad de las regulaciones más gravosas de la privación de libertad cautelar, pero, desde luego, no cancelan la retroactividad de las modificaciones más beneficiosas (Cafferata Nores y Tarditti, s.f.: 59).

Es también el caso de Alberto M. Binder, para quien

la organización legal del proceso debe ser, también, anterior al hecho que motiva ese proceso. Tan anterior como la tipificación de los delitos por los cuales ese proceso se inicia. Existe una relación paralela entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso [...] el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal penal [...] *este principio de la irretroactividad de la ley penal cuando afecta el sentido político-criminal garantizador del proceso penal tiene excepciones* [...] otra excepción [...] es la que impone la retroactividad de la ley procesal más favorable. [...] Si en la Constitución nacional el proceso penal está presentado, fundamentalmente, como un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder penal del Estado, toda ley que fortalezca esta opción tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador [...] no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal. Una

y otra constituyen mecanismos para evitar que la imposición de la pena se realice de un modo arbitrario. Ambas concluyen en la idea de que tanto lo que constituye un delito como el modo de comprobación de la existencia de ese delito y de aplicación de la pena, tienen que haber sido previstos con anterioridad al hecho que motiva la sanción para que el ciudadano tenga claro no sólo lo que debe y no debe hacer, sino también cuál va a ser el camino por el que será sancionado, cuáles son sus derechos y obligaciones durante el proceso, cuáles serán las limitaciones del juez, cuáles sus garantías (Binder, 2009: 134-139).

También se expide de modo análogo Daniel R. Pastor, quien sostiene que

las normas sustantivas y las procesales no son, en más de un aspecto, diferenciables con rigor, exactitud y calidad [...] hay [...] razones jurídicas que hablan en favor de tal asimilación, puesto que no es honestamente imaginable [...] una puja leal (art. 18 de la CN) cuyas reglas de juego no estén fijadas de antemano con toda precisión y respeto, sobre todo en beneficio de las personas, cuyo Estado y no ellas, está obligado a ser leal para no desprenderse a sí mismo. [...] Por ello, todas las reglas del procedimiento deberían ser tratadas bajo la consideración del principio de legalidad material: mandato de certeza, irretroactividad –salvo la del precepto más favorable– [...] si la aplicación de la ley penal sustantiva está sometida a determinados límites en beneficio de la dignidad de las personas, entonces la ley penal procesal y muy especialmente los preceptos sobre prisión preventiva también deberían estarlo. [...] Y así como la duración prevista para la pena no puede ser extendida más allá de su límite legal máximo en virtud de una reforma *ex post factum*, tampoco la duración máxima legal de la prisión preventiva puede ser amplificadas de ese modo [...] la regulación legal del proceso previa al hecho, salvo el supuesto del régimen más favorable, es una condición básica ineludible de un enjuiciamiento penal [...] adecuado al sistema de los derechos fundamentales de las personas (Pastor, 2004: 82-87).

Esteban Righi ha dicho, en la misma línea de pensamiento, que

el principio de retroactividad de la ley más favorable comprende también a las normas procesales, como cuando un nuevo ordenamiento amplía las posibilidades de defensa, establece requisitos de procedibilidad antes no contemplados o permite una libertad bajo fianza de la que no gozaba el procesado [...] la norma (art. 2 del CP) debe regir respecto de cualquier ley penal más favorable al imputado, sea sustantiva o adjetiva [...] si *a posteriori* de cometido el hecho se adopta un régimen más favorable, ese cambio de concepción jurídica debe beneficiar al acusado. No se advierte fundamento para que la regla quede limitada a normas de derecho material exceptuando las de procedimiento, especialmente teniendo en cuenta que algunas, por afectar la libertad ambulatoria como las de excarcelación, pueden resultar más trascendentes que las de fondo [...] el principio también resulta aplicable a los supuestos en que una nueva ley reduce los plazos de prescripción sin que se pueda distinguir entre prescripción de la pena (art. 65 del CP) y de la acción penal (art. 62 del CP) (Righi, 2008: 85-86).

15. PLAZO RAZONABLE DEL PROCESO E INCONSTITUCIONALIDAD

DEL ART. 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JUSTICIA PENAL DE NEUQUÉN

En razón de que el vencimiento del plazo total del proceso produce como consecuencia la libertad automática del imputado, si es que no hubiera obtenido antes su libertad por otro motivo, resulta de interés dejar en claro que el plazo máximo del proceso es, en Neuquén, de tres años o, en asuntos complejos, de cuatro años. Es decir, ningún proceso puede durar, en su totalidad, más de tres o cuatro años, según sea el caso.

Por esta razón, resulta palmariamente inconstitucional el art. 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal n° 2891 (publicada el 3 de enero de 2004), que pretende prolongar el plazo total del proceso para las causas viejas, a diferencia de las nuevas, para las que sí se postula respetar los plazos máximos antes señalados.

Dice la Ley Orgánica:

Art. 56. *Aplicación del plazo total del proceso a causas iniciadas bajo el régimen de la Ley 1677.* Para las causas iniciadas bajo el régimen de la Ley 1677 que continúen su trámite bajo la modalidad del nuevo proceso previsto en la Ley 2784, los plazos totales comenzarán a computarse, íntegramente, desde la entrada en

vigencia de la nueva Ley. En los casos de causas elevadas a juicio o aquellos en los que la instrucción haya durado más de 3 años, tendrán un plazo de 2 años para su adecuación al nuevo proceso y finalización de los mismos.

Tal disposición legal procura impedir el efecto inmediato de la norma que establece los plazos máximos del proceso (no de la “prisión preventiva”) para las causas en trámite al momento de empezar a regir el nuevo Código.

Se refiere al plazo máximo de tres años del art. 87 del CPP (“Art. 87. *Duración máxima.* Todo procedimiento tendrá una duración máxima de 3 años improrrogables”) o al lapso de cuatro años del art. 224, inc. 1 del CPP, referido al “procedimiento para asuntos complejos” (“Art. 224. *Plazos.* Una vez autorizado este procedimiento, producirá los siguientes efectos. 1. [...] la duración total del proceso será de 4 años improrrogables”).

A pesar de que el art. 56 no se refiere al plazo máximo de la “prisión preventiva”, sino al plazo máximo del proceso (por lo que no puede ser invocado para prolongar una “prisión preventiva” que supere el año), corresponde señalar su clara inconstitucionalidad.

Ello es así porque resulta irracional desconocer el plazo ya transcurrido del proceso y pretender comenzar a contarlo como si recién comenzara, contrariándose las cláusulas contenidas en los arts. 1 de la Constitución nacional y 1 de la Constitución de la provincia de Neuquén, que establecen la forma republicana de gobierno, uno de cuyos componentes esenciales es, precisamente, la racionalidad de los actos de gobierno.

Por otra parte, tal disposición resulta contraria al principio de igualdad ante la ley (arts. 16 de la CN y 22 de la Constitución de Neuquén), pues importa tratar más severamente a quien ha debido soportar largos plazos de incertidumbre, propio del sometimiento a juicio, que a quienes nunca lo debieron sufrir por tratarse de imputados de hechos posteriores a la entrada en vigencia de los arts. 87 y 224, inc. 1, que, por esa razón, nunca podrán estar sometidos a proceso penal por un tiempo mayor al establecido por las últimas normas citadas.

Por ejemplo: si el Estado prolongó la causa penal seguida contra una persona por siete años y, a partir de allí, comenzó a regir el nuevo Código Procesal (que establece el derecho a ser juzgados dentro del plazo de tres años o, para asuntos complejos, cuatro años), el art. 56 cuestionado pretende que esa misma persona y por la misma causa pueda ser sometida a proceso por un término total de diez años (o de nueve si es que las causas iniciadas bajo la ley anterior habían sido elevadas a juicio o si

habían durado más de tres años en “instrucción”). Es decir, dicha norma procura que, además de los siete años, pueda seguir sometida a proceso penal, encima de ello, por tres o dos años más, según el caso.

Es que los arts. 87 y 224, inc. 1 del CPP de Neuquén (que establecen plazos máximos del proceso) son reglamentarios del derecho de todo ser humano de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 de la CADH y, entre otros, art. 18 del CPP de Neuquén) y, como tales, consagran plazos fatales, cuyo vencimiento produce el efecto ineludible de la culminación definitiva del proceso por sobreseimiento.

Desde otro punto de vista, tal art. 56 resultaría contrario al texto del art. 63 de la Constitución de Neuquén, que obliga a los jueces a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en el aspecto procesal.

El art. 56 debe ser declarado inconstitucional (tanto a petición de parte como de oficio), pues ello es un deber judicial emanado del art. 16 de la Constitución de Neuquén, que consagra su supremacía sobre cualquier otra disposición normativa. Es esa una consecuencia del necesario y obligatorio control judicial difuso de constitucionalidad que caracteriza a nuestro régimen constitucional. Es que los jueces juran defender y aplicar el régimen constitucional en los casos en los que intervengan, sin que sea condición que nadie se los recuerde o requiera.

16. MAYORES RECURSOS AL IMPUTADO QUE AL ACUSADOR

a) El Código Procesal Penal de Neuquén regula los recursos contra las decisiones judiciales vinculadas a la prisión anticipada, tomando en cuenta la distinta situación en la que se encuentran el imputado y su defensa, por una parte, y quien aparece como probable víctima de un delito y los acusadores, por la otra. De este modo, proporciona mayores vías de impugnación al imputado y su defensa que a la contraparte.

b) Ello es así porque el imputado, pese a gozar de la presunción legal de inocencia, sufre la pena carcelaria antes de tiempo, encontrándose en la situación de mayor debilidad y vulnerabilidad imaginables. Se lo hace padecer el encierro carcelario que bien puede no merecer, ni haberlo merecido nunca. Es en este sentido que se ha dicho que, en el ámbito penal, la única víctima es el imputado (Pavarini, 2011). Se habla, claro, de víctima del poder penal y no de víctima de un delito, que es algo bien distinto.

Los acusadores, en cambio, son la parte fuerte en el proceso penal, pues tienen en sus manos el ejercicio del poder persecutorio, con toda

la violencia ínsita que ello implica para las personas sólo sometidas a juicio por ser meramente sospechosas de delito (para colmo, la mayoría pobres).

c) En rigor, la diferencia señalada en materia de recursos es general y no se restringe a la problemática de la prisión de no condenados.

d) En relación con este aspecto, me remito al trabajo “Recursos contra la prisión sin condena en el Código Procesal Penal de Neuquén”.¹⁶

CONCLUSIÓN

En suma y evocando al preámbulo de nuestra Constitución nacional: no es el poder de encarcelar presuntos inocentes una vía para “afianzar la justicia”, sino la sustanciación de juicios en todo caso menos lentos que, a los procesados, “aseguren los beneficios de la libertad”.

El Código Procesal Penal de Neuquén ha significado un adelanto en materia de libertad de la persona meramente sometida a proceso, no obstante lo cual mantiene el instituto de la prisión de presuntos inocentes (a diferencia de la Ley 2302 de Protección Integral de Niñez y Adolescencia de la misma Provincia de Neuquén, que no admite encierro carcelario alguno de niños sospechosos de haber cometido un delito, sino sólo un arresto no carcelario máximo de 30 días, al cual es prácticamente imposible llegar).

Dicho a la inversa: la provincia de Neuquén no acabó con el lesivo fenómeno de los presos sin condena, pero su nuevo Código establece un programa normativo que, si fuera bien aplicado, no permitiría que los meramente sospechosos de delito sean penados con cárcel antes de saberse si son culpables o inocentes o, al menos, lo admitiría en una medida francamente menor a lo que venía sucediendo.

En ese último sentido, el nuevo Código ha constituido, sin dudas, un buen avance.

16 Publicado en febrero de 2014 en el sitio del Poder Judicial de la provincia de Neuquén, <www.jusneuquen.gov.ar>.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Binder, A. M. (2009), *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad Hoc.
- Cafferata Nores, J. I. y A. Tarditti (s.f.), *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba*, con la colaboración de Gustavo A. Arocena, t. I, Mediterránea.
- Clariá Olmedo, J. A. (1984), *Derecho Procesal Penal*, t. I, Córdoba, Lerner.
- Llorente, J. A. (1998), *La inquisición*, Madrid, Alba.
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- Maier, J. B. J. (1996), *Derecho Procesal Penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Pastor, D. R. (2004), *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Pavarini, M. (2011), “La única víctima del derecho penal es el imputado”, *Página/12*, 26 de septiembre.
- Righi, E. (2008), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Zaffaroni, E. R. (coord.) (1986), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Buenos Aires, Depalma - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Zaffaroni, E. R., A. Alagia y A. Slokar (2002), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar.

PARTE III

**Sobre el servicio público de
administración de justicia: prácticas
y reformas legislativas pendientes**

10. Sobre el mito del juicio por jurados en la Constitución argentina*

Nicolás Omar Vargas

El Congreso promoverá en el plazo de tres años la legislación pertinente para el establecimiento del juicio por jurados. Pasado ese plazo todo juicio, excepto los de menor cuantía, será nulo si no es conducido ante un jurado.

CARLOS SANTIAGO NINO¹

Nuestros padres fundadores, [...] San Martín, Bolívar, Dorrego, Sucre, Belgrano, Monteagudo, el Deán Funes, se plantearon el objetivo de construir una Gran Nación Sudamericana con un Poder Judicial republicano, democrático, constitucional, y en manos del Pueblo.

ANDRÉS HARFUCH

A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA APP Y EL JUICIO POR JURADOS

La reforma del sistema de administración de justicia penal constituye una de las principales preocupaciones de la Asociación Pensamiento Penal (APP) y, en consecuencia, ha sido una de las áreas en las que ha trabajado en su primer década de vida. Dentro del amplio espectro de temas que abarca la reforma procesal penal, se ha puesto especial énfasis en el establecimiento del juicio por jurados, mandato

* El título de este trabajo se inspira en el utilizado por Jonh Langbeim (1992) en su trabajo "On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial".

¹ La cita corresponde al art. 24 del Proyecto de Constitución nacional que Carlos Santiago Nino elaboró con la colaboración de un grupo de jóvenes abogados en el Centro de Estudios Internacionales que dirigía. El texto del Proyecto de Constitución –que lamentablemente quedó inconcluso por la muerte de quien ha sido una de las figuras más destacadas del constitucionalismo argentino– puede consultarse en Nino (2013: 240-294).

constitucional hasta no hace mucho tiempo ignorado y que lentamente comienza a hacerse realidad.

De este modo se han desarrollado un sinnúmero de acciones a lo largo del país, que van desde la elaboración de una ley modelo de juicio por jurados, la intervención en los trámites parlamentarios de la elaboración de leyes de juicio por jurados mediante la presentación de dictámenes (Chaco y Río Negro) y la realización de simulacros de juicios por jurados en varios puntos del país, tales como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mendoza, Catamarca, La Pampa, Entre Ríos, Río Negro, Necochea y Lobería (provincia de Buenos Aires).

La experiencia recogida en los simulacros –que son realizados con vecinos del lugar y que se ofrecen de modo espontáneo a participar como jurados– ha demostrado que existe un gran interés en participar en la administración de justicia, ya sea por el gran número de personas inscriptas para participar como jurados, la gran asistencia por parte del público al simulacro y la posterior repercusión.

Desde la APP estamos convencidos de que resulta necesario que la participación en la justicia penal deje de ser sólo una posibilidad para los abogados y se abra a toda la ciudadanía. La instauración del juicio por jurados es, sin lugar a dudas, una forma de democratizar el Poder Judicial.

EL JUICIO POR JURADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Constitución nacional, sancionada en 1853, estableció en tres de sus artículos que el modelo de enjuiciamiento penal que iba a adoptar era el juicio por jurados.

El art. 24 dispone:

El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Mientras que el art. 75, inc. 12, establece que:

es obligación del Congreso nacional dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las

personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y *las que requiera el establecimiento del juicio por jurados* (el destacado me pertenece).

A su turno, el art. 118 prescribe:

Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Si nos hemos tomado el trabajo de transcribir la tríada de disposiciones constitucionales fue porque necesitamos dejar en claro que la voluntad del constituyente fue –siguiendo en parte al modelo constitucional norteamericano y a la Constitución Popular de Venezuela de 1817 (Hendler y Cavallero, 1988)– establecer la obligatoriedad del juicio por jurados para el enjuiciamiento de las causas criminales. De este modo, desde 1853 es el modelo de enjuiciamiento penal que debería regir en Argentina.² Y hablamos en potencial, porque si bien las disposiciones constitucionales no dejan dudas sobre la cuestión, el Congreso nacional no ha sancionado una ley que establezca el juicio por jurados, y sólo tres provincias –Córdoba,³ Neuquén⁴ y más recientemente Buenos Aires–⁵ han sancionado sus leyes de juicio por jurados; como así también otras

2 El único período en que la Constitución nacional no previó el juicio por jurados fue el comprendido entre 1949 y 1957, en el que estuvo vigente una Constitución que no contemplaba ese modelo de enjuiciamiento penal, que luego fue derogada por un gobierno de facto para volver a la de 1853.

3 Ley 9182.

4 Ley 2784.

5 Ley 14 453.

provincias se encuentran discutiendo reformas al procedimiento penal que contemplan el establecimiento de esta modalidad.⁶

La reciente sanción de la ley de juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires ha reavivado el debate en torno al establecimiento del instituto en el resto del país.

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ENJUICIAMIENTO PENAL

Los tres artículos de la Constitución nacional que refieren al juicio por jurados son claros y no dejan dudas con respecto al imperativo de su establecimiento para el enjuiciamiento de los casos criminales, lo que implica que los juicios en los que se dilucide la responsabilidad penal de un ciudadano o ciudadana deben ser juzgados por jurados, sin importar cuál sea el delito cometido (Anitua, 2010 y 2011). En esa misma línea existe jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según la cual cualquier delito con una pena mayor a seis meses debe ser juzgado por jurados. Sin perjuicio de la cita de autoridad, debemos ser cautelosos al utilizar citas de países como los Estados Unidos, cuyo sistema penal está en constante expansión desde hace tres décadas y es un fiel exponente de la selectividad y brutalidad. Además, tal como menciona Langbeim (1992: 199), el caudal de casos que llega a un juicio por jurados es mínimo en comparación con la cantidad de casos que juzga el sistema penal de ese país.

Volviendo al juicio por jurados en nuestro medio, entendemos que, además de una garantía del ciudadano que es sometido a juicio penal, es un derecho político de la ciudadanía, que a su vez funciona como un control sobre el Poder Judicial.

El tipo de jurado que la Constitución adoptó es el jurado popular, integrado totalmente por ciudadanos, en contraposición al jurado escabinado, que es en el que conviven jueces profesionales y ciudadanos.⁷

6 Sin ser exhaustivos, en el Chaco el Poder Ejecutivo remitió a la legislatura un proyecto de ley que establece el juicio por jurados. Por otro lado, en diciembre de 2013 Río Negro aprobó en general un nuevo ordenamiento procesal que contempla el juicio por jurados, del que resta aún su discusión y votación en particular.

7 Ello se explica porque el principal antecedente normativo de la Constitución nacional es la Constitución de los Estados Unidos de América, país donde se realizan juicios por jurados con jurados populares. Pese a ello, en Córdoba la

Por otra parte, y si bien la cuestión merece un mayor desarrollo por los planteos realizados por un sector de la doctrina, entendemos que es el Congreso nacional quien está facultado para dictar una ley de juicio por jurados para que rija tanto a nivel nacional como provincial, sin perjuicio de que las provincias pueden dictar sus propias legislaciones hasta tanto no exista la ley nacional, y una vez que exista deben adaptarla (APP, 2013). Ello se debe a que si bien cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen facultades para dictar su propia ley procesal penal, como consecuencia del sistema federal ello debe ser realizado respetando las pautas rectoras que la Constitución y el bloque de convencionalidad brindan al respecto (Jiménez, 2010). Y, además, porque legislar sobre juicio por jurados es una materia reservada al Estado nacional, sin perjuicio que las provincias puedan ir más allá de la regulación nacional, tal como sostiene Binder (2013). De este modo, si el establecimiento del juicio por jurados es obligación del Congreso nacional, este órgano puede dictar una ley que rija tanto en el orden nacional como en cada una de las provincias.

Los códigos procesales provinciales deben encuadrarse dentro del modelo acusatorio, previendo la publicidad del juicio, la autonomía de los ministerios públicos, la imparcialidad del juez, el juicio por jurados y la judicialización de la ejecución de la pena entre otras cuestiones.

En resumen, según nuestro modo de ver las cosas, el modelo de juicio por jurados que mejor se adapta a los requerimientos constitucionales es aquel en el que la culpabilidad del imputado se decide por unanimidad por un jurado íntegramente conformado por ciudadanos, que decide sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado, que permite una revisión en forma amplia el veredicto condenatorio, pero no el que absuelve (Sgro, 2007), y que realiza luego la determinación de la pena en una audiencia de cesura, en la que no intervienen los jurados porque es fijada por un juez técnico.

Así, el establecimiento del juicio por jurados:

disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alienación del poder, o sea la percepción corriente en los ciudadanos de democracias menguadas

Ley 9182 ha establecido un jurado escabinado, integrado por ocho jurados populares y tres jueces técnicos o profesionales. De estos tres jueces técnicos sólo dos tienen voto, mientras que el tercero sólo vota en caso de haber un empate.

de que el poder es algo ajeno a ellos. Consolida el sentido de responsabilidad en la ciudadanía, puesto que se adoptan actitudes muy diferentes frente a las normas legales cuando se sabe que cabe la posibilidad de que se las tenga que aplicar de ser llamado al sitio del jurado. Por otro lado, la existencia de jurados impide que el derecho se convierta en un instrumento esotérico que sólo puede ser interpretado por una especie de casta sacerdotal (Nino, 1992: 451).

También cumple un papel importantísimo frente a los abusos de poder, dada la descentralización que implica en el ejercicio del poder jurisdiccional,

[y] una vez que la institución está lo suficientemente arraigada en los hábitos ciudadanos, no es tan fácil para un régimen con vocación autoritaria hacer un uso arbitrario de la coacción estatal, saltando por encima de los jurados que pueden rehusar dar permiso para que el aparato estatal se ponga en marcha contra un individuo determinado (Nino, 1992: 452).

¿POR QUÉ NO SE ESTABLECIÓ EL JUICIO POR JURADOS EN ARGENTINA?

A casi ciento sesenta años de la sanción de la Constitución, resulta incomprensible que no se haya dictado una ley nacional que lo implemente, y que sólo tres provincias hayan sancionado leyes de juicio por jurados. Las explicaciones o argumentos para justificar esta incomprensible omisión oscilan entre la supuesta falta de preparación de la ciudadanía para participar en juicios criminales; la caída en desuetude de las prescripciones de la Constitución, o los costos de implementación.⁸

Todos estos argumentos deben descartarse de plano. Plantear que la ciudadanía no se encuentra capacitada o preparada para ser jurado es digno de un paternalismo y desprecio inaceptables. Las prescripciones constitucionales sobre juicio por jurados no han sido derogadas, y lejos

8 Algunos de estos argumentos han sido planteados recientemente por la ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carmen Argibay, en una conferencia. Véase <infojusnoticias.gov.ar/provinciales/argibay-no-es-momento-para-tener-un-juicio-por-jurados-515.html>.

de ello, la Convención Constituyente celebrada en 1994, que pudo haber suprimido esas cláusulas, las ratificó de modo implícito al dejar el texto inalterado. Relacionado con los supuestos costos del juicio por jurados, resulta obvio que encarar una reforma procesal trae aparejado costos, resistencias e inconvenientes. Pero es inaceptable que hayan transcurrido casi ¡ciento sesenta años! y no se lo haya establecido, cercenando el derecho de los ciudadanos y las ciudadanas a participar en la administración de justicia, vulnerando el derecho político de la ciudadanía de participar en la administración de justicia y una garantía de control popular sobre el Poder Judicial (Bovino, 2006).

Otro planteo que se ha realizado para evitar la implementación del juicio por jurados, planteado por un sector de la doctrina,⁹ se refiere a la imposibilidad de realizar una revisión de la sentencia dictada por los jurados, por la falta de motivación de las sentencias. Es oportuno tener presente que en nuestro sistema procesal nacional vigente, en el que los juicios son llevados adelante por jueces técnicos o profesionales, la revisión de las sentencias es más bien acotada, y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Casal,¹⁰ donde el voto de la mayoría, además de dejar en claro que el modelo constitucional de enjuiciamiento penal es el acusatorio público y con jurados, ha dicho que la revisión de la sentencia debe ser amplia, extremo que no ocurre en la actualidad, y que puede darse sin ningún inconveniente en un sistema procesal en el que se incorpore el juicio por jurados tal como se desprende del mencionado fallo.¹¹

Respecto de la fundamentación de la sentencia, Harfuch es quien mejor explica cómo la falta de motivación del veredicto no implica ausencia de fundamentación, porque se trata de un acto rodeado de recaudos y controles que no existen en el juicio con jueces profesionales, que esencialmente surgen del contenido de las instrucciones definitivas (Harfuch, 2013: 53). Criterio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en los precedentes “Taxquet c. Bélgica” y “Judge c. Reino Unido”.

9 Entre otros, por Eugenio Raúl Zaffaroni.

10 “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa ‘Casal, Matías Eugenio y otro s. robo simple en grado de tentativa’ –causa n° 1681–”.

11 Un ejemplo de que ello es posible se puede apreciar en la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de Canadá, en especial los casos *Yeves y Biniaris*, en los que se estableció la compatibilidad de la revisión amplia de la sentencia judicial con la realización de juicios por jurados.

Un último argumento que se esbozó para justificar que no se instaurara el juicio por jurados, y en parte es plausible para explicar la omisión del legislador,¹² radica en que el poder político amenazó en oportunidades con establecer el juicio por jurados para recortar poder a los jueces (Guariglia, 2011), razonamiento falaz, ya que los jueces siguen siendo quienes dirigen el proceso.

EL JUICIO POR JURADOS COMO OPORTUNIDAD PARA REFORMULAR LA POLÍTICA CRIMINAL

Hasta aquí hemos desarrollado que el juicio por jurados resulta ideal para afianzar el modelo de enjuiciamiento penal de corte contradictorio que establece la Constitución. Por otra parte, el hecho de que las causas criminales sean juzgadas mediante este modelo torna necesario que el sistema penal sea selectivo con los hechos que lleva a juicio. Necesariamente se debe reducir el caudal de conductas delictivas que es llevado a juicio, reservando esta instancia para los delitos realmente graves, debiendo proponer para el resto de los delitos soluciones alternativas al proceso penal que no impliquen la imposición de penas privativas de la libertad,¹³ y para el caso que estas soluciones alternativas fracasen, finalmente sí se llegue al juicio por jurados, cumpliendo con el principio del Estado de derecho que sostiene que el derecho penal debe aplicarse como última ratio. Este mecanismo es fundamental para no desnaturalizar el sentido de la garantía constitucional del juicio previo, toda vez que

12 Aunque parezca increíble, en la última década se han presentado proyectos de juicio por jurados de todo el arco político, e inclusive uno ha sido presentado por la entonces senadora, y actual presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner.

13 Un ejemplo de este tipo de medidas es la suspensión del juicio a prueba, dispuesta en el art. 76 bis del Código Penal. En cambio, un ejemplo negativo de salida alternativa a la realización del juicio penal es el instituto del juicio abreviado, regulado en el art. 431 bis del Código Procesal de la Nación, que establece que las partes podrán negociar la imposición de una pena a fin de evitar el juicio. Este instituto ha sido criticado porque cercena la garantía del juicio previo y porque, por otra parte, se sostiene que los acusados actúan coaccionados para llegar a un acuerdo frente a la amenaza que les impongan una pena mayor en el juicio, máxime cuando se encuentran detenidos cumpliendo una medida de coerción personal.

sólo en la instancia de un juicio penal dotado de todas las características de un proceso contradictorio es donde se puede imponer una pena.

Ninguna de las consecuencias de instaurar el juicio por jurados es irrelevante.

El establecimiento de un modelo de enjuiciamiento acusatorio, entendiendo por tal al que garantiza la separación entre quien lleva adelante el requerimiento y quien decide, plena vigencia de las garantías y derecho a la defensa, celebración del juicio en audiencia oral y pública, es una cuenta pendiente. El Código Procesal Penal de la Nación, sancionado en 1992 –que ha sido calificado de vetusto por un sector de la doctrina ni bien entró en vigencia (Pastor, 2004)– dividió al proceso en una etapa de instrucción escrita y otra de juicio oral, y además conserva rémoras claramente inquisitivas. Así, se confunden los roles de investigación con los decisorios, el tribunal de juicio puede condenar pese a que no exista solicitud de pena por el fiscal, o se incorpora por escrito prueba obtenida durante la instrucción, lo que desnaturaliza el carácter oral del proceso. Todos estos rasgos de la justicia penal obedecen a la influencia del sistema inquisitivo, heredado del derecho español, que da de bruces con la Constitución, cuya raíz es el constitucionalismo norteamericano.¹⁴

La limitación de los hechos que deben ser llevados a juicio torna necesario repensar los procesos de criminalización primaria, que desde el restablecimiento del Estado de derecho, en 1983, se han caracterizado por una expansión desmesurada del poder punitivo, propia del neopunitivismo o derecho penal de la posmodernidad (Niño, 2007), con la creación de tipos penales o el agravamiento de las penas, que se traduce en una profundización de la aplicación prácticamente exclusiva de los procesos de criminalización secundaria a los sectores más vulnerables, siendo la impunidad la regla para los delitos económicos y de corrupción, potenciado por la inexistencia de criterios de oportunidad reglados que ha generado que los operadores judiciales pongan su atención en los casos más sencillos, siendo otra de las reglas no escritas la imposición de la prisión preventiva durante el desarrollo del proceso.

Resulta necesario e imperativo que los poderes públicos arbitren los medios necesarios para establecer el juicio por jurados a fin de cumplir con la manda del constituyente que habilita la participación popular en la administración de justicia, como así también para comenzar a repensar la política criminal a fin de racionalizar y reducir el ejercicio del

14 Sobre esta cuestión, véase Saba (s.f.).

poder punitivo estatal. Desde ya, el juicio por jurados no implica una solución mágica a los problemas del sistema penal, pero puede ser una oportunidad para que esté más cerca del Estado de derecho y el respeto de las garantías, y sea menos violento e irracional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Anitua, Gabriel I. (2010), *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- (2011), “Constitución y política criminal”, en R. Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- APP (2013), Dictamen sobre la regulación del juicio por jurados en los proyectos de reforma al Código Procesal Penal de Río Negro, disponible en <new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/jurados_rio_negro.pdf>.
- Bovino, Alberto (2006), “Juicio por jurados y juicio abreviado”, *Revista Pensamiento Penal*, 29.
- Binder, Alberto M. (2013), *Derecho Procesal Penal*, t. I, *Hermenéutica del Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 204.
- Cavallero, Ricardo J. y Edmundo S. Hendler (1988), *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Guariglia, Fabricio (2011), “Juicio por jurados”, en R. Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Harfuch, Andrés (2013), *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, Ley provincial 14 543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 53.
- Jiménez, E. P. (2010), “Las potestades del Congreso de la Nación Argentina en materia de legislación común y especial”, en Daniel A. Sabsay y Pablo A. Manili, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi.

- Langbeim, John (1992), "On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, n° 1, Massachusets. [ed. cast.: "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados", trad. de Alberto Bovino y Christian Courtis, *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A: 45 y ss., Editores del Puerto.]
- Nino, Carlos S. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, pp. 451-452.
- (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Niño, Luis F. (2007), "El derecho penal de la posmodernidad", en M. L. Bohm y M. H. Gutiérrez (comps.), *Políticas de seguridad, peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Pastor, Daniel (2004), "El código Levene, ¿Nacerá viejo y caduco?", en *¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Saba, Roberto (s.f.), "Constituciones y Códigos: un matrimonio difícil", *Revista Pensamiento Penal*, 136, sección Doctrina.
- Sgro, Marcelo (2007), "La garantía de recurrir la sentencia y la pena en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en V. Abramovich, C. Courtis y A. Bovino (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

JURISPRUDENCIA

- CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa 'Casal, Matías Eugenio y otro s. robo simple en grado de tentativa' –causa n° 1681–".

11. La autonomía de la defensa pública como exigencia republicana en el derecho constitucional argentino

Diego Lucas Fernández

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre los diferentes modelos institucionales de organización de la defensa pública y los sistemas políticos en los que se asientan no han sido –a mi entender– estudiadas en todas sus implicancias.¹ Por supuesto que estas breves líneas no tienen por objeto profundizar los puntos de análisis que se pueden trazar entre la teoría republicana, la democracia y las formas en que las normas de un Estado regulan la organización de sus modelos de defensa oficial; sí pretenden exponer, someramente, algunos puntos de partida para justificar por qué la autonomía e independencia de la defensa pública no es una mera opción organizativa que las legislaturas locales pueden dejar de lado, sino una exigencia ineludible a la hora de aplicar la teoría republicana en el marco de la organización –en clave constitucional– de la administración de justicia.

La justificación antes esbozada es la razón por la que, desde la Asociación Pensamiento Penal (APP), hemos enarbolado la bandera de la autonomía de la defensa pública, pues estamos convencidos de que su separación institucional del órgano requirente (e incluso del jurisdiccional) es una de las tantas formas en las que se realizan los valores republicanos en la forma en que se organiza el sistema de justicia de todas y cada una de las provincias que conforman la organización del Estado federal.

¹ Sobre el tema puede consultarse el trabajo realizado por Diana Montero Montero (2008) para la Unidad de Supervisión y Capacitación de la Defensa Pública de Costa Rica. En cuanto a las relaciones entre los diversos modelos organizacionales de la defensa pública y su ubicación institucional, puede consultarse López Puleio (2002). Por último, no ya referido a la defensa pública sino a todo el sistema penal, puede leerse Paulino Mora Mora (2005).

DEFENSA PÚBLICA, DEMOCRACIA Y SISTEMA REPUBLICANO

Como punto de partida, señalamos que para que la democracia sea una verdadera manifestación de ejercicio de poder republicano no sólo debe asegurarse la vigencia irrestricta de los principios de legalidad e igualdad ante la ley, publicidad de los actos de gobierno y periodicidad de cargos electivos, sino que debe reglamentarse, en su máxima expresión, el sistema de frenos, límites y contrapesos que regula las relaciones entre cada uno de los poderes del Estado y, sobre todo, en la forma en que cada uno de esos poderes organiza el funcionamiento de los órganos e instituciones que lo integran. Es decir, la teoría republicana no sólo exige que cada poder de Estado controle y a su vez sea controlado, sino que en su propia conformación interna organice sus instituciones a partir del postulado del no autocontrol.

En la Constitución, el sistema republicano se expresa en tres niveles de interrelación:

1. la clásica división tripartita entre poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial;
2. las relaciones y límites que existen entre el poder central o federal y los poderes locales o provinciales (limitaciones en el ejercicio de los poderes constituidos con respecto al poder constituyente); y
3. la exigencia de que cada poder del Estado, tanto en el orden federal como local, se organice de manera de asegurar el adecuado cumplimiento de las funciones legales y constitucionales asignadas y el máximo contralor entre los diversos órganos que lo integran.

En el caso del Poder Judicial, la teoría republicana exige que los órganos que lo conforman (poder requirente, jurisdiccional y de resistencia a la acusación o de defensa) se organicen de manera independiente, de tal forma que ninguno pueda operar con extralimitación respecto de las funciones del otro, para lo que es necesario que cuenten con la posibilidad y tengan la capacidad de controlarse mutuamente, a fin de evitar cualquier desviación o abuso en el ejercicio de su función.

El sistema de frenos y contrapesos exige, además de la concurrencia de controles recíprocos entre las funciones de acusar, defender y juzgar, equilibrio y paridad en el diseño institucional de cada una de las instituciones encargadas de llevar adelante la política pública que regula dichas funciones.

Si el eje central de cualquier modelo de organización judicial es la mejor realización de los derechos ciudadanos, resulta evidente que las funciones contrapuestas de acusar y defender que tienen los Ministerios Públicos jamás pueden confluir en una misma dirección, funcional y técnica, pues la división de las funciones constituye una exigencia constitucional que asegura un adecuado control republicano a lo interno del Ministerio Público y respecto del ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En palabras de Maximiliano Rusconi: “El sistema de división del ejercicio del poder, con su modelo de frenos y contrapesos y la vigencia del paradigma del ‘no autocontrol’ no son imperativos constitucionales que sólo tienen vigencia en la lógica de control ‘inter poderes’”. Desde el seno mismo del Ministerio Público y sus cometidos funcionales contrapuestos, este modelo de control republicano exige la división estricta entre las funciones persecutorias y defensivas (control “intra poder”), de manera que las primeras no interfieran sobre las segundas o, mejor dicho, que la política persecutoria del Estado no termine por cercenar a la institución que tiene por misión esencial la defensa de los derechos de los ciudadanos. Pero, además, su separación funcional asegura un mejor “control inter partes” y una mejor calidad, equilibrio y efectividad en la administración de justicia.

Separar al Ministerio Público de la Defensa de su par requirente y dotarlo de autonomía funcional y autarquía financiera para el cumplimiento de su cometido constitucional deja de ser una mera opción de organización legislativa y se transforma en una exigencia republicana, porque la forma en que un Estado organiza las instituciones encargadas de intervenir en la administración de justicia debe, necesariamente, estar en consonancia con el sistema político que sustenta.

Un esquema de organización judicial que coloque a la defensa pública en una posición de independencia respecto de su par requirente y adversario procesal es el único compatible con un ejercicio republicano de la administración de justicia.

Si bien por imperio del art. 5 de la Constitución nacional las provincias han reservado para sí (no han delegado al poder central) la organización de su administración de justicia, ello nunca puede ser entendido como una concesión del sistema republicano; muy por el contrario, el art. 5 constituye, junto al art. 31, una expresión del principio de supremacía del derecho federal (segundo nivel de expresión de la teoría republicana), pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del

denominado bloque de constitucionalidad federal y a los principios que aquella norma impone.²

Las provincias no pueden organizar las instituciones judiciales como les plazca, sino que el art. 5 limita el ámbito de su poder no delegado al debido respeto a los principios del sistema republicano. Incluso, la misma letra del art. 5 refiere expresamente que las constituciones provinciales que se dicten y la regulación de su administración de justicia debe ser hecha en consonancia con el sistema republicano y de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional.

La reforma Constitucional federal de 1994 vino a profundizar la exigencia republicana de separación de funciones en el sistema de justicia al resolver, en el art. 120, la ubicación institucional del Ministerio Público³ como un órgano extrapoder –de conformación bicéfala– que se desempeña en relación al Poder Judicial y que comprende tanto al Ministerio Público Fiscal como al Ministerio Público de la Defensa.

De una interpretación sistemática de los arts. 1, 5, 31 y 120 de la Constitución, puede deducirse con meridiana claridad que las notas de independencia y autarquía del Ministerio Público respecto de la tríada clásica de poderes, y su conformación bifronte a partir de dos órdenes institucionales, también independientes (Ministerio Público Fiscal y de la Defensa), constituye la mejor forma de realizar el ideal republicano que han tenido en miras los constituyentes.

Con ello no estamos afirmando que las constituciones provinciales en las que los Ministerios Públicos (en su doble conformación requirente y defensiva) se encuentran incluidos dentro de los capítulos referidos a la regulación del Poder Judicial, o que integran el Poder Judicial por definición legal infraconstitucional, contrarían el principio de supremacía de la Constitución Federal, sino que la *mínima* exigencia republicana en materia de derecho de organización judicial provincial estaría dada por el grado de autonomía y autarquía financiera de ambos Ministerios Públicos, la que debería permitir la definición y ejecución de una política propia, independientemente de cuál sea la respuesta a su ubicación institucional.

En lo referente a la Defensa Pública (o Ministerio Público de la Defensa) es contrario al ideal republicano su dependencia jerárquica y fun-

² Véase, por todos, Gelli (2004: 42).

³ Para una mayor ilustración de los debates de la Convención Nacional Constituyente, puede consultarse el informe del convencional Masnatta (34ª reunión, 3ª Sesión Ordinaria del 19/8/1994, p. 4671).

cional, no ya del Poder Judicial, sino de su oponente procesal; esto es de quien tiene a su cargo la organización y ejecución de la política persecutoria estatal a través del cuerpo de fiscales. De aceptarse esa dependencia se jaquea al sistema de frenos y contrapesos en el contralor y equilibrio de uno de los mayores poderes que reserva el Estado en nuestras modernas democracias: el ejercicio de facultades persecutorias.

La única forma de llevar adelante un proceso penal que respete los principios que consolidan el Estado de derecho es asegurar la plena vigencia del principio de contradicción, según el cual el valor de verdad de cualquier decisión judicial debe asentarse en la posibilidad igualitaria que han de tener los contendientes procesales de refutar y confutar sus afirmaciones. La única forma de asegurar esta garantía de contradicción es colocar a la institución “Defensa Pública” en pie de igualdad frente a quien tiene a su cargo el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

Corresponde aclarar que para cumplir lo antedicho no alcanza con que los códigos procesales acuñen normas que resguarden la bilateralidad de los procesos, o que regulen de manera adecuada el principio de contradicción procesal, pues la inequidad de partes no es sólo una cuestión que se define normativamente, sino que se expresa en la posibilidad de que la institución “defensa pública” pueda construir una política de gestión propia, que le permita definir objetivos institucionales propios y ejecutar políticas de acceso a la justicia con absoluta libertad. Puede afirmarse, como bien lo expresa Zaffaroni, que

el indicador del grado de realización del Estado de derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el poder de la defensoría pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan. Allí donde la defensoría pública es poco menos que una oficina virtual, donde abogados recargados con una misión de imposible cumplimiento se esfuerzan por tratar de hacer lo que pueden, olvidados por quienes prefieren disputar el poder y el presupuesto para otras agencias siempre más poderosas y mejor conceptuadas por una comunicación que explota y fomenta la venganza, desgraciadamente el Estado de derecho será muy débil, si es que no ha sido reemplazado directamente por el poder arbitrario del estado policial. El Estado de derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública –que se ocupa de los menos poderosos o de los

directamente desapoderados— tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva (Zaffaroni, s.f.: 20).

La medida de la independencia va a ser expresada en términos de autarquía financiera, pues para el adecuado cumplimiento de su función de órgano de contralor y equilibrio republicano sobre la ejecución de políticas de persecución estatal ha de requerir la capacidad de autogestión financiera, sin interferencias ni presiones externas.

LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL Y SU COMPROMISO CON LA INDEPENDENCIA DE LA DEFENSA PÚBLICA

LA DEFENSA PÚBLICA EN LA PAMPA

En La Pampa, si bien se había creado la figura del defensor general, la defensa pública carecía de independencia, pues se hallaba subordinada a la dirección funcional y financiera de la Procuración General, pese a que no existía ninguna norma constitucional que expresamente lo sostuviera. Esta situación motivó que, desde la APP, se impulsara una reforma al derecho de organización judicial que permitiese lograr una mejor calidad institucional del sistema de justicia provincial.

En abril de 2010, la APP entregó al presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia de la Cámara de Diputados de La Pampa, Mariano A. Fernández, un dictamen técnico de adhesión formal al proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público que había tomado estado parlamentario bajo el n° 309/09 y que diseñaba un marco legislativo propio para los dos Ministerios Públicos, por fuera de la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tras un análisis del texto⁴ de la iniciativa legislativa, se concluyó que

4 Participaron en el estudio del articulado del proyecto y en la elaboración del primer dictamen técnico José Raúl Heredia, ex presidente del STJ de Chubut; Oscar Pandolfi, abogado de práctica libre y profesor de las cátedras de Derecho Procesal I, Práctica Forense y Derecho Penal de la Universidad Nacional del Comahue; Graciela Cortázar, defensora general en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional del Sur y miembro de la APP, y quien escribe estas líneas.

el proyecto analizado contenía una adecuada regulación de las misiones, funciones y estructura del Ministerio Público Fiscal, mas se recomendó fortalecer los mecanismos legislativos que tendiesen a asegurar mayores niveles de independencia del Ministerio Público de la Defensa, cuyo titular tenía previsión constitucional.

Se señaló también que

La omisión constitucional de regular la denominación y requisitos para la designación del cargo del titular del Ministerio Público de la Defensa no podía ser la razón para pensar en una institución que se situase por debajo de la Procuración General, sino en pie de igualdad, siendo irrelevante que su titular no tuviese idénticos requisitos para su designación o que los mismos tuvieran basamento legal mas no previsión constitucional.

Posteriormente, en mayo de 2012, tras mantener una serie de reuniones con el defensor general de La Pampa, Eduardo Aguirre, y con representantes de la legislatura provincial, se emitió un segundo dictamen,⁵ esta vez referido a un nuevo proyecto de reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de La Pampa (Ley 2574)⁶ que introducía normas que otorgaban autonomía funcional al Ministerio Público de la Defensa.

En dicho dictamen se hizo una defensa de la constitucionalidad de la iniciativa legal y se afirmó que

tras estudiar el texto del proyecto [...] no encontramos ninguna objeción de carácter constitucional, sino que, por el contrario, la separación de funciones en el marco de un proceso de partes es una exigencia constitucional para una administración de justicia más democrática.

5 El texto completo del dictamen se puede consultar en <www.pensamiento-penal.org.ar/dictamen-de-app-en-favor-de-la-autonomia-de-la-defensa-en-la-provincia-de-la-pampa/dictamen-tecnico-la-pampa-julio-12-1>.

6 Ley Orgánica del Poder Judicial de La Pampa (Ley 2574, sancionada el 27/8/2010 –fe de erratas BO 2907 del 27/8/2010–), con las modificaciones introducidas por leyes 2615 (BO 2945), 2634 (BO 2967), 2636 (BO 2967) y 2637 (BO 2967).

Se recordó que el art. 88 de la Constitución se refería en plural a “los titulares de los Ministerios Públicos”, en clara alusión al reconocimiento constitucional de dos órdenes funcionales distintos y se destacó la prudencia de la Carta Política Provincial en no definir ninguna forma de sujeción que comprometiera su independencia y carácter técnico, lo que reserva la definición de su organización funcional al posterior dictado de una ley reglamentaria que regule el funcionamiento y modo de actuación de ambos ministerios (art. 95 del texto constitucional).

En punto a las objeciones formuladas a la supuesta dependencia funcional de la Defensa Pública a la órbita del procurador general, se aclaró expresamente que cuando el art. 90 del texto constitucional hace referencia a que la representación del Ministerio Público ante el Superior Tribunal de Justicia será ejercida por el procurador general, no está haciendo una opción constitucional de subordinación organizativa de los defensores públicos respecto del órgano persecutor, sino que simplemente regula la facultad del procurador de dictaminar en todos los casos que llegen a la instancia del Superior Tribunal de Justicia.

El proyecto de ley que brindaba mayor autonomía a la defensa pública pampeana recibió la adhesión de Eugenio Raúl Zaffaroni, quién expresó que la iniciativa legislativa

se funda en la necesidad de autonomizar la defensa con base al espíritu acusatorio del proceso, garantizado constitucionalmente. La independencia técnica no es suficiente para hacerlo, pues lo cierto es que existe una sujeción administrativa común respecto de un órgano con intereses contrapuestos. El principio acusatorio está lesionado cuando la defensa y la acusación dependen del mismo órgano con facultades disciplinarias.⁷

En la actualidad, el proyecto legislativo continúa en trámite parlamentario y aguardamos que sus disposiciones se cristalicen en normas de derecho positivo.

⁷ Se puede consultar la edición digital en <diariodelapampa.com>, del 13/6/2012.

LA DEFENSA PÚBLICA EN EL CHACO

Los defensores públicos del Chaco ni siquiera contaban con la figura de un defensor general, consejo de defensores o cualquier órgano de dirección ejecutiva que pueda definir la política pública en materia de defensa de derechos ciudadanos. La defensa pública era vista como un apéndice menor en el ámbito de la Procuración General y no contaba con autonomía funcional, y menos aún con autarquía financiera para el cumplimiento de su cometido constitucional.

Desde la APP se relevaron varios anteproyectos legislativos que habían sido presentados en la Legislatura local y se mantuvieron reuniones con defensores públicos y autoridades de los tres poderes del Estado provincial.⁸ Se señaló que la profundización de los postulados del modelo acusatorio en la forma en que se administra la justicia penal requiere un nuevo diseño del derecho de organización judicial que necesariamente debe contemplar la definitiva separación técnica, funcional y financiera de la defensa pública respecto de su par acusador.

El 4 de julio de 2013, la APP emitió un dictamen⁹ referido a la necesidad de avanzar hacia la autonomía de la defensa pública en el Chaco, y replicó algunas de las presuntas objeciones de carácter constitucional.

Con relación a la supuesta colisión entre la pretensión de reformar las estructuras judiciales chaqueñas en lo atinente a la defensa pública y el texto de su constitución política, se señaló que

una interpretación dinámica y sistemática del art. 156 del texto de la Constitución Política chaqueña con relación a la norma de interpretación contenida en su Preámbulo y el articulado de su parte dogmática, como así también con relación al alcance de las declaraciones, derechos, garantías y principios que emanan de nuestra Constitución nacional y de las normas Convencionales que se integran en el llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal” impiden considerar que la supuesta facultad de “instar la actuación de los defensores” a la que alude el texto de

8 Debe destacarse el compromiso y activa participación de la defensora pública de Resistencia, Lorena Padován, y de Sandra Saidman, jueza de Faltas de Barranqueras y miembro de la Mesa Ejecutiva de la Asociación Pensamiento Penal, en las reuniones con diferentes sectores políticos y judiciales del Chaco.

9 El texto completo del dictamen se puede consultar en <www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/07/dictamen-técnico-chaco.pdf>.

la Carta Magna provincial en el artículo citado, pudiera ser entendido como un avance de la función requirente por sobre la necesidad de consolidar una política institucional propia para el ejercicio del derecho de defensa de los ciudadanos, pues en todo caso, dicha norma aludía a la existencia de una superintendencia residual que jamás podría comprometer el carácter eminentemente técnico de la independencia del defensor, tal como la última parte del mismo art. 156 culmina por aclarar. Es decir que el límite para dicha facultad de superintendencia se encontraba en el mismo texto constitucional.

El 13 de noviembre de 2013 la Cámara de Diputados del Chaco aprobó la Ley 7321, que modificó la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 4396) y creó la figura del defensor general y el defensor general adjunto bajo la órbita del nuevo Ministerio Público de la Defensa. La norma establece la división del Ministerio Público y la creación del Ministerio Público de la Defensa, el que estará integrado por el defensor general, defensor general adjunto, los defensores penales, defensores de ejecución penal, defensores de faltas, los defensores de pobres, incapaces y ausentes, los asesores de menores de edad y los defensores barriales.

LA DEFENSA PÚBLICA EN MENDOZA

La situación de la defensa pública en Mendoza no difiere, en lo sustancial, de los casos anteriormente citados. Desde la APP se resolvió acompañar un proyecto de reforma a la Ley 8008 de Ministerio Público, que contemplaba dotar a la defensa pública de mayores niveles de independencia respecto de la jefatura de los fiscales.

En el dictamen presentado se señaló que la decisión legislativa de colocar al procurador general en la cúspide jerárquica de los dos Ministerios Públicos no era una cuestión que venía definida y resuelta por el constituyente, sino una opción sostenida solamente en la normativa infraconstitucional local.¹⁰ Es decir que no se advertían vallas u obstáculos para una regulación legal distinta a la sostenida en el esquema de organización institucional previsto para el Ministerio Público.

¹⁰ El texto originario de la Ley 8008 (Ley Orgánica del Ministerio Público) define en su art. 2 que el procurador general es el superior jerárquico de los funcionarios y magistrados que desempeñan sus funciones en el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar.

En el dictamen presentado¹¹ se destacó que no existen obstáculos en el texto de la Constitución política provincial para reglar, en un cuerpo legislativo independiente, la misión y funciones institucionales de la Defensa Pública a nivel provincial. Incluso se enfatizó que había sido el propio constituyente quien señaló que la regla de garantía de acceso a la defensa, como condición de acceso a la justicia –esto es la libre defensa en causa propia (autodefensa) y libre representación (defensa procesal por asistente técnico)–, debía quedar regulada por una ley independiente, razón por la que resultaba razonable que la defensa procesal asumida por órganos estatales pudiera ser reglada en un cuerpo normativo propio.¹²

LAS DECISIONES DE BLOQUES DE PAÍSES Y ORGANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN FAVOR DE LA INDEPENDENCIA DE LA DEFENSA PÚBLICA

La independencia de los defensores públicos respecto del poder referente a cargo del Ministerio Público Fiscal ha sido también una preocupación de la Organización de Estados Americanos. En la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”, aprobada durante el 41º período de Sesiones Ordinarias de la Asamblea General de la OEA reunida entre el 5 y 7 de junio de 2011 en San Salvador (República de El Salvador) por los treinta y cinco Estados miembro, por unanimidad se sostuvo que la Defensa Pública Oficial es una herramienta eficaz para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y expresamente afirmó:

Recomendar a los Estados miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.

11 El texto completo del dictamen puede consultarse en <www.pensamientopenal.org.ar/app-dictamino-en-favor-de-la-autonomia-de-la-defensa-publica-de-mendoza/dictamen-tecnico-autonomia-defensa-mendoza>.

12 Argumento que surge de la lectura del art. 147 de la Constitución política provincial.

Esta recomendación de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha sido reiterada en otras dos oportunidades: al año siguiente, en el 42° Período Ordinario de Sesiones de la OEA, realizado en Cochabamba (Bolivia), el 5 de junio de 2012, con el dictado de la Resolución AG/RES. 2714 (XLII-O/12); y en el transcurso de 2013, en el 43° Período Ordinario de Sesiones de la OEA, realizado en Antigua (Guatemala), del 4 al 6 de junio de 2013 AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), oportunidad en la que se solicitó al Consejo Permanente la realización de una segunda sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA sobre el intercambio de buenas prácticas y experiencias generadas a partir de la implementación de las Resoluciones AG/RES 2656 (XLI-O/11) y AG/RES. 2714 (XLII-O/12), en el primer trimestre de 2014, con la presencia de los Estados miembro y sus respectivas instituciones públicas oficiales de asistencia jurídica, integrantes de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), expertos del sector académico y de la sociedad civil, así como de organizaciones internacionales.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 31 de marzo de 2010, sostuvo en las Observaciones Finales, respecto de Argentina, que el Estado parte

debe garantizar la independencia presupuestaria y funcional de la Defensa Pública respecto de otros órganos del Estado.

En el ámbito regional cabe citar la Recomendación 01/12 hecha por CMC del Mercosur en Mendoza el 29 de junio de 2012, en la que las representaciones estatales acordaron:

Promover y profundizar, de conformidad con los ordenamientos jurídicos internos, el modelo de defensa pública oficial gratuita e integral en los Estados Parte en el ámbito nacional, provincial, estadual o departamental, según corresponda, con órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera a los fines de fortalecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Estas decisiones de los bloques de países y organismos de protección internacional de los Derechos Humanos frente a la comunidad consti-

tuyen imperativos a seguir por las Legislaturas provinciales y permiten habilitar un camino de adecuación de su legislación interna a fin de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos de defensa de los ciudadanos y, especialmente, los más vulnerables, pues la defensa pública constituye una institución democrática que dinamiza el acceso a la justicia y se transforma en la voz de los que nadie escucha.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Gelli, María Angélica (2004), *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, 2ª ed. amp. y act., Buenos Aires, La Ley.
- López Puleio, María Fernanda (2002), “Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente”, *Revista Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, n° 5, Ediciones del Instituto.
- Montero Montero, Diana (2008), *Democracia y defensa pública*, Editorama.
- Paulino Mora Mora, Luis (2005), “Democracia y justicia penal”, en *Estudios sobre justicia Penal (homenaje al profesor Julio B.J. Maier)*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Zaffaroni, Eugenio R. (s.f.), “Las ideas básicas en la relación defensa pública-Estado de derecho”, *Revista Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, año V, n° 5, Ediciones del Instituto.

12. La reforma del Consejo de la Magistratura

Carlos Reggiani

1. Uno de los principales objetivos de acción de la Asociación Pensamiento Penal (APP) es contribuir al mejoramiento en el funcionamiento del Poder Judicial, que debe orientarse hacia un modelo moderno y eficaz, para lo cual es preciso que las representaciones político-sectoriales que contribuyen al funcionamiento y delineación del sistema judicial confluyan, sin perjuicio de las diferencias, en una misma política de democratización.

Dentro de este universo, el mecanismo de reclutamiento de jueces es una preocupación técnico-política de la APP, ya que sus características determinarán la conformación y fisonomía del sistema en su conjunto.

2. El Consejo de la Magistratura como institución constitucional se introdujo para dejar de lado el sistema de designación político-partidario y discrecional de jueces, teniendo recepción inicialmente provincial,

las constituciones provinciales del Chaco (art. 173), Santiago del Estero (art. 166), San Luis (art. 197), Río Negro (art. 220), San Juan (art. 214), Formosa (art. 154) y Tierra del Fuego (art. 160) ya habían introducido la existencia de Consejos de la Magistratura (Bergalli, s.f.).

Más allá de las limitaciones constitucionales y/o legales que en las distintas jurisdicciones pudieran existir respecto de la constitución y funcionamiento de los Consejos de la Magistratura, la APP ha promovido la consolidación de elementos comunes a cualquier diseño legal que hacen a la democratización y modernización del Poder Judicial.

En particular, la APP valora como indispensable que este órgano:

- refuerce su independencia funcional dentro del sistema judicial y cuente con autarquía económica;

- promueva sistemas de selección de magistrados con bases objetivables;
- defina perfiles institucionales necesarios para los cargos a cubrir;
- transparente y publicite los procedimientos de evaluación,
- y fomente e incorpore la participación ciudadana.

3. El Consejo de la Magistratura debe tener independencia de funcionamiento y autarquía económica. Lo contrario implica compartir estructuras, funcionarios, fondos, con otras instituciones, lo que genera desvíos de poder y preeminencia de unos órganos sobre otros.

Es vital garantizar a sus miembros independencia en el ejercicio de sus funciones y competencias en forma desligada de la institución que representan, lo que limita la relación con ella a vehiculizar la representación técnico-sectorial.

A su vez, cuantas mayores representaciones sectoriales existan en el control del órgano, mucho mayor será la legitimidad de origen de los magistrados seleccionados.

Debe destacarse con especial énfasis que el Consejo de la Magistratura no es ni debe comportarse como un órgano asesor del Poder Ejecutivo, cuya tarea se limite sólo a seleccionar jueces para cubrir vacantes. Por el contrario, es el órgano que, además de ocuparse de elegir los mejores potenciales magistrados, lo asume como un medio de consagración de un Poder Judicial independiente, virtuoso y eficiente, lo que hace recomendable que entre sus funciones se encuentre, justamente, la de administrar y gobernar el Poder Judicial que delinea.

A modo de ejemplo, la Constitución nacional¹ pone a su cargo la selección de magistrados y la administración por Poder Judicial, adicionando las atribuciones esenciales.

1 “Art. 114. El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

Debe contar con personal clave (como las secretarías y demás áreas permanentes) con dedicación exclusiva a las tareas que demande el funcionamiento del órgano, y que las designaciones sean por concurso público, de antecedentes y oposición.

Asimismo, y como parte integradora de la idea general de independencia, el Consejo de la Magistratura debe elaborar su propio presupuesto y contar con una partida asignada especialmente para asegurar su funcionamiento.

4. En cuanto al procedimiento de designación de magistrados cabe destacar que se integra con un componente político y otro técnico. Del primero se ocupan los poderes Ejecutivo y Legislativo, del segundo el Consejo de la Magistratura, encargado de realizar el proceso de selección a partir de concurso público de antecedentes y oposición.

Para una administración de justicia moderna y eficaz, resulta clave contar con un proceso de selección de jueces transparente, objetivo e igualitario.

Es trascendental partir de una amplia y efectiva convocatoria pública y abierta, que debe ser comunicada a todas las circunscripciones judiciales existentes en cada jurisdicción, y garantizar el libre, abierto e igualitario acceso a los postulantes, evitando la eliminación de postulantes por cuestiones meramente formales e intrascendentes, privilegiándose la participación masiva, y castigando las actitudes contrarias a la ética profesional y la buena fe.

Bien fue destacado como *primordial* por José Cafferata Nores,² “*que los jueces ostenten condiciones humanas sobresalientes que garanticen su independencia de criterio y apego a la ley e idoneidad técnica*”, sin que ello implique, obviamente, ingresar al terreno de las valoraciones subjetivas (idoneidad ética, compromiso con valores fundamentales, etc.).

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.”

2 “Consejo de la Magistratura”, *La Ley*, Actualidad, 24/9/1996.

En el sentido que venimos señalando, debe existir una preocupación permanente adicional por lograr la facilitación –tendiente a la igualdad de oportunidad con los funcionarios judiciales– de acceso real y efectivo al Poder Judicial por parte de los abogados de la matrícula que ejercen la profesión en forma libre e independiente.

En efecto, existe normalmente una desventaja por la dinámica propia de la actividad profesional, con urgencias, mayor y menor demanda de labores, en cuanto a incorporar con cotidianeidad la asistencia a cursos académicos sostenidos en el tiempo. Adicionalmente, no pueden obviarse los mayores costos que implica estudiar en posgrado en muchas universidades ante la inexistencia de descuentos por la no pertenencia a cuerpos de magistrados.

Es preciso que el Poder Judicial –como cualquier otro poder del Estado– se enriquezca de las experiencias desarrolladas y las miradas realizadas “desde fuera” de él, incorporando abogados, lo que pluraliza su composición.

5. Siguiendo el mismo orden, el Consejo de la Magistratura, en forma previa a la organización de los concursos, debe definir perfiles técnico-institucionales de los magistrados requeridos para los cargos concursables. Debe establecer una correspondencia entre las necesidades del cargo en particular y las características del magistrado requerido en su virtud.

Estos perfiles, además de ser públicos, deben ser facilitados a cada postulante para que pueda conocer con precisión los requerimientos legales, las habilidades y destrezas que son necesarias para la tipología del cargo y función a ejercer.

En la tarea de elaboración y definición de perfiles, el Consejo debe recabar la opinión de los magistrados en actividad, universidades, asociaciones y colegios profesionales.

Los perfiles servirán para orientar el proceso de selección del cargo por el que concursa, elegir los temarios de examen, orientar los criterios de evaluación del jurado del concurso y evaluar la especialidad de los antecedentes en relación directa con el cargo.

6. La evaluación supone la valoración de antecedentes y pruebas de oposición, debiendo conservarse un equilibrio entre la incidencia que una y otra tienen en el resultado final.

En cuanto a la evaluación de los antecedentes académicos y profesionales de los postulantes deben ponderarse tanto los antecedentes en el

Poder Judicial de cualquier jurisdicción, cuanto los obtenidos en otros cargos públicos, la labor en organismos no gubernamentales vinculados al sistema judicial y en el ejercicio privado de la profesión de abogado, valorándose en especial la vinculación con las funciones y el perfil técnico-institucional requerido.

También, además de los títulos de doctorado y de posgrado obtenidos –de acuerdo con la calificación del organismo evaluador universitario y la relación de la materia con la competencia del cargo que se concursará– deben ponderarse los cursos realizados como parte de una carrera de doctorado, máster o especialización incompleta o en la que la tesis, tesina o trabajo final esté pendiente de aprobación, o que por cualquier otra causa no se hubiera expedido aún el título. Asimismo, computar la participación en carácter de conferencista, panelista o ponente en cursos y congresos de interés para la tarea que según el cargo concursable deberá desarrollar.

La evaluación de antecedentes finalmente debe valorar la actividad docente e investigación universitaria o equivalente, teniendo en cuenta la institución donde se desarrollaron las tareas, los cursos dictados, la naturaleza de las designaciones, la duración de su ejercicio y la relación de la materia con la competencia funcional del cargo a cubrir; las publicaciones científico jurídicas, teniendo en consideración la pertinencia, rigor científico y trascendencia de los temas tratados con relación a la concreta labor que demande la vacante del cargo a cubrir, y las becas, premios, menciones honoríficas y distinciones académicas obtenidas.

Con respecto a las pruebas de oposición, debe conformarse un jurado independiente y probo, con expertos surgidos del sorteo de candidatos propuestos por distintos sectores implicados en la temática: los colegios profesionales, las universidades, entre otros.

Estos expertos propuestos por distintos estamentos no necesariamente han de integrar la institución que representan, pudiendo ser convocados profesionales o académicos de reconocida trayectoria tanto a nivel nacional como provincial. Por supuesto, debe evitarse que los miembros del Consejo de la Magistratura puedan ser jurados.

7. Finalmente, en lo que respecta al proceso de selección y designación de magistrados, no pueden faltar –por tratarse de un poder del Estado– mecanismos de participación ciudadana en el control y formación del Poder Judicial; la intervención del pueblo como titular de la soberanía.

Tanto el proceso desarrollado cuanto el orden de mérito resultante de las evaluaciones de los aspirantes deben ser objeto de amplia difusión a

fin de que cualquier ciudadano, asociación o entidad pública o privada pueda expresar por escrito sus adhesiones o impugnaciones a los candidatos escogidos. Esta es una condición mínima que podría ser enriquecida con otras modalidades e instancias de participación ciudadana en etapas incluso anteriores, entendiéndose que el resultado será siempre la democratización del Poder Judicial.

8. Corresponde detenerse, al menos someramente, en el análisis no ya del fenómeno de la incorporación de nuevos magistrados, sino en la problemática relacionada con las remociones, atento la importancia que la materia tiene para la conformación y fisonomía del sistema judicial, y la participación que el órgano asume. El Consejo de la Magistratura de la Nación, por ejemplo, interviene activamente al respecto, es quien decide las aperturas de los procedimientos de remoción, ordena la suspensión de los magistrados y formula las acusaciones ante el jurado de enjuiciamiento que destituye al acusado, conforme lo dispone la Constitución nacional.³

Es menester mencionar que existen sobre el tópico dos cuestiones críticas; una, vinculada a los tipos disciplinarios y, la otra, a los derechos y garantías del acusado.

9. Es lamentablemente usual encontrar serios déficit de taxatividad en las normas que describen las conductas reprochables a los magistrados, se verifica la ausencia de descripciones normativas ajustadas a la realidad que desapruban y que, como consecuencia, se sanciona con remoción del cargo.

Así, se habilita la destitución –ni más, ni menos– a partir de expresiones como: *realización de actos de manifiesta arbitrariedad o los graves desórdenes de conductas personales*;⁴ *falta de independencia puesta de manifiesto por la*

3 “Art. 115. Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.”

4 Puede verse el art. 23 de la Ley 8450 de la provincia de La Rioja.

*observancia de influencias lesivas a la dignidad y autoridad de las funciones a su cargo;*⁵ *dejar de cumplir obligaciones que expresamente señalan las disposiciones pertinentes;*⁶ *inhabilidad física o psíquica que impida el ejercicio pleno de las funciones;*⁷ sólo por citar algunos ejemplos.

Estos defectos técnicos en las normas abren la puerta a la arbitrariedad, la tiranía de mayorías circunstanciales, y se traducen en una presión que, en definitiva, atenta contra la independencia.

En consecuencia, la legalidad y la seguridad jurídica indican que deben encararse procesos de revisión de los tipos disciplinarios a fin de precisar su redacción a la realidad que intentan abarcar.

10. Además, debe señalarse que no basta la alusión normativa al respeto del derecho de defensa y debido proceso para que se consagren de manera efectiva los derechos y garantías del acusado, sino que el proceso de remoción debe regular expresamente estos institutos fundamentales estableciendo el tratamiento que merece el acusado acorde con el principio de inocencia, las instancias de actuación efectiva, y la consideración fundada de las defensas que interponga.

11. A modo de colofón, entendemos que las reformas propuestas contribuirán a democratizar el Poder Judicial, adecuar el servicio de justicia a las necesidades reales, asegurar la mayor independencia de los magistrados y la mejor administración de justicia, todo ello, en provecho de la legitimación de los propios consejos de la magistratura, alejándose lo más posible de las críticas que Roberto Bergalli (s.f.) formuló respecto del –otrora– órgano en el ámbito nacional:

ha quedado aprisionado en las redes de un subsistema político [...] que pugna por lograr un control total de la jurisdicción. Si se atiende [...] a los escándalos en los que en los últimos tiempos se ven envueltos los magistrados judiciales –desde ministros de la Corte Suprema y jueces federales, hasta jueces provinciales–; a las relaciones entre personajes políticos y miembros de la judicatura; a las vinculaciones corruptas entre los últimos y empresarios de gran influencia en las esferas del poder; a los con-

5 Puede verse el art. 4 de la Ley 8199 de la provincia de Tucumán.

6 Puede verse el art. 12 de la Ley 4970 de la provincia de Mendoza.

7 Puede verse el art. 15 de la Ley 5848 de la provincia de Corrientes.

tactos que se atribuyen entre elementos que viven en el ámbito del crimen organizado con jueces y fiscales; etc. etc., no puede menos que ampliarse todavía más el circuito de conexiones con que en la República Argentina se nutre actualmente un proceso de influencias que cada día genera nuevas dependencias a la jurisdicción. Si no hubiera quedado claro que la cuestión judicial en Argentina es netamente una cuestión política (Zaffaroni 1994: 91-95) pues, para verificarlo ahora, bastará remitirse a los marcados lazos que unen al propio Presidente de la Nación y a su entorno más cercano con aquellos jueces y ministros de la Corte Suprema a quienes, en general, toca decidir sobre los asuntos que más afectan al poder que ejercen aquellos amigos empresarios que se benefician de la privatización de lo público [...],

y contrarrestando, con cada incorporación y remoción, el terreno de la impunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bergalli, Roberto (s.f.), "Sistema político y jurisdicción. ¿Para qué y por qué un Consejo de la Magistratura?", disponible en <www.pensamientopenal.com.ar/node/15744>.

13. El Poder Judicial frente al aborto y su incidencia en su legalización

Sandra Saidman

*Nicolás Omar Vargas**

INTRODUCCIÓN

La discusión sobre el aborto está presente en el debate público de un buen tiempo a esta parte y se da en dos dimensiones diferentes. De acuerdo con lo dispuesto por el Código Penal es punible la mujer que realiza su propio aborto como el tercero que lo realiza, salvo en aquellos casos en los que el embarazo provenga de un ataque contra la integridad sexual o cuando exista un riesgo para la salud de la mujer.¹ Es decir, que de acuerdo con la legislación vigente, la regla es la criminalización del aborto.

A partir de la infatigable lucha de grupos de activistas se discute sobre la legalización del aborto, reclamando su descriminalización como punto de partida. La despenalización implica que las mujeres cuenten con absoluta libertad para practicarse un aborto hasta determinada etapa de su embarazo sin necesidad de que exista una causa que lo justifique, postura que, creemos, es la que se debe adoptar, en función de que el ordenamiento jurídico debe proteger al embrión a partir de un determinado tiempo de gestación, más no desde su inicio, como así también se debe respetar plenamente el derecho de la mujer a decidir sobre su vida reproductiva y planificación familiar.

En este campo la actividad de los grupos pro aborto es más bien activa, ya que impulsan la discusión sobre el respeto del derecho a decidir por parte de las mujeres. Un ejemplo es la “Campana por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”, que además de nuclear a gran parte de las organizaciones que trabajan en la temática, recibe el apoyo o adhesión de miembros de varias fuerzas políticas.

* Los autores agradecen especialmente a Mariano Fernández Valle y a Noelia Matalone por las lecturas y aportes realizados que sin duda han enriquecido al texto. Desde ya, las omisiones y errores corren por cuenta nuestra.

1 Si bien el Código Penal utiliza la palabra “madre”, hemos preferido usar la palabra “mujer” por entender que el término se ajusta más a la perspectiva de género que buscamos imprimirle a este artículo.

Por otro lado, y en paralelo, existe una intensa discusión –que en gran medida se da en el ámbito del Poder Judicial, aunque también en menor medida en el seno de los poderes Legislativo y Ejecutivo– referida al alcance de las prescripciones del art. 86 del Código Penal que regula la realización de abortos no punibles (en lo sucesivo ANPS). Es útil recordar que la norma dispone en la parte relativa a la realización de abortos no punibles que:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La actuación de los grupos pro aborto es más bien reactiva, y se da para repeler las embestidas de grupos o actores que, a partir de una interpretación errada y perimida de la disposición mencionada, se oponen a la realización de ANPS amparados por la ley, intentan criminalizar el aborto realizado por la propia mujer violando la garantía contra la auto-incriminación, o plantean acciones tendientes a evitar que se cumpla y se reglamente el art. 86 del Código Penal.

Abordaremos ambos aspectos, dando cuenta de los puntos de contacto y diferencias que existen entre la discusión en torno a la legalización del aborto con la práctica de abortos no punibles. Para ello, analizaremos dos casos judiciales emblemáticos en los que intervino la Asociación Pensamiento Penal (APP), que reflejan gran parte de las discusiones que ocurren en el seno del Poder Judicial sobre la cuestión del aborto no punible, que también reflejan que esta discusión se da tanto en casos individuales como en la regulación de los abortos no punibles a partir de decretos de los poderes ejecutivos o ministerios de salud, ya sea provinciales o nacionales.

EL CASO “PORTAL DE BELÉN C. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA”

El 13 de abril de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso “F., A. L. s. medida autosatisfactiva”, como consecuencia

de un recurso extraordinario que había sido interpuesto por el Asesor Tutelar de Chubut contra la autorización que se había dado para la realización de un aborto no punible a una niña que había sido víctima de un delito contra su integridad sexual. Si bien el aborto ya se había realizado al momento de resolver el caso, la CSJN decidió igualmente expedirse, a fin de expresar su postura sobre el tema teniendo en cuenta que por una cuestión de tiempos es imposible que un caso llegue a su conocimiento antes de tornarse abstracto, lo que deja en claro cuáles son los requisitos para practicar un aborto no punible. Los ministros del Máximo Tribunal ratificaron la constitucionalidad de ciertas prácticas abortivas. En ese sentido, resulta ilustrativo el criterio sentado en el voto suscripto por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, de donde surgen las pautas que permiten sostener la constitucionalidad de los abortos no punibles del art. 86 del Código Penal, que pueden sintetizarse en las siguientes premisas:

- a) Que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de los abortos no punibles, sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. De este modo, se puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del art. 86, inc. 2 del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales habían entendido que sólo se aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera alguna discapacidad mental, criterio que llevaba a que la cuestión se judicializara a lo largo del país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la mujer.
- b) Que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, tienen que practicarlos requiriendo sólo la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación.
- c) Que los jueces y los operadores del sistema de salud tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que deben quedar exclusivamente reservadas a lo que decida la mujer.

Además, la Corte exhortó a las autoridades nacionales y provinciales competentes en la materia a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles.

A partir de ese fallo, las diferentes provincias comenzaron un proceso de adaptación de sus normas internas que avanzó con diferente intensidad (ADC, 2012 y 2013). En cuanto al Estado nacional, ya contaba con una guía de atención para casos de abortos no punibles en los hospitales nacionales, en línea con los estándares del fallo “F., A. L.”, aunque al tratarse de una guía resta (detalle no menor) darle el rango de resolución ministerial para asegurar su cumplimiento.

En Córdoba, el Ministerio de Salud aprobó en 2012 la Resolución 93/2012, “Guía para la atención de pacientes que soliciten practicas de abortos no punibles”, a fin de cumplir con la manda de la Corte Suprema. Ello motivó que la Asociación Civil Portal de Belén presentara una acción de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución 93/2012 y que, cautelarmente, se suspenda su ejecución, por interpretar que violentaba la protección que merece la vida humana, como así también cercenaba los derechos del niño por nacer.

El Juzgado de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la medida cautelar, otorgándola con relación a la regulación de los abortos que se practican a los embarazos ocasionados como consecuencia de una violación, y dictó una sentencia en la que declaró inconstitucional el protocolo referido a la suficiencia de la declaración jurada por parte de la víctima, siendo necesario, para el criterio del juez, que además se practique un examen interdisciplinario para determinar si el ataque contra la integridad sexual realmente ocurrió, por lo que exhortó a las autoridades provinciales para que establezcan un nuevo procedimiento que contemple dicha cuestión.

La asociación Católicas por el Derecho a Decidir, que participaba del expediente como tercero interesado, interpuso un recurso ante la Cámara de Apelaciones, instancia en la que la APP presentó un *amicus curiae* a fin de aportar argumentos tendientes a la resolución del caso por tratarse de una cuestión de interés público.

El aporte realizado por la APP se estructuró sobre la base de varios ejes:

- la interpretación constitucional del art. 86 del Código Penal,
- la inexigibilidad de denuncia en los casos de violación,
- la necesidad de establecer protocolos, y

- una mirada del tema del aborto desde una perspectiva integral, lo que implica abordarlo desde el punto de vista criminológico, socioeconómico, médico, sanitario, del servicio de justicia y desde la perspectiva de género.

Sobre la interpretación del art. 86 del Código Penal, desde la dogmática penal se han planteado dos posturas: la que llamaremos restrictiva, según la cual el aborto como consecuencia de una violación sólo se podía practicar a la mujer que era incapaz (Núñez, Creus y Buompadre, entre otros); mientras que la otra tesis –que en contraposición sería amplia– postulaba que el aborto se podía practicar en los casos de violación por un médico y con el consentimiento de la mujer.

La Corte adhirió a esta última tesis.

La exigibilidad de la denuncia en los casos de abortos no punibles como consecuencia de una violación ha despertado una serie de malentendidos que ha llevado a operadores judiciales a demandar la realización de una denuncia para practicar un aborto no punible, cuando bajo ningún supuesto ese requisito surge de la ley. Solicitar la denuncia implica violentar institucionalmente a las víctimas, además de revictimizarlas, implicando prácticas que pueden calificarse como de violencia institucional.

En cuanto a la necesidad de adoptar protocolos que regulen la práctica de ANPS resulta oportuno destacar que más allá de la exhortación que la CSJN hizo a la Nación y a las provincias para que lo hagan, una lectura de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la interpretación que han hecho de ellos los organismos encargados de su aplicación nos permite afirmar, sin hesitaciones, que se deben desarrollar mecanismos que permitan dar asistencia integral en el marco de una política de salud pública a las mujeres que se practiquen un aborto no punible.

Por último, un abordaje integral de la cuestión nos obliga a exponer algunas cifras que revelen el alcance de la cuestión. Según estimaciones de la OMS, en nuestro país se practican entre 460 000 y 600 000 abortos al año, de los cuales 80 000 derivan en complicaciones que traen aparejadas la hospitalización de las mujeres. Además, otras cien mujeres mueren por año a causa de abortos inseguros, lo que los convierte en la primera causa de mortalidad materna en nuestro país.

Finalmente, el 21 de mayo de 2013, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Córdoba declaró la inconstitucionalidad del protocolo referido a la regulación de los abortos no punibles en los casos de violación, sosteniendo que en los casos en los que se está frente a la práctica de un aborto existe un conflicto entre

dos personas, haciendo una lectura errónea de los tratados del derecho internacional de los derechos humanos, contraria a la realizada por la CSJN, argumentando que tanto la Constitución cordobesa como normas provinciales no permiten la práctica de abortos no punibles en esas condiciones, y sobre todo resaltó la falta de razonabilidad de la guía toda vez que la exigencia de una declaración jurada para practicar el aborto podría hacer proliferar “casos fabricados”, razonamiento que demuestra un absoluto desprecio por la situación de las mujeres víctimas de un ataque contra su integridad sexual, al poner en dudas su condición de víctima; argumento que además ha sido descartado explícitamente por la CSJN.

LA ACTITUD DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA DE SALUD ANTE LA REALIZACIÓN DE UN ABORTO: EL CASO DE LA TRABAJADORA SOCIAL

El caso que abordaremos ahora involucra la actitud que adoptan operadores del sistema de salud y del sistema judicial con relación a los casos de aborto en los que existe una evidente tensión entre la obligación de denunciar por parte de los funcionarios públicos, el secreto profesional, y la prohibición de autoincriminación. Una situación bastante habitual se produce cuando una mujer, que suele pertenecer al sector más vulnerable de la sociedad, se presenta en un hospital o centro de salud por complicaciones sufridas a partir de la realización de un aborto. Y así fueron los hechos en el caso que comentamos.

Una trabajadora social del Hospital Eduardo Oller de San Francisco Solano, partido de Quilmes, se presentó ante las autoridades de la comisaría seccional 4^a a fin de manifestar que había tomado conocimiento por medio de un médico de la guardia del Hospital del ingreso de un parto sin feto. A partir de esa información se realizó un allanamiento en la casa de la madre de la mujer que había ingresado al hospital (a quien llamaremos Natalia) dado que aún existía la posibilidad de hallar al bebe con vida, donde se secuestró un feto y la placenta. La defensora oficial interviniente, Karina Costas, solicitó se declare la nulidad de la denuncia y de las actuaciones realizadas por haberse violado la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación, toda vez que no puede utilizarse la información aportada por Natalia al momento de solicitar atención en un Hospital, ya que equivaldría a poner a la persona en la insostenible disyuntiva de tener que elegir entre atender su salud o permanecer fuera del alcance del sistema penal.

La APP se presentó como *amicus curiae* aportando una serie de argumentos que abarcaban el tratamiento por parte de la jurisprudencia de la prohibición de autoincriminarse y el alcance del secreto profesional.

En cuanto a la prohibición de autoincriminación, creemos que más allá de la actitud de algunos operadores judiciales, existe una tradición jurisprudencial iniciada con el plenario “Natividad Frías” de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, y continuada posteriormente con el precedente “Baldivezo” de la CSJN, que no deja lugar a dudas en torno a que no se puede aceptar que quien concurre a un centro de salud en busca de asistencia pueda ser inculcado por esa circunstancia.

Una cuestión que nos interesa desarrollar es la del secreto profesional, dado que por desconocimiento, o por realizar prácticas que se mantienen en el tiempo (pero son equivocadas) muchos profesionales que participan del sistema de salud entienden sus alcances de modo erróneo. Por ello debemos destacar que tanto el Código Internacional de Ética Médica, como el Código Argentino de Ética Médica disponen que los profesionales de la salud deben guardar secreto sobre su actividad con relación a sus pacientes. Además, el derecho internacional de los derechos humanos protege la intimidad de quienes son usuarios de servicios de salud. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “De la Cruz, Flores c. Perú”, sostuvo que aunque el médico tome conocimiento del origen ilícito de las lesiones no debe denunciarlo, en función de lo prescrito por el ya citado Código Internacional de Ética, la exhortación realizada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU para que los países adapten su legislación sobre secreto profesional, y porque existe un interés social en preservar la vida por sobre la persecución penal. Por otra parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal ha dicho en la causa n° 10 193, a partir de un voto del juez Slokar al que adhirieron sus colegas, que la violación del secreto profesional constituye una forma de violencia institucional y obstetricia contra las mujeres en los términos de la Ley 26 485 de protección integral a las mujeres.

Finalmente, el juez de garantías interviniente, Gabriel M. A. Vitale, declaró la nulidad de todo lo actuado por entender que se había violado la garantía constitucional que protege a los ciudadanos contra la autoincriminación.

EL PODER JUDICIAL Y LOS OPERADORES DEL SISTEMA DE SALUD COMO ESCOLLOS PARA LA REALIZACIÓN DE ABORTOS NO PUNIBLES

Los casos reseñados muestran los obstáculos o prejuicios que en diferentes niveles y en cabeza de algunos operadores, tanto del sistema judicial como de salud, existen en torno a la reglamentación de la práctica de abortos no punibles, a favor de la criminalización de abortos realizados violando garantías, que tienen como consecuencia el impedimento de acceder a un aborto no punible en condiciones dignas para las mujeres que viven en una determinada una comunidad, como sucedió en Córdoba, o intentar avanzar en procesos de criminalización de abortos practicados en situaciones de extrema vulnerabilidad, como ocurrió en Quilmes.

Es evidente que esos operadores judiciales no abogan por una extensión de la ciudadanía a partir de posturas que van a contramano del criterio que debe aplicarse en estos casos. Creemos que estos operadores aplican criterios dogmáticos a partir de una postura política, toda vez que entendemos a la dogmática jurídica como a una actividad conscientemente política (Bovino y Courtis, 2005).

Creemos que es imperativo superar dichos obstáculos, esencialmente porque se debe asegurar el pleno goce de derechos reproductivos de las mujeres, como así también porque de manera contraria se compromete la responsabilidad internacional de nuestro país.

En ese sentido, resulta auspiciosa la línea jurisprudencial inaugurada por la CSJN a partir del fallo “F., A. L.”, y posteriormente en el fallo “Pro Familia Asociación Civil”, donde se puso de resalto la responsabilidad de los operadores del sistema judicial que ponen obstáculos a la realización de abortos no punibles; como así también resultan importantes los posicionamientos institucionales que adopten las diferentes agencias que participan del sistema penal tendientes a garantizar el derecho de las mujeres a acceder a abortos no punibles.² Es fundamental que, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo y el Ministerio Público Fiscal, asuman el compromiso de generar pautas y protocolos de actuación tendientes a evitar la proliferación de este tipo de situaciones.

Existe una evidente tensión entre los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos sobre abortos no punibles y las

² La guía, que fue redactada en 2007 y actualizada en 2010, puede ser consultada en <www.msar.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>.

prácticas de algunos operadores judiciales y del sistema de salud, que además de resultar violatorias de derechos elementales de las mujeres que se encuentran en situación de practicarse un aborto no punible, distraen la atención sobre la cuestión de la legalización del aborto y ponen en la agenda pública cuestiones que ya han sido superadas y que no deberían ponerse en tela de juicio, y menos en el ámbito del litigio para cercenar derechos.

Además, en líneas generales preocupa la falta de formación y resistencias que los operadores judiciales poseen en lo relativo a los derechos de las mujeres y las diversidades sexuales en general. No sólo eso, en general percibimos desconocimientos, resistencias y falta de formación en los operadores judiciales en lo relativo a los derechos de las mujeres, con las garantías y protecciones que reconocen los instrumentos del derecho internacional; y no solamente vinculado con el derecho al aborto, sino con todas las problemáticas que afectan a las mujeres, que van desde violencia de género hasta acceso a prestaciones médicas, como puede ser la ligadura tubaria.

El origen de la situación descrita surge a partir de un obstáculo fundamental que es de naturaleza sociocultural, y tiene que ver con prácticas judiciales anquilosadas en el seno del Poder Judicial. Y también está relacionado con la presencia y participación de mujeres juezas en los poderes judiciales en todos los niveles y en todas las instancias del país; que si bien hasta no hace mucho era muy baja (Garrido, 1993), y aunque ha ido creciendo de manera sostenida, todavía existe la necesidad de contar con mayor representación de mujeres en los superiores tribunales de justicia de las provincias y en el resto de los estamentos judiciales.

LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN PERSPECTIVA A PARTIR DEL TRATAMIENTO DE LOS ANPS POR EL PODER JUDICIAL

El cuadro de situación planteado anteriormente hace que la discusión sobre la legalización del aborto se relegue y neutralice, y que el centro del debate público lo ocupe la cuestión del rendimiento del art. 86 del Código Penal en lo que hace a la regulación de los abortos no punibles, y deja entrever los mismos argumentos que se utilizan para oponerse a la práctica de abortos no punibles, y que, como hemos demostrado, no encuentran asidero en la ley. Así, deben descartarse de plano argumentos tales como: la supuesta protección absoluta de la persona desde la con-

cepción (tesis que sufrió un nuevo embate luego del fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que también ha sido criticada por Nino hace ya veinte años (Nino, 2013), o la existencia de obstáculos normativos para la práctica de abortos no punibles.

Los legisladores tienen en sus manos la posibilidad de tomar una decisión de política criminal que implique al menos despenalizar o en el mejor de los casos legalizar el aborto para que las mujeres puedan gozar plenamente de sus derechos reproductivos y sexuales en un marco normativo igualitario y quitar del sistema penal una cuestión que debe resolverse en el ámbito de la sanidad. Decisión que es demandada por muchos sectores.

Mientras no se produzca esta discusión, los legisladores están sosteniendo y reforzando una política criminal que persigue a mujeres que desean interrumpir sus embarazos, y en particular a las mujeres pertenecientes a los sectores empobrecidos de la población, pues las que cuentan con recursos económicos no sufren esta restricción impuesta por la ley. Esto nos permite afirmar que el tipo penal del aborto es uno de los que más descarnadamente ponen de manifiesto la selectividad del sistema penal. Esta decisión política del Estado refuerza también el accionar de los actores judiciales, de los jueces y de los fiscales, que a través de sus decisiones sostienen una política criminal que sólo capta a las mujeres vulnerables. Por otro lado, se debe tener presente a las casi cien mujeres (también pobres) que mueren por practicarse abortos en condiciones paupérrimas por no poder decidir sobre sus derechos reproductivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asociación por los Derechos Civiles (2012), *Aborto no punible, el fallo “F., A. L. s. medida autosatisfactiva”. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?*, Buenos Aires.
- (2013), *Abortos no punibles. Informe de la Asociación por los Derechos Civiles sobre la aplicación del fallo “F. A. L.” a un año de su dictado*, Buenos Aires.
- Bovino, Alberto y Christian Couthis (2001), “Por una dogmática conscientemente política”, en C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada, Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 183 y ss.

- Buompadre, Jorge E. (2000), *Derecho Penal, parte especial*, t. I, Corrientes, Mario A. Viera Editor, p. 83.
- Creus, Carlos (1990), *Derecho Penal, parte especial*, Buenos Aires, Astrea.
- Garrido, Manuel (1993), “Informe sobre Argentina”, en J. Correa Sutil (ed.), *Administración de Justicia y Políticas Judiciales en Argentina*, Santiago de Chile, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Nino, Carlos S. (2013), “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en *Una teoría de la justicia para la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 135 y ss.
- Nuñez, Ricardo C. (1986), *Manual de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, p. 37.

14. Acerca del consentimiento del Ministerio Público Fiscal en la suspensión del proceso penal a prueba

Edgardo Salatino

INTRODUCCIÓN

Expuse hace algún tiempo que el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba, como alternativa a la aplicación del poder punitivo estatal, no ha traído malos resultados ya que los imputados podían lograr un sobreseimiento y las víctimas una reparación al daño causado (Salatino y Di Lorenzo, 2007: 123), pero sí ha traído encendidos debates –algunos ricos y otros estériles– sobre sus diferentes aspectos, así como una diversidad de opiniones y jurisprudencia que, en ocasiones, ha interesado en las garantías constitucionales de las personas sometidas a proceso.

Algunas discusiones, a mi juicio, ya se encuentran superadas¹ al haber prevalecido una de las posturas y otras siguen tan encendidas como año, a lo que debemos sumar los nuevos problemas que van surgiendo, con sus consecuentes debates. Nada de ello es ilógico, por supuesto.

En este trabajo abordaré brevemente uno de los aspectos que todavía no encontró solución: la opinión del Ministerio Público Fiscal respecto de la admisibilidad de la suspensión del proceso penal a prueba o, mejor dicho, si su dictamen resulta vinculante para el juzgador, que debe expedirse en algún sentido. De no hacerlo, el acto carecería de validez.

Buena prueba de esto es el acuerdo plenario del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, dictado el 9 de septiembre de 2013.² Allí se resolvió por unanimidad que la anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en el art. 76 bis del Código Penal. No obstante, la posibilidad de excepción a esa regla

1 Tesis amplia y tesis restrictiva.

2 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, causa n° 52 274, caratulada “B., L. E y O., A. R. s. recurso de queja (art. 433 del CPP)”, y su acumulada, causa n° 52 462, caratulada “C., L. y B., A. M. s. recurso de queja (art. 433 del CPP)”.

prevista en el acuerdo y las voces que en doctrina y jurisprudencia se pronuncian en contra me convencen de que la cuestión no ha sido zanjada y, consecuentemente, merece mayor análisis.

Desde la Asociación Pensamiento Penal siempre nos hemos comprometido, de diversas maneras, con la disminución de la intensidad del poder punitivo estatal.

La aplicación de las alternativas no sancionatorias en lugar del *ius puniendi*, tal como la que aquí trato, ha sido una preocupación –y más aún, una ocupación– constante en las actividades de la asociación, lo que me lleva a escribir sobre la cuestión planteada al advertir que hay interpretaciones y decisiones que generan mayores posibilidades de producir un incremento de esa potestad.

LA NORMA Y LA OPOSICIÓN DEL FISCAL

Es claro que el art. 76 bis del Código Penal contiene tres supuestos (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2003: 971; Vitale, 2010: 68). El primero abarca los delitos reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda los tres años (primer párrafo del artículo). El segundo es el mismo supuesto, pero en caso de concurso de delitos (segundo párrafo). El tercero se refiere a delitos que permiten dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (cuarto párrafo).

Existen otras opiniones, opuestas a esta distinción. Así, en el plenario citado, el juez Mancini, quien en disidencia adhirió a la tesis restrictiva, consideró que el cuarto párrafo no consagra un caso separado, sino que agrega, a su tiempo, más condiciones a este, tal como el consentimiento del fiscal.

En sintonía, se sostiene que los párrafos del art. 76 bis del Código Penal se complementan y siempre se requiere contar con el consentimiento del fiscal (Ares y d'Empaire, 2013: 522).

Estimo que la norma consagra, en efecto, tres supuestos diferentes, y más adelante habré de fundamentarlo, pero lo que debe determinarse es si el consentimiento del fiscal es necesario para todos los supuestos o sólo para los del tercer grupo de delitos.

En el plenario mencionado se resolvió en el sentido de la primera hipótesis, sin perjuicio de dejar abierta una puerta a las excepciones. El juez Sal Llargués consideró que carece de sentido sostener que existan supuestos en que no interesa la opinión del acusador estatal, pues la

suspensión del proceso penal a prueba constituye una forma larvada de disponibilidad estatal de la acción penal en la que el fiscal resigna su intervención ante la clara evidencia de que esa solución es la mejor en aras de resolver el conflicto, mientras que si el efecto definitivo del instituto es la extinción de la acción, entonces el Estado titular de las acciones que pueden ser involucradas en el instituto, a la luz de la actividad de su representante, es elemento indisputable de la cuestión. A este voto adhirieron los jueces Ordoqui, Kohan, Violini, Carral, Borinski, Mahiques, Celesia y Piombo, más allá de determinados agregados en concurrencia, y de modo similar lo entienden Ares y d'Empaire (2013: 522), y antes Franichevich (2003: 43).

Me inclino hacia la postura contraria y estimo que la opinión negativa del fiscal sobre la admisibilidad de la suspensión del proceso penal a prueba es vinculante para el juzgador en los supuestos correspondientes al cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal siempre y cuando cumpla determinados requisitos. Analicemos la situación.

En primer lugar, no resulta válido el fundamento de que su intervención es imprescindible.

Es obvio que cuando se trata una cuestión relativa a la acción pública, su titular interviene y así lo establecen los arts. 6 del CPP y 71 del Código Penal, mas no por ello el tribunal habrá de verse conminado a resolver en todos y cada uno de los casos en el sentido del requerimiento del Ministerio Público Fiscal.

A modo de ejemplo, también es imprescindible la intervención del fiscal en un juicio oral y no es dable pensar que su alegato orientado a la condena sea vinculante para el tribunal. Ejemplo más extremo es el de la extinción de la acción penal pública por efecto de la prescripción que, dada su naturaleza jurídica y la razón de orden público que la fundamenta, autoriza la declaración, aun de oficio (CSJN, Fallos 186:396, entre muchos otros).

Entonces, es necesario y obligatorio que el fiscal dé su opinión pues se trata de un acto que así lo exige en el marco legal, pero no que esa opinión tenga indefectiblemente en todos los casos el efecto vinculante que pretende atribuírsele.

La suspensión del proceso penal a prueba no implica sólo la resignación por parte del fiscal del ejercicio de la acción pública, sino que se trata también de un derecho del imputado. Entre sus objetivos está evitar la imposición de una sanción y, en consecuencia, su estigmatización, así como también propender de algún modo a una internalización de pautas de conducta socialmente positivas, sin perjuicio de señalar que así lo

determina la propia norma analizada al comenzar estableciendo que es el imputado quien “podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba”, más allá de que este argumento tiene menor contundencia frente a los restantes. Volveré sobre esto.

En segundo lugar y en cuanto a que los párrafos primero y cuarto no revisten distinciones según algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina, la norma resulta clara en cuanto marca las diferencias entre los dos primeros párrafos y el cuarto, ya que para el primer grupo de casos “ha sido el legislador quien ha formulado el juicio de oportunidad y, al definirlo legalmente, no ha exigido el acuerdo del fiscal ni ha reconocido discreción al tribunal para aplicar el instituto” (Bovino, Lopardo y Rovatti, 2013: 299).

Si quedó claro que la intervención del fiscal es necesaria, cabe preguntarse por qué el legislador dejó asentado expresamente que resulta necesario el consentimiento para estos casos.

La respuesta surge de la ubicación del requisito en el cuarto párrafo y no en el primero y segundo de la norma, pues el consentimiento del fiscal sólo puede adquirir calidad vinculante cuando se trata del grupo de delitos contenidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal.

Denegar la suspensión del proceso penal a prueba cuando la cuestión ha de enmarcarse en el primer o segundo párrafo del art. 76 bis del Código Penal y no en su cuarto párrafo, por la sola razón de que el Ministerio Público Fiscal formuló oposición, implicaría agregar requisitos no previstos en la norma y resolver, en consecuencia, en perjuicio del inculpado, lo cual viola el principio de legalidad emanado del art. 18 de la Constitución nacional.

Al respecto, nuestro máximo tribunal ha dicho que limitar la aplicación del instituto solamente a los delitos cuya pena de prisión o reclusión no exceda de tres años “consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante” (CSJN, A. 2186 XLI, “Recurso de hecho Acosta, Alejandro Esteban s. infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23 737”, causa 28/0).

Zaffaroni, Alagia y Slokar aún van más allá al considerar que “este texto sólo puede entenderse en forma compatible con la Constitución, interpretando que el dictamen del fiscal es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa” (2003:973) y en la misma orientación se pronuncia Vitale (2010:261).

Este último adopta esta postura al considerar que, en lo que respecta a la intervención del Ministerio Público Fiscal en la decisión de suspender

un proceso a prueba, la ley penal requiere su dictamen favorable como condición de admisibilidad sólo para los casos previstos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, aunque aporta otros fundamentos al estimar que el motivo de tal reclamo se encuentra en la *mayor gravedad* que, en general, revisten los delitos comprendidos en el cuarto párrafo del artículo (2010: 257).

Agrega que si bien los delitos del cuarto párrafo deben permitir la condena condicional (y de allí su *menor gravedad* en relación con los que no la permiten), deben tener previsto en la ley, además de un *mínimo* de pena de prisión que no exceda de tres años, un *máximo* de pena privativa de la libertad que sí lo supere. Ese mayor máximo de pena previsto en la ley es, precisamente, lo que muestra la *mayor gravedad* (2010: 257).

Considero que esta tesis engloba la mayoría de los casos, pero no todos, por lo que debemos tomarla como un parámetro, aunque de intensa importancia.

Así, la declaración de reincidencia, por ejemplo, colisiona con esa hipótesis ya que un primario podría ser condenado a una pena de ejecución condicional en orden al delito de robo calificado por su comisión en lugar en poblado y en banda y un reincidente a una pena de cumplimiento efectivo en orden al delito de robo en su forma básica.

Ambos delitos exceden el límite del primer párrafo del art. 76 bis, pero la pena prevista en abstracto para el segundo de ellos es sensiblemente inferior que la que conmina al calificado.

La pena en abstracto, entonces, no indica más que una posibilidad de gravedad concreta del hecho (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2003: 972).

Ahora bien, otras razones abogan por la consideración de que el dictamen del fiscal no siempre resulta vinculante para el juzgador y surgen nada menos que de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el fallo “Acosta”, el máximo tribunal admitió el otorgamiento de la suspensión del proceso penal a prueba sin el consentimiento del fiscal y habilitó la tesis amplia por aplicación de los principios de interpretación del derecho penal, básicamente su vigencia de última ratio y los preceptos *pro homine* y *pro libertate* (Devoto, 2012: 1121).

En efecto, la corte destacó que

el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio

del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Luego de un repaso por la mayoría de las opiniones, considero que todas las posiciones orientadas a limitar el efecto vinculante de la opinión del fiscal a la suspensión del proceso penal a prueba se tratan de hipótesis planteadas en aras de reducir el poder punitivo o, mejor dicho, resolver el conflicto evitando una sanción y, al mismo tiempo, posibilitando una reparación a la víctima. Es decir, la aplicación de última ratio del derecho penal y del principio *pro homine*, lo cual convence de que la faceta más importante de la suspensión del proceso penal a prueba es la de ser un derecho del imputado y, como tal, su restricción debe limitarse al menor número de casos posibles.

Otra cuestión. Más allá de que siempre corresponde encuadrar la situación fáctica en los presupuestos de la ley, lo más importante aquí no es el encuadramiento en el primero o en el cuarto párrafo para determinar si la opinión del fiscal es o no vinculante, sino cuál es el contenido de esa oposición que, en suma, será el que le otorgue el efecto correspondiente. Analicemos ese aspecto.

CONTENIDO DE LA OPOSICIÓN

Demás está decir, por ser obvio, que la oposición debe ser fundada, pues es condición primaria para la validez de los dictámenes fiscales la exigencia de que ellos sean formulados de manera motivada (Báez, 2012: 646).

Esa exigencia está contenida, de forma similar, en la mayoría de los códigos procesales penales pero, en especial, deviene de la aplicación del principio de razonabilidad y del sistema republicano que implica que las decisiones estatales deben estar motivadas y fundadas (art. 28 de la CN).

Adhiero a la opinión de Devoto en cuanto a que, entonces, cabría concluir en que un dictamen denegatorio infundado, o sólo dotado de apariencia de tal, resulta inadmisibles a fin de vedar la aplicación de la institución (2012: 970).

La oposición del Ministerio Público Fiscal está sujeta al control de legalidad y razonabilidad del tribunal (arts. 1 y 33 de la CN) y es prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia en este sentido.

Debemos determinar, entonces, cuál debe ser el contenido de esa fundamentación de la opinión negativa.

Se ha dicho que:

si el delito es de los reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, tanto el fiscal como el juez deberán hacer un juicio de futuro: si concluyeran que en el caso la pena que terminaría aplicándose sería la de prisión y no la de reclusión, y que esa pena de prisión sería de cumplimiento en suspenso (art. 26 del Código Penal), podría aplicarse el instituto. Si, por el contrario, el juicio de futuro se inclinara hacia la pena de reclusión, obstaría a su aplicación.

Por lo demás, no existen, según creemos, delitos reprimidos sólo con pena de reclusión cuyo máximo no exceda de tres años (Tamini y Freeland López Lecube, 1994: 859).

El voto del juez Natiello en el plenario comentado aporta una visión más que interesante al considerar que el contenido de la fundamentación de la oposición del fiscal debe basarse en el de la condenación condicional, ya que el art. 76 bis del Código Penal remite al art. 26 cuando asocia la suspensión a aquella condenación condicional. Similares posturas sostuvieron anteriormente los jueces Magariños (TOC n° 23, causa 602, resuelta el 19/11/1998, citado por Bovino, Lopardo y Rovatti, 2013: 317) y Losada (TOPE n° 2, causa “Fariás”, citado por Devoto, 2012: 977). La decisión, entonces, debería fundarse

en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Esta posición aporta sobrados elementos al fiscal y al juez para poder fundar sus actos pero, al mismo tiempo, choca con el principio de inocencia, ya que tales circunstancias sólo pueden ser analizadas en el marco del juicio de culpabilidad, al que no corresponde ingresar si se elige la alternativa de la suspensión del proceso penal a prueba.

Si ya de por sí es cuestionable el análisis de la personalidad moral al momento de graduar la pena, por su evidente contradicción con el principio de culpabilidad por el hecho, más lo será cuando ni siquiera se formule ese juicio de culpabilidad.

No habrá fisuras en esta teoría cuando el tribunal se pronuncie por la admisibilidad de la suspensión del proceso penal a prueba. El problema surgirá cuando la resolución sea denegatoria en razón de rasgos negativos en la personalidad moral del imputado.

También podría verse afectada la garantía de imparcialidad si el tribunal debiera expedirse concretamente sobre la posibilidad de una condena –en el caso, de ejecución condicional– y luego continuar el proceso hasta su fin.

Otra postura –opuesta a esta– refiere que la materia sobre la cual debe versar el dictamen fiscal se reduce a los aspectos formales o extrínsecos del instituto, ya que mal podría la fiscalía oponerse al progreso de la suspensión de la persecución penal a prueba tomando en consideración las características del hecho si el órgano judicial se encuentra impedido de mensurarlo (Aued y Juliano, 2001: 44).

Es cierto que el tribunal no puede inmiscuirse en circunstancias como esas ya que de hacerlo incurriría sin más en un prejuizgamiento irregular, riesgo que existirá sistemáticamente en la mayoría de los procedimientos penales hasta que se establezca la intervención de jueces distintos para cada etapa procesal.

La mala e incompleta solución que a menudo se aplica en casos análogos es la de considerar las circunstancias del hecho contenidas en el requerimiento de elevación a juicio y que sobre ello deba basar el fiscal su opinión, con lo que el juez no habrá de valorar elementos probatorios que lo lleven a un prejuizgamiento al momento de apreciar la situación.

Recordemos que es función del tribunal controlar la legalidad del acto y, por consiguiente, la verificación de los requisitos legales para la procedencia de la suspensión del proceso penal a prueba, y si bien el fiscal podrá opinar sobre ellos, su negativa no podrá basarse exclusivamente allí, pues implicaría desconocer el valor de la decisión del tribunal sobre ese punto. Además, si ello constituyera el contenido de la oposición, habría de regir también para los supuestos de los párrafos primero y segundo, sin distinción alguna con el cuarto.

Así, si el fiscal considera que se dan los requisitos legales y el juez verifica lo contrario, la suspensión del juicio a prueba no habrá de prosperar.

He dejado para el final la posición que considero más acertada o con menos fisuras, referida a que la opinión del fiscal sobre el consentimiento debe tratarse de

un juicio de conveniencia y oportunidad político-criminal, en un caso concreto, acerca de la continuación o la suspensión de

la persecución penal. Este juicio no debe estar fundado en los mismos requisitos establecidos para la suspensión del procedimiento. Esos requisitos ya han sido objeto de un juicio de conveniencia y oportunidad por parte de legislador –que, por este motivo, los estableció como exigencias o presupuestos legales para la suspensión–, y la verificación efectiva de su existencia corresponde, en cada caso concreto, al tribunal (Bovino, Lopardo y Rovatti, 2013: 309).

Existe jurisprudencia que se expidió en el mismo sentido. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba *in re* “C. C. A. p.s.a. lesiones leves –recurso de casación–” (expte. “C”, 09/2013), resolución del 31 de mayo de 2013, entre muchos otros.

En sentido similar, aunque con un agregado al que ya me referí, se ha escrito que debe ser por razones de política criminal atinentes a la tarea persecutoria que le compete en resguardo de los intereses de la sociedad, al hecho imputado y a la personalidad de su presunto autor (Ares y d’Empaire, 2013: 522).

Considero que la postura correcta es la de estimar que la opinión del fiscal sobre la procedencia de la suspensión del proceso penal a prueba debe basarse, en efecto, en cuestiones de política criminal respecto de la continuación o la suspensión de la persecución penal en un caso determinado.

Si el fiscal no funda su oposición en esas razones y concurren los presupuestos legales, el tribunal podrá declarar admisible la suspensión del proceso penal a prueba, mientras que si funda su oposición en aquellas, su decisión no podrá ser controvertida por el tribunal, que tendrá que declarar inadmisibile la medida.

SÍNTESIS

La suspensión del proceso penal a prueba es un instituto complejo y la más importante de sus facetas es la de ser un derecho para el imputado, por lo que, aun con sus condicionamientos, debe tenderse ampliamente a su aplicación.

La opinión negativa del fiscal sobre su procedencia es vinculante para el juzgador en los supuestos contenidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal y, siempre y cuando, se funde en razones de política

criminal respecto de la continuación o la suspensión de la persecución penal en el caso concreto.

La decisión corresponde al tribunal, quien debe ejercer el control de legalidad y razonabilidad respecto de la opinión que formule el Ministerio Público Fiscal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ares, José L. y E. d'Empaire (2013), "Los procedimientos especiales", en P. J. Bertolino y A. J. Silvestrini (coords.), *Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Aued, Norberto R. y M. A. Juliano (2001), *La probation y otros institutos del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Baez, Julio C. (2012), "Acerca del Ministerio Público Fiscal y de la necesidad de fundamentar sus requerimientos", en M. Á. Almeyra (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, La Ley.
- Bovino, Alberto, M. Lopardo y P. Rovatti (2013), *Suspensión del procedimiento a prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Devoto, Eleonora A. (2012), "Los límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba", en M. Á. Almeyra (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, La Ley.
- Franichevich, Esteban L. (2003), *Probation. Soluciones prácticas*, Rosario, Juris.
- Salatino, Edgardo H. y J. E. di Lorenzo (2007), *El querellante particular y el particular damnificado (participación en el juicio abreviado y en la suspensión del proceso penal a prueba)*, Buenos Aires, Di Plácido Editor.
- Tamini, Adolfo L. y A. Freeland López Lecube, "La probation y la suspensión del juicio penal a prueba (comentarios a la Ley 24 316)", *LL*, 1994-D.

Vitale, Gustavo L. (2010), *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Zaffaroni, Eugenio R., A. Alagia y A. Slokar (2003), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.

PARTE IV

**Sobre el derecho penal
de los *sumergidos* (el derecho
contravencional)**

15. El derecho contravencional y los elefantes*

Adolfo Javier Christen

De acuerdo al diseño constitucional de la República Argentina, resulta que las provincias han delegado en la Nación el dictado del código penal (art. 75.12 de la CN).¹

Sin embargo, de modo uniforme, se ha entendido que el dictado de la ley contravencional quedaba reservado a sus respectivas jurisdicciones (art. 121 de la CN).² Otro argumento que sostiene la competencia local para el dictado de normas contravencionales es la forma de gobierno adoptada por la Constitución,³ que garantiza el régimen municipal.⁴

Como afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar:

si los argumentos que parten de la organización federal y de la garantía municipal no fuesen suficientes, no hay inconveniente alguno en admitir un derecho constitucional de raíz histórica o consuetudinaria, siempre que profundice el gobierno federal o los principios republicanos y no a la inversa: podría hablar-

* Para esta presentación se utilizó como base el “Informe sobre violaciones a los DDHH en la República Argentina por aplicación del derecho contravencional”, presentado por la Asociación Pensamiento Penal al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Se puede consultar en <www.pensamientopenal.com.ar/articulos/informe-app-al-alto-comisionado-naciones-unidas-para-derechos-humanos-sobre-violaciones>.

1 Art. 75: “Corresponde al Congreso: [...] 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social”.

2 Art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

3 Art. 1 de la Constitución: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución”.

4 Art. 5 de la Constitución: “Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”.

se de una suerte de derecho constitucional consuetudinario in bonam partem, y no lo contrario. De ello dan cuenta las legislaciones y el derecho público provincial en general, incluyendo las Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. Con ello se sienta la posición de que se trata de un derecho penal especial (2005: 178).⁵

Así, el derecho contravencional puede calificarse como derecho penal de baja intensidad aflictiva, pero derecho penal al fin; en tanto y en cuanto genera una reacción estatal de carácter punitivo frente a su infracción.

Sostener una diferencia cuantitativa entre los delitos y las contravenciones, teniendo en cuenta exclusivamente las penas, no deja de ser un dato relativo de la realidad, ya que existe una importante cantidad de delitos que contemplan sanciones inferiores a las de muchas contravenciones.

Sostener una diferencia cualitativa entre el delito y contravención (al considerar que los primeros sancionan la lesión o peligro al bien jurídico y los segundos castigan la infracción a los mandatos que contribuyen la convivencia social) puede acarrear consecuencias indeseadas, las que han sido perfectamente descriptas del siguiente modo:

El discurso penal tradicional contiene frecuentes elementos negativos que excluyen del derecho penal las ordenanzas municipales y las propias leyes provinciales contravencionales. La liberación de ese poder punitivo al derecho administrativo lo subtrae a las agencias judiciales y a los límites impuestos por el derecho penal, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica en materia cotidiana y más cercana al ciudadano que los mismos delitos. Al reconocer su naturaleza penal se la somete a las exigencias y límites del derecho penal, entre ellas, a la formalidad legal y a la judicialidad. No se altera el principio de legalidad formal sino que se extiende a toda la materia contravencional provincial y municipal. Su negación no tiene otro

⁵ En contra, se postula la inconstitucionalidad del derecho contravencional en la Argentina (Silvestroni, 2007: 95-96). El autor plantea que el derecho contravencional debe ser dictado por el Congreso nacional, en el entendimiento que se lo debe asimilar al derecho penal por el tipo de penas que contiene. Agrega que la existencia de micro derechos penales locales afecta los principios de certeza y culpabilidad, como así también genera una diversidad de regulación punitiva que es fuente de confusiones sobre su real alcance.

objeto que posibilitar un ejercicio descontrolado del poder punitivo (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2005: 114).

La consecuencia directa de que no existan diferencias entre los delitos y las contravenciones nos lleva a concluir que estamos en presencia de un sistema punitivo integral que se debe regir por los mismos principios constitucionales.

En este sentido, Alberto Binder apunta que:

cuando hablamos de contravenciones o faltas hablamos generalmente de coerción penal y, por lo tanto, de política criminal. Por esta razón todo el sistema de garantías no sólo debe ser aplicado a esta área de la política criminal sino que tal aplicación se hará con mayor cuidado porque, como se ha señalado, es mucho más susceptible de distorsión y, además, se halla mucho más cerca del común de la vida social y de la intangible esfera de las acciones privadas de los hombres (1993: 86).

Independientemente de lo discutible que resulte la inteligencia de las materias delegadas y reservadas por las provincias, lo cierto es que a partir de ese mecanismo en la República Argentina hay veinticinco códigos contravencionales o de faltas (uno por cada una de las provincias), con la consecuente dispersión en materia punitiva que termina por lesionar gravemente el derecho de los ciudadanos argentinos a la igualdad de trato frente a la ley (art. 16 de la CN).^{6,7}

Debe convocar especialmente nuestra atención el hecho de que el derecho contravencional no haya sido objeto de estudios profundos, a pesar de las advertencias indicadas. Como lo apuntara Alberto Bovino en el prólogo a la obra de Mario Juliano, *¿Justicia de faltas o falta de justicia?*:

6 Art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

7 Por ejemplo, hay conductas que mientras son punibles en determinadas provincias, en otras son impunes; las mismas faltas son sancionadas con distinta intensidad; los derechos y garantías se encuentran regulados de manera dispar; hay jurisdicciones territoriales que admiten resoluciones alternativas a los conflictos, mientras que otras no las contemplan.

esta falta de análisis y reflexión teórica por parte de la comunidad jurídica –y de los legisladores– ha contribuido a tolerar que en la provincia de Buenos Aires⁸ subsista una legislación –en verdad un decreto ley dictado por un gobierno de facto– absolutamente anacrónica y [...] contraría a todos los principios fundamentales propios del Estado de derecho (Juliano, 2007: 1).

No obstante la aludida dispersión legislativa, el análisis del ámbito contravencional refleja con claridad que la materia ha sido diseñada sobre la base de una matriz ideológica uniforme:

- a) la represión de conductas inocuas y carentes de lesividad (amparadas por la esfera de reserva individual) o que no llegan a convertirse en acciones del mundo exterior, tangibles y objetivas (actos meramente preparatorios, ideación de un resultado);
- b) la selección de grupos vulnerables como destinatarios de la ley contravencional (prostitutas, homosexuales, travestis, mendicantes, ebrios, etc.);
- c) la neutralización de un segmento de la sociedad bien demarcado y delimitado, que padece cierto grado de marginación;
- d) la peligrosidad como categoría justificante de la intervención estatal;
- g) discrecionalidad policial para intervenir en los conflictos regulados por la ley contravencional;
- h) procedimientos donde no se respeta el derecho de defensa en juicio ni el debido proceso legal;
- i) la generación de un caldo de cultivo que brinda a las agencias policiales un verdadero poder de negociación que coadyuva al mantenimiento de la caja chica espuria que ha sido objeto de investigaciones criminales.

En definitiva, la matriz responde a la siguiente ecuación: a mayor incremento de derecho penal subterráneo (derecho contravencional), mayor poder de las agencias estatales que concentran el poder punitivo, el cual es soportado, por regla general, por los marginados y excluidos.

8 Entre otras provincias.

Un imperativo constitucional (art. 19 de la CN)⁹ indica que la intervención estatal de naturaleza punitiva solamente se habilita cuando existe lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Sin embargo, tal como fuera apuntado, el derecho contravencional reprime conductas autorreferentes, carentes de perjuicio a terceros, como es el caso de la ebriedad,¹⁰ el ejercicio de la prostitución,¹¹ el travestismo,¹² la homosexualidad,¹³ la mendicidad¹⁴ y la vagancia,¹⁵ entre otros.

También se reprimen actos meramente preparatorios, completamente impunes para el derecho penal, por carecer de representación en el

- 9 Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.
- 10 Art. 72, Decreto-ley 8031/73 (Buenos Aires): “Será sancionado con multa de quince (15) al cuarenta (40) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y arresto de hasta cuarenta (40) días, el que transite o se presente en lugares accesibles al público en estado de ebriedad o se embriague en lugar público o abierto al público. La pena se duplicará si se ocasionare molestias a los demás”.
- 11 Art. 81, Ley 1472 (CABA): “Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$) 200) a cuatrocientos (\$) 400) pesos. En ningún caso procede la contravención sobre la base de apariencia, vestimenta o modales. En las contravenciones referidas en el párrafo precedente, la autoridad preventora sólo puede proceder al inicio de actuaciones por decisión de un representante del Ministerio Público Fiscal”.
- 12 Art. 95, Ley 233 (Santa Cruz): “El que en la vida diaria se vista como persona del sexo contrario o se haga pasar por tal, salvo en las fiestas de carnaval y con la debida autorización será reprimido con arresto hasta treinta días o multa hasta cincuenta (50) módulos”.
- 13 Art. 2, Edicto n° 3 (Tierra del Fuego): “Serán reprimidos con multa o con arresto de 6 a 21 días: [...] i) Los sujetos conocidos como pervertidos que se encontraren en compañía de menores de 18 años cumplidos”.
- 14 Art. 1, Edicto n° 18 (Tierra del Fuego): “Serán reprimidos con multa de \$ 800 a \$ 1200 o con arresto de 20 a 30 días [...] d) Los que teniendo aptitud suficiente para el trabajo y otros medios de subsistencia, ejercieren o explotaren la mendicidad pública o la hicieren simulando la venta de objetos”.
- 15 Art. 67, Decreto-ley 8031/73 (Buenos Aires): “Será penado con arresto de diez (10) a treinta (30) días: [...] d) El que habitare sin motivo razonable en puentes, cañerías, bosques, playas, lugares descampados, plazas, parques, o en cualquier otro sitio no adecuado para la vivienda humana”.

mundo exterior, como es el caso del merodeo¹⁶ y la mera posesión de llaves falsas o ganzúas.¹⁷

Existen innumerables tipos contravencionales que contienen formulaciones vagas,¹⁸ ambiguas¹⁹ y en blanco,²⁰ que imposibilitan a los ciudadanos el conocimiento de la frontera de lo punible con lo impune (principio de legalidad), y dejan librada su definición al criterio discrecional del funcionario interviniente.

La reacción estatal por excelencia en el ámbito contravencional es la pena privativa de la libertad (el arresto), pero a diferencia del derecho penal propiamente dicho,²¹ esta rama del derecho punitivo no admite la aplicación de penas de ejecución condicional,²² salvo contadas excepciones, en un incomprensible e irracional ejercicio de la potestad sancionatoria.

La relevancia del derecho contravencional²³ también se pone de manifiesto cuando tipifica conductas que se encuentran más gravemente

16 Art. 98, Ley 8431 (Córdoba): “Serán sancionados con multa de hasta cinco Unidades de Multa (5 UM) o arresto de hasta cinco (5) días, los que merodearen edificios o vehículos, establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, según las circunstancias del caso, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos”.

17 Art. 99, Ley 1123 (La Pampa): “Serán reprimidos con multa de hasta cuarenta y cinco (45) días o arresto de hasta quince (15) días: 1) El que, habiendo sido condenado por delito contra la propiedad, sea encontrado en posesión de llaves alteradas o contrahechas, o bien de llaves genuinas o de instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, de las cuales no justifique su actual destino”.

18 Art. 79, Ley 4115 (Chubut): “Poner en peligro el decoro de otros en lugar público o de acceso público mediante acciones o palabras soeces [...] Pena: arresto de cinco (5) a quince (15) días”.

19 Art. 83, Ley 5171 (Catamarca): “El que arrojar a la vía pública o sitio común o ajeno, cosas que pudieran ofender, ensuciar o molestar a las demás personas, será sancionado con multa de tres a seis Unidades de Multa”.

20 Art. 78, Decreto-ley 8031/73: “Será reprimido con multa entre el veinte (20) y el sesenta (60) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, el que no observare una disposición legalmente tomada por la autoridad por razones de justicia, de seguridad pública o de higiene, si el hecho no constituyera una infracción más grave”.

21 De acuerdo con lo dispuesto por el art. 26 del Código Penal argentino, se admite la condicionalidad de las condenas en todas aquellas penas que no superen los tres años de duración.

22 Art. 17, Ley 1123 (La Pampa); art. 18, Ley 3365 (Mendoza).

23 Definida por Zaffaroni Alagia y Slokar del siguiente modo: “El derecho contravencional tiene un altísimo valor configurador de la coexistencia cotidiana, cuyo potencial es, en cierto sentido, superior al mismo derecho

amenazadas que por el Código Penal. Tal el caso de la provincia de Buenos Aires, donde se admiten penas de arresto de hasta tres años de duración,²⁴ o multas superiores a los quinientos mil pesos.²⁵

Mientras que la tendencia contemporánea es la de suprimir las penas privativas de la libertad de corta duración, el derecho contravencional, como regla general, no contempla métodos alternativos de resolución de los conflictos que posibiliten evitar el arresto, y deja librada esa posibilidad a la discrecionalidad de la autoridad judicial.²⁶

Los sitios donde se cumplen las penas privativas de la libertad son, generalmente, dependencias policiales o espacios que no cuentan con la infraestructura edilicia ni el personal capacitado para atender a los contraventores allí alojados. El caso paradigmático es el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción que a pesar de los recursos que maneja y el tiempo transcurrido desde la sanción de su primer código

penal, pues es mucho mayor su frecuencia y cercanía con la experiencia ciudadana. Cuanto más grave es una infracción, menor es la posibilidad de que un ciudadano común pueda verse envuelto en ella o que vivencia la intervención penal, dada la excepcionalidad de los conflictos que abarca en la vida de relación corriente, pero inversamente, cuanto más leve resulte, más probabilidades de involucramiento directo habrá de tener el llamado ciudadano medio. El criterio de que las garantías deben acentuarse en relación directa con la magnitud del injusto de la infracción, apareja la consecuencia paradójica de otorgar garantías mucho mayores al parricida que al contraventor, o sea, al delincuente excepcional en perjuicio del ciudadano común. Esto lleva a una minimización jurídica discursiva del derecho contravencional, que produce una maximización represiva no registrada en los códigos y leyes penales propiamente dichos” (Zaffaroni, *Alagia, Slokar*, 2005: 168-169).

- 24 Art. 11, Ley 13 470 (Buenos Aires): “Cuando en virtud de las reglas de concurso de infracciones, de las circunstancias agravantes previstas en esta ley, o de lo establecido en el Código de Faltas para el supuesto de reincidencia, resultare reprimido con arresto superior a los tres (3) años, la pena no podrá superar ese límite”.
- 25 Art. 4, Ley 13 470: “2) Será reprimido con arresto de dos (2) meses a dos (2) años y/o multa de quinientos (500) a dos mil quinientos (2500) salarios mínimos de un Agente de la Administración Pública, quien infringiendo la presente ley, integrare una asociación de personas destinada a explotar u organizar juegos de azar en las condiciones indicadas en los artículos precedentes”.
- 26 Art. 30, Ley 4115 (Chubut): “El juez podrá perdonar la falta en los supuestos siguientes: 1) Cuando resultare evidente la levedad del hecho; 2) Cuando el particular ofendido pusiere de manifiesto su voluntad de perdonar al infractor; 3) Cuando el infractor no hubiese cumplido 18 años y así lo aconsejasen las circunstancias del hecho”.

contravencional (año 1998), a la fecha no cuenta con un definitivo lugar de alojamiento adecuado para los condenados contravencionales.

El régimen contravencional argentino dispone, normalmente, la conversión de las multas impagas en arresto,²⁷ contrariando la prohibición de aplicar prisión por deudas,²⁸ mecanismo que agudiza sus consecuencias negativas en la medida que los destinatarios del derecho de faltas son personas de muy escasos recursos económicos.

En cuanto al procedimiento de investigación y juzgamiento de las contravenciones se puede observar que se confunden los roles de la persecución contravencional (propia de los fiscales) y la potestad jurisdiccional (propia de los jueces), lo que concentra ambas actividades en cabeza del juez, con muy contadas excepciones, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la única jurisdicción que cuenta con un fuero contravencional con actividades debidamente diferenciadas.

El derecho de defensa en juicio no se encuentra garantizado en la medida que la mayoría de los códigos lo prevén como un derecho meramente potestativo para el imputado,²⁹ pero que no constituye un requisito para el debido proceso legal. La Corte federal ha declarado la inconstitucionalidad del código de faltas (o contravencional) de Tucumán,³⁰ en la medida que no asegura a los contraventores la defensa en juicio. Sin embargo, este pronunciamiento sigue siendo ignorado.

En diversas provincias el juez de faltas es el jefe de policía,³¹ lo que implica que el Poder Ejecutivo se arroga potestades jurisdiccionales, ex-

27 Art. 24, Ley 1472 (CABA): "Cuando el contraventor injustificadamente no cumpla o quebrante las sanciones impuestas, el Juez puede sustituirlas por trabajos de utilidad pública o excepcionalmente arresto. Esta medida puede cesar cuando el contraventor manifiesta su decisión de cumplir la sanción originalmente impuesta, o el resto de ella. En los casos que fuera procedente la medida referida en el párrafo precedente, el juez/a efectúa la conversión a razón de un (1) día de arresto o un (1) día de trabajos de utilidad pública por cada doscientos pesos (\$ 200) de multa o por cada día de trabajo de utilidad pública no cumplidos. En tal supuesto, la sanción substitutiva a aplicarse no puede exceder el máximo previsto para dicha especie de sanción en el tipo contravencional respectivo".

28 Art. 7.7, Convención Americana de Derechos Humanos.

29 Art. 44, Decreto-ley 813/62 (Neuquén): "El debate será oral y público, salvo que razones de moralidad u orden público aconsejen que se realice a puertas cerradas, de lo que se dejará constancia. El acusado podrá hacerse asistir por un abogado".

30 CSJN, causa "N., J. G. s. infr. art. 15, inc. 4, LCP s. incidente de inconstitucionalidad" (n° 56, XLIV), sentencia de 5/10/2010.

31 Por ejemplo, Tierra del Fuego.

tremo que se encuentra expresamente vedado por la Constitución nacional.³² Tierra del Fuego, además de responder a dicho diseño irregular, suma la vigencia de edictos policiales,³³ lo que en los hechos representa una doble violación constitucional.³⁴

También se confieren facultades discrecionales y casi ilimitadas a las autoridades policiales para detener personas en la vía pública y mantenerlas en arresto con la sola sospecha de la comisión de una falta.³⁵ Esta característica se refuerza notoriamente con las leyes orgánicas policiales, que les otorga facultades autónomas de detención de personas por averiguación de identidad, lo que en los hechos funciona como un ámbito de arbitrariedad, carente de control judicial. Es de recordar que en septiembre de 2003 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado argentino a adecuar su legislación doméstica en materia de las facultades policiales de detención de personas a las exigencias de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁶

En cuanto a la irregularidad de los procesos, podemos añadir que el derecho al doble conforme o al recurso contra la sentencia condenatoria se encuentra severamente limitado, en tanto y en cuanto la mayoría de los códigos contravencionales consideran que el acceso a un abogado defensor es una potestad del imputado, lo que se refleja en el escaso número de causas que acceden a instancias revisoras.

Los códigos contravencionales o de faltas parecen erigirse como una versión liviana y edulcorada de los edictos policiales de la dictadura, pero con las mismas consecuencias nefastas, al conformar una red que conserva prácticas represivas, repugnantes al sistema democrático, tendientes a regular aspectos de la sociedad que exceden el ordenamiento jurídico,

32 Art. 109 de la Constitución: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

33 Ley contravencional dictada por el jefe de policía.

34 Al arrogamiento del conocimiento de las causas judiciales pendientes, se agrega el arrogamiento de facultades propias del Poder Legislativo, como es el dictado de la ley penal.

35 Art. 116, Decreto-ley 8031/73: "El funcionario o agente policial que comprobare la comisión de una falta, deberá proceder a la detención del imputado y al secuestro de los objetos en infracción, si los hubiere, conduciéndolo inmediatamente a la dependencia competente para la instrucción del sumario contravencional".

36 Caso "Bulacio c. Argentina", disponible en <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf>.

ya que se relacionan con la expresión de relaciones estrechamente vinculadas con la convivencia.

Teniendo como norte las ideas apuntadas, debe destacarse el trabajo de Mario Juliano y Mauricio Macagno, quienes elaboraron un código contravencional modelo que no incurre en las irregularidades enumeradas, respetando de tal modo los estándares constitucionales.³⁷

Para concluir, parece adecuado citar a Zaffaroni (2009: 11), quien, en su introducción al libro *Reforma penal nacional-socialista*, identifica irónicamente como “elefantes” las “revolucionarias” y “naturales” ideas punitivas de las primeras décadas del siglo XX³⁸ (producto de la elaboración intelectual de autores de casi una generación atrás, como Grispiigni o Metzger).

Es sabido que estos “elefantes” no eran vistos en aquel momento como una barbaridad, ya que se asumía una posición de asepsia científica,³⁹ funcional a la burocracia judicial. Zaffaroni considera que:

la aceptación de la asepsia científica de las teorías penales no es más que el producto de segmentaciones de la realidad, del aislamiento epistemológico de la ciencia jurídico-penal, de su incapacidad para vincular ámbitos de la realidad que se mostraban lejanos cuando en realidad estaban íntimamente conectados y bien determinados. Es muy posible que hoy no conectemos otros ámbitos de la realidad, pero de cualquier manera esto nos deja la enseñanza de que nunca debemos ahorrar esfuerzos por explorar esas conexiones. Cualquier concepto jurídico-penal tiene una lectura política y una funcionalidad; este es un dato de la realidad inevitable, porque elaboramos ese concepto para habilitar o limitar un ejercicio del poder y lo destinamos a un ámbito del poder del Estado. Nada hay científicamente aséptico

37 Se puede consultar en <www.pensamientopenal.com.ar/articulos/codigo-contravencional-modelo-elaborado-mario-alberto-juliano-mauricio-macagno>.

38 Entre otras, la esterilización de enfermos, asociales, alcohólicos, etc.; la castración de delincuentes sexuales peligrosos; la profusión de la pena de muerte; la aplicación a menores de edad peligrosos las mismas penas previstas para los delincuentes adultos e incluso la aplicación de la pena de muerte; considerar delito la relación sexual con judíos o negros; etc.

39 Definida como un pretexto encubridor o una disculpa hipócrita. Es verdad que también se puede filtrar en el inconsciente y constituir una seria limitación al conocimiento de los científicos del derecho penal, hasta el punto de estrechar su sensopercepción respecto de los *elefantes*.

en lo que hacemos, porque toda teoría penal tiene un sentido político y poco importa que lo conozcamos o no, salvo en cuanto a esta consciencia de sus consecuencias y, por ende, a nuestra prudencia (2009: 23).

Compartimos la siguiente preocupación: si todo parece indicar que estos “elefantes” no eran advertidos como una aberración contra la humanidad a comienzos de siglo XX, ¿cuáles serán los “elefantes” que hoy no vemos? ¿El derecho contravencional será el elefante del siglo XXI? ¿Las futuras generaciones nos considerarán autoritarios, abusivos, despóticos, trastornados, forajidos y criminales por la aplicación de este derecho penal subterráneo?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Binder, Alberto (1993), *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- Grispigni, Filippo (2009), *La reforma penal nacional-socialista*, en E. R. Zaffaroni (dir.), y R. Codino y P. D. Vega (coords.), *El penalismo olvidado*, Buenos Aires, Ediar.
- Juliano, Mario (2007), *¿Justicia de faltas o falta de Justicia?*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Silvestroni, Mariano H. (2005), *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Zaffaroni, Eugenio R., A. Alagia y A. Slokar (2005), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.

16. La impostergable necesidad de saneamiento genealógico del sistema contravencional

Adrián N. Martín

Cuanto más decidida sea la resistencia que como poder jurídico opongamos al Estado de policía [...], más pírricas serán sus victorias, o sea, nuestras derrotas.

EUGENIO R. ZAFFARONI

1. Hace casi treinta años, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos publicaba un interesantísimo informe titulado “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina”. Se alertaba sobre la operatividad real del sistema penal y, además, se le asignaba un apartado a la legislación contravencional. Decía el informe que esta era “como hija menor o hermana desheredada de la coerción penal”, y que era mirada con desprecio por los penalistas, los que le dedicaban nulo o escaso interés. No obstante, se la destacaba como uno de los capítulos más importantes de la legislación penal. Agregaba ese informe que:

debido a las escasas garantías que suelen rodearla, con el pretexto de su menor cuantía o de su pretendido carácter no penal o administrativo, es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación de la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad, etc. (Zaffaroni, 1984: 82).

Añadiendo que “la legislación contravencional, aplicada en forma arbitraria, es una de las vías más efectivas por las que la reacción penal puede condicionar carreras criminales y estigmatizar socialmente a las personas”.

Hoy, una treintena de años después, no mucho ha cambiado en la realidad contravencional de nuestro país, más allá de algunas pocas tentativas interesantes, pero rápidamente frustradas, al menos en forma parcial.

Es ineludible que como, entre otros, han señalado Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000), existe una tensión insuperable entre el Estado de dere-

cho y el Estado de policía y que, en este marco, la ley penal no resuelve los conflictos porque deja afuera a la víctima, y se desentiende de sus intereses. Esta afirmación incluye al sistema contravencional e, incluso, en él se ve agravado el panorama. La pretendida menor magnitud de la respuesta punitiva en el caso concreto se encuentra compensada por la mayor cantidad de procesos y sanciones que se aplica a las mismas personas, y por la mayor cantidad de respuestas punitivas que en conjunto se materializan, en comparación con el sistema penal.

En la línea que mencionaba aquel informe, aunque parezca increíble, hoy debe insistirse, debido a las resistencias académicas y judiciales, en que el derecho contravencional es derecho penal en sentido amplio, porque a partir de él se aplica pena estatal; y que deben respetar las disposiciones constitucionales, aunque en gran medida no lo hacen. Los códigos contravencionales son, en su mayoría, flagrantes violaciones a los principios de legalidad (puesto que carecen de precisión y permiten su aplicación a través de la analogía y la interpretación extensiva), de lesividad (porque se olvidan de determinar bienes jurídicos), y de las normas que impiden la validez de las disposiciones discriminatorias (porque penan de distinta forma las mismas actividades o conductas según la calidad del autor).

Más allá de los importantes y graves cuestionamientos normativos que ya fueron descriptos con adecuada precisión en el trabajo de Christen, incluido en esta obra, me detendré en lo que esas legislaciones permiten en la práctica cotidiana, más allá de la aplicación de una sanción en el proceso contravencional.

2. La agencia policial realiza la denominada criminalización secundaria, lo que implica un altísimo margen de selectividad penal, pero en el terreno contravencional la arbitrariedad se multiplica en forma geométrica. Con tipos penales descriptos con alguna precisión la selectividad es un aspecto estructural del ejercicio de poder punitivo. En consecuencia, cuando la tipificación contravencional, como ocurre en nuestro país, compendia tantas violaciones legales y constitucionales, el margen de decisionismo policial alcanza límites insuperables.

Este tipo de herramientas legales permiten seleccionar, o no hacerlo, sin más criterio que la discrecionalidad policial inmediata del oficial de turno. Esta arbitrariedad lleva a una segunda clase de lesión de derechos: la vulnerabilidad ante la corrupción policial. Este tipo de situaciones colaboran para aportar nuevas formas de violación de derechos humanos, generando responsabilidad internacional, debido a la realización conti-

nua y sistemática de la práctica que la CADH ha denominado “detenciones ilegales” o, en otros casos, al menos, arbitrarias.

El analista no puede desentenderse de que los códigos contravencionales están atravesados por una decisión legislativa históricamente destinada al control poblacional de “molestos”, lo que se ha materializado con descripciones típicas que resultan vagas, ambiguas y muchas veces directamente un claro derecho penal de autor. Es por ello que, en el ámbito legislativo o en los hechos, la acción policial se orienta a los sectores más vulnerables de la población.

Las figuras contravencionales más difundidas y más aplicadas son las que establecen penas de arresto a personas que ejercen la prostitución en la vía pública, a los vendedores ambulantes, a los que ganan su sustento cuidando o limpiando vidrios de automóviles y a los que mendigan o se hallan en estado de ebriedad.

La situación se agrava por sistemas de juzgamiento de corte claramente inquisitivo en los que no existe división de roles, donde no hay un juez imparcial o muchas veces no hay ni siquiera un juez. Una descripción más específica de los cuestionamientos jurídicos de estas disposiciones puede verse en el ya mencionado trabajo de esta misma obra (Christen).

A ello debe añadirse, como se señaló en numerosas oportunidades y también en este libro, que las provincias poseen en las leyes orgánicas de las policías provinciales facultades para detener personas con la excusa legal de “averiguar antecedentes, identidad o medios de vida” (Martín). Este conjunto de disposiciones son verdaderas autorizaciones en blanco para privar de derechos a quien el agente policial de turno considere. Tiempo después el funcionario deberá construir algún criterio para ensayar una justificación aparente o, a veces, ni siquiera eso.

3. Este trabajo pretende no sólo enumerar las violaciones constitucionales de estos cuerpos normativos, sino destacar que, debido a su genealogía, las prácticas policiales y judiciales han sostenido su funcionamiento tradicional, aun por sobre reformas integrales y modernas.

Es por ello que, aun mediando esas reformas, siempre se ha filtrado, en mayor o en menor medida, la flagrante lesión de los derechos más elementales de los sectores vulnerables de la población: los que obtienen recursos económicos escasos, precarios y con alto riesgo cotidiano de actividades que realizan en la calle.

No se pretende desalentar las reformas a la legislación contravencional en curso, que la APP ha apoyado decididamente. En tal sentido, la APP apostó fuertemente por una legislación contravencional distinta en

cada una de las provincias, y también se ha expresado con un enérgico rechazo en los casos en que las agencias ejecutivas planteaban modificar las leyes, agravando la ya insostenible situación actual.

Ejerciendo este compromiso contra lo que Mario Juliano denominó “el derecho de los sumergidos”, es que la APP realizó numerosas acciones tendientes a que se modifique el cuadro de situación descripto. En tal sentido, no sólo suscribió convenios y realizó diversas jornadas de capacitación y concientización de los operadores sobre las leyes y las prácticas contravencionales, sino que además se expresó públicamente en diversas oportunidades. Entre estas últimas cabe destacar la presentación de un *amicus curiae* en el caso “Núñez”, ante la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, la intervención en conjunto con otras organizaciones contra las reformas legales pretendidas en la provincia Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la participación de las diversas actividades efectuadas en Córdoba (diversos congresos y la anual “Marcha de la Gorra”), y la defensa enérgica de una jueza de faltas que fue injustamente atacada desde el ámbito de la política por hacer su trabajo de acuerdo con los parámetros constitucionales y convencionales.

Es necesario recordar una y otra vez, en el campo jurídico, que las reformas legislativas pueden ser relevantes, pero sólo en la medida en que se las considere una herramienta para la modificación de prácticas instaladas cuyo rastreo genealógico debe remontarse hasta fines del siglo XIX. Sobre este tópico quiero detenerme.

4. La genealogía de la legislación contravencional y de averiguación de antecedentes debe rastrearse en los momentos de la consolidación del Estado y de ciertos sectores sociales como elites hegemónicas, con independencia de la fecha de sanción de los distintos códigos.

En esos años, que van desde 1880 y 1910, hay una profusión de trabajos de distintos saberes que se intersectan (psiquiatría, higienismo, medicina, derecho) y que colaboraran en definir una identidad del “argentino”. Esos dispositivos tenían por finalidad lograr la posibilidad de observar entrenadamente, para poder clasificar y capturar, si fuere necesario. La publicación de la “Galería de ladrones de la Capital”, en 1887, como primer “álbum de malvivientes”, la creación del prontuario policial o, algo más adelante, del Registro de Reincidencia, no son sino muestras de este espíritu clasificatorio del catastro social.

Esos saberes se dirigieron a observar y definir al delincuente, con la pretensión de conocer de antemano su “peligrosidad” o, como se decía en esa época, su “temibilidad”. La obra de Lombroso (*L'uomo delinquente*)

caló hondo en la intelectualidad argentina y salieron a la luz libros como *Degeneración y degenerados*, de Francisco de Veyga; *Hombres de presa*, de José María Drago; *La mala vida en Buenos Aires*, de Eusebio Gómez; *La delincuencia argentina*, de Cornelio Moyano Gacitúa; *Criminología y El hombre mediocre*, de José Ingenieros, sólo por nombrar algunos. Ingenieros también dirigió por esa época los *Archivos de Psiquiatría y Criminología*, donde numerosos artículos se dedicaban al estudio de los catalogados como anormales.

En este punto vale la cita de la obra de Drago, cuando refiere que:

Las inscripciones extravagantes u obscenas de los criminales revelan las inclinaciones pervertidas los sombríos pensamientos de venganza o la depravación del instinto genésico. Entendido de esta manera parécenos que el tatuado puede ser de gran ayuda en el estudio de la delincuencia. Si nos fuera permitido parodiar una expresión celebre, diríamos que así como el estilo es el hombre, el tatuado es el criminal (1888).

Así es que en todo el período se leyó como una historia (tanto en lo dual como en lo social) en términos de “proceso o degeneración”. Y en ese proceso las élites dominantes ya habían dispuesto el lugar de los hombres, mujeres y niños de las clases subalternas. Estos mandatos, que han llegado hasta nuestros días, fueron impuestos muchas veces a través del poder policial. A título de ejemplo, piénsese en el lugar de la mujer a la que se privó de toda participación pública, a punto tal que recién vota desde mediados del siglo XX. Esas mujeres de las clases subalternas debían vivir en sus hogares, criar hijos y “asistir” a sus cónyuges. Por oposición, no podían tener una participación de relevancia en el espacio público y sólo en casos excepcionales se les permitía trabajar, en la medida en que realizaran alguna actividad “de mujeres”. Las disposiciones del Código Civil vigentes hasta 1968 dan cuenta de las afirmaciones precedentes.

La prostitución, hacia fines del siglo XIX, fue considerada en las principales ciudades como una cuestión de higiene pública y, como tal, de ocupación de los municipios. Es por ello que, al igual que las cuestiones vinculadas al juego y el alcoholismo, habilitaron dispositivos de vigilancia y prevención que, llevados a cabo por la agencia policial, tendieron a moldear los comportamientos colectivos.

Los hombres de las clases subalternas también recibieron su “lugar debido”, que requería que estuvieran dotados de una masculinidad que los diferenciara con exagerada artificialidad de “lo femenino”. Frases di-

rigidas a los niños, tales como “los hombres no lloran”, dan cuenta de esa impronta. Por oposición, los excluidos de esa identidad (a los que los criminólogos positivistas destinaron muchas páginas) han sido los denominados “invertidos”. En el marco de la necesidad de descubrir las razones biológicas, y luego de “corregir” esta “patología”, se enmarca la contravención tan extendida en los códigos contravencionales de “vestirse con ropas del sexo contrario”.

En el marco de estos gruesos trazos, es posible considerar continuidades innegables con los actuales códigos contravencionales. La mayoría de las provincias poseen en esas disposiciones figuras como la mencionada y otras igualmente sexistas y discriminatorias, entre ellas la que sanciona al “propietario o encargado del hotel o casa de alojamiento o establecimiento comercial, cuando en sus dependencias se produjere escándalo con motivo de ejercicio de la prostitución o por actitudes o prácticas viciosas de homosexuales”, o que habilita aplicación de poder punitivo al “sujeto de malos hábitos conocidos” cuando sea “encontrado en compañía de menor o de menores de dieciocho años de edad, en actitud sospechosa”.

Los niños también debían ocupar su lugar de futuros hombres trabajadores o mujeres en sus hogares. Así que estaban obligados a concurrir a las escuelas, cantar las canciones patrias, incorporar los símbolos nacionales y respetar a los próceres que mejor delineaban esta idea de Nación. Por oposición, aparecieron los niños que se hallaban en “abandono moral” y que debían ser “tutelados por el Estado” a través de la tristemente célebre y vigente (hasta hace pocos años) Ley Agote (Ley 10 903), que no puede ser escindida del estudio del “derecho de los sumergidos”.

Los excluidos de esa identidad argentina fueron catalogados como “anormales”, potencialmente peligrosos en tanto posibles autores de delitos, o bien de afectación a esa identidad. Los bienes jurídicos inasibles, como la moralidad pública, el decoro, las buenas costumbres y la tranquilidad pública, que aparecieron en los códigos contravencionales, responden a esa voluntad estatal de “clasificación y corrección de anormales”. Por su parte, ha sido la agencia policial la encargada del control poblacional para preservar esos pretendidos bienes.

En definitiva, las críticas a la legislación contravencional no son novedosas. Una de las más recientes y contundentes referencias en la doctrina nacional ha sido el pasaje que en su obra le dedica al tema Alejandro Alagia. Sostiene el autor que:

Prácticamente no hay legislación nacional que desconozca trato cruel basándose en medidas predelictuales o postdelictuales.

Las primeras, consecuencia del estado peligroso y en definitiva de todo derecho penal de autor. A falta de leyes que castigan la mala vida [...] la función es, en general, suplida por las penas contravencionales (2013: 273).

Pese a ello, más de un siglo de vigencia y aplicación cotidiana nos obligan a sospechar que estamos ante una práctica sumamente arraigada, que debe ser visibilizada en sus costados más lesivos.

5. Vale reiterar que resulta ineludible una reforma integral de las legislaciones contravencionales, pero sin una idea ficcional de que la ley solucionará todo. Por el contrario, en términos generales las reformas a las leyes nada aportan si no son acompañadas de otros elementos que ayuden a modificar las prácticas tan consolidadas y contrarias a un Estado de derecho.

Cómo avanzar en pos de una reforma integral del sistema contravencional es una pregunta ineludible, pero allí no puede quedar el trabajo, ya que las contrarreformas y las prácticas de los operadores afincados en la vieja ideología policial de estas disposiciones son una impronta que cuesta revertir.

La experiencia de la Ciudad de Buenos Aires debe servir de guía. Allí hay cuestiones muy interesantes para observar y replicar, aunque también algunas muy malas que dan cuenta del mantenimiento de prácticas propias de aquellos momentos fundantes del sistema contravencional y de las facultades policiales.

Entre las buenas experiencias se halla la inclusión de la figura de la mediación y la búsqueda (no del todo lograda, porque los recursos materiales no son siempre puestos prioritariamente allí) de viabilizar la solución de conflictos que devienen de la convivencia por parte de los propios protagonistas.

Sin embargo, después de la reforma integral del sistema contravencional, acaecida en 1998, en la Ciudad de Buenos Aires han surgido rápidamente reformas que han remontado el sistema a esa tradición lesiva de derechos. La aplicación del Código Contravencional en el ámbito de la Ciudad Autónoma en cuanto a la indebida injerencia en los derechos no resulta tan visible como en la mayoría de las provincias. Tal vez se deba a que el sistema está plenamente judicializado, interviniendo desde el inicio de los casos defensores y jueces que no poseen el rol de investigar ni acusar.

Sin embargo, más allá de esas ventajas, hay otras cuestiones que en el ámbito de la Ciudad Autónoma permiten una lectura sobre la vulneración

de derechos, sobre todo en lo que hace a detenciones arbitrarias. El mantenimiento de la facultad policial de detener personas para un pretendido establecimiento de identidad, con una tardía noticia al juez correccional, da cuenta de una regla que abre el ejercicio de la arbitrariedad y la selectividad de la agencia policial. Las evidentes afectaciones a principios constitucionales de estas disposiciones son de una obviedad tan marcada que resulta difícil decir algo con mediana originalidad.

No obstante, también en lo que hace a la aplicación del Código Contravencional se observan continuidades con aquellas disposiciones conocidas como “edictos policiales”, que rigieron en la Ciudad hasta 1998. El código original de 1998, a pesar de la judicialización de toda intervención policial, mantenía figuras ilícitas, con una evidente ausencia de lesividad de las conductas tipificadas. Sin embargo, a poco de andar, se le agregaron disposiciones contrarias a las directrices constitucionales, en especial cuando se las legitima mediante el recurso de difusas afectaciones a la “moralidad pública” (Bovino, 2004; Morosi y Rúa, 2010; De la Fuente, 2005; Muñoz, 2005; Rúa, 2005 y 2006).

Pese a la evidente mejora que significó el código en comparación con los edictos policiales, las prácticas de la agencia policial y el insuficiente control que el Ministerio Público Fiscal realiza sobre ellas han permitido las continuidades señaladas. En ese sentido se ha sostenido una tradición que subyace y va mucho más allá de la letra de la ley.

Es más sencillo descubrir esas injerencias arbitrarias en las legislaciones provinciales que, por ejemplo, aún mantienen al jefe de la policía como juez contravencional, y que definen tipos ilícitos como “afectar de cualquier modo la moralidad pública” o, directamente, “vestirse con ropas del sexo contrario”. Sin embargo, también es necesario observar esa herencia no sólo en algunos tipos contravencionales de la Ciudad Autónoma, sino especialmente en las prácticas desarrolladas por la agencia policial y convalidadas por los funcionarios judiciales que deberían controlarlas.

Es pertinente destacar que desde 1998, con la judicialización de las contravenciones, se dispone de una mayor producción estadística pública respecto de algunos aspectos de la aplicabilidad de estas leyes. Según las estadísticas que publica anualmente el Ministerio Público Fiscal, la mayoría de la imputaciones son por venta ambulante, oferta de “servicios sexuales” y cuidadores de vehículos.

Al respecto valga señalar que el “Tercer informe de conflictividad” del MPF, con datos de 2010, da cuenta que de las 41 439 causas, se iniciaron 9999 casos por actividad lucrativa en el espacio público (venta ambulan-

te), 7470 causas por oferta de servicios sexuales en la vía pública (prostitución) y 4462 casos por pretendidas exigencias de contraprestación para cuidar vehículos. Esas cifras deben ser comparadas con la cantidad de las restantes imputaciones. Véase que han sido 4389 los casos por ruidos molestos, 3633 por hostigamiento, 2373 por violación de clausura y 1939 por conducción bajo los efectos del alcohol.

La situación se mantuvo invariable en la ciudad de Buenos Aires. El MPF dio cuenta de que, en 2011, de las 31 138 causas, se iniciaron 7112 casos por actividad lucrativa en el espacio público, 5427 por prostitución (que además se encuentran casi exclusivamente ubicadas en los barrios de Flores y Constitución), 3058 por pretendidas exigencias de contraprestación para cuidar vehículos, 3963 por ruidos molestos, 4147 por hostigamiento, 2114 por violación de clausura y 2189 por conducción bajo los efectos del alcohol. En esa misma línea de continuidad en 2012, el MPF informó que de las 29 856 causas contravencionales, se iniciaron 6563 casos por actividad lucrativa en el espacio público, 2287 por prostitución, 3814 por pretendidas exigencias de contraprestación para cuidar vehículos, 4050 por ruidos molestos, 4362 por hostigamiento, 2142 por violación de clausura y 1815 por conducción bajo los efectos del alcohol.

Se advierte sin dificultades que el MPF de la ciudad basa su trabajo, en el ámbito contravencional, casi exclusivamente en conductas realizadas por los sectores más vulnerables de la población como medio de subsistencia y que en poco o nada varían con las actividades perseguidas por la agencia policial desde hace más de un siglo en el sistema de edictos policiales.

Además, es pertinente destacar que, a pesar de la gran cantidad de actas realizadas por la agencia policial, las condenas contravencionales son muy pocas. En los casos de venta ambulante el Ministerio Público Fiscal decide, a menudo, remitir los casos a la justicia administrativa de faltas, privando al imputado del procedimiento judicial, pero manteniendo el secuestro de la mercadería ofrecida a la venta. Es decir, se condena al imputado a la pérdida de sus bienes (o en su caso, a un procedimiento kafkiano para su recuperación), pero sin condena ni control judicial alguno. Prácticamente tampoco hay condenas en casos de ejercicio de la prostitución, pero con la privación de libertad (en general para identificar durante algunas horas) la persona imputada ha sufrido ejercicio de poder punitivo sin que a nadie le interese luego que afronte un juicio. Es evidente, la condena ya fue aplicada.

Las estadísticas del fuero contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demuestran esta situación en los casos de “oferta y

demanda de servicios sexuales en el espacio público”. Entre 2005 y 2008, sobre una cantidad creciente de actas policiales (4134 actas contravencionales en 2005; 5412 en 2006; 4069 en 2007; y sólo en el primer semestre de 2008 ya se habían efectuado 2522) (PJ CABA; MPF, 2008), la cifra tradicional de archivos superiores al 90% de los casos no ha cambiado.

Se ha señalado que la resolución fiscal del archivo importaría concluir que nada ha pasado en la vida de las personas que fueron interceptadas por la agencia policial. Muy por el contrario, la práctica misma de la interceptación y convalidación fiscal, con independencia de la condena, importa una injerencia que aumenta la vulnerabilidad de esas personas. Los archivos tienen, además, el “beneficio” de evitar exponer judicialmente la injerencia.

En los casos de los denominados “cuidacoches” la situación es similar. A pesar de que el tipo contravencional establece que lo prohibido es exigir contraprestación pecuniaria, se criminaliza a toda persona que realiza la actividad de cuidador, lo que a pesar de las bajas condenas la aplicación de poder punitivo se centra en la intervención policial convalidada, en líneas generales, por los representantes del MPF.

Con relación a las personas contravencionalizadas se advierte que de los 26 817 imputados en 2010, 6615 han sido mujeres; de los 22 377 imputados con datos en 2011, 5753 han sido mujeres; y de los 16 225 imputados con datos en 2012, 4397 han sido mujeres; lo que da cuenta de la sobrerrepresentación relativa de estas personas en relación con la selectividad tradicional del sistema penal. En tal sentido, por la contravención relacionada al ejercicio de la prostitución se advierte del informe de 2010 que 61 mujeres fueron imputadas en más de diez causas en el mismo año. Por su parte, 26 lo fueron en más de quince causas y otras 16 en más de veinte casos. Si bien en el informe de 2011 no se desagregan esos datos, la cuestión no parece variar en demasía, ya que del informe de 2012 se deriva que 46 mujeres fueron imputadas en más de diez causas en el mismo año. Además 11 lo fueron en más de diez causas y otras 11 en más de quince casos.

Otra referencia que evidencia la operatividad del sistema contravencional es que alrededor del 90% de los imputados se hallaban desocupados o subocupados al momento del inicio de la causa.

6. Zaffaroni ha denominado “principio de saneamiento genealógico” a un principio limitador del poder punitivo que se enmarca entre los llamados “principios limitadores de la criminalización que emergen

directamente del Estado de derecho”. Este principio es de vital importancia ya que:

en el derecho penal histórico se hallan múltiples racionalizaciones contrarias al principio republicano, a la ética, al Estado de derecho y a los Derechos Humanos, cuando no presenta argumentos aberrantes (sexistas, racistas, discriminatorios y prejuiciados en general) (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000: 138-139).

Es por ello que, antes de la necesaria reforma, pero también durante y después de ella, la herramienta del saneamiento genealógico resulta de suma utilidad para descubrir las razones y los juegos de poder que las atraviesan.

Recordemos que tantas objeciones constitucionales y argumentos tan endebles para sostener la validez de este tipo de tipificaciones contravenacionales dan cuenta de que su perdurabilidad se sostiene en una tradición que subyace y va mucho más allá de la letra de la ley.

Entonces es ineludible destacar en estos ámbitos los estudios que recuperan el análisis genealógico para buscar filiaciones, y así comprender estos sucesos insertos en encrucijadas de efectos heredados y de innovación, tratando de reconocer, precisamente en aquello que el presente propone como inédito, el lastre de lo que lo ata a su propio pasado (Castel, 1983).

Claro que resulta más sencillo descubrir esos efectos heredados en algunas legislaciones donde las improntas del positivismo criminológico son evidentes, pero es ineludible extremar los recaudos para visibilizar en otras, de apariencia legítima, las prácticas que reproducen aquellos idearios.

El saneamiento genealógico permite advertir y anular esas normas que conllevan, en palabras de Zaffaroni, “una carga ideológica originaria poco compatible con el Estado de derecho”. En suma, la función de este principio es la de “descubrir los componentes de arrastre peligrosos para el Estado de derecho y facilitar una labor interpretativa depurada de los mismos”.

Por eso,

En una dogmática penal que persigue un objetivo político preciso, no basta como primer paso un análisis exegético del texto si no va acompañado del necesario rastreo de su genealogía, que ponga al descubierto los componentes de Estado de policía

que arrastra y que deben ser cuidadosamente neutralizados en la construcción.

7. En conclusión, más allá de la reforma imprescindible, es deber de los operadores judiciales considerar las implicancias del sistema contravencional y decidir si habrán de trabajar para que continúe proveyendo a las necesidades de un Estado de policía en la búsqueda de la supresión del conflicto y de la conservación y reforzamiento del poder vertical arbitrario; o si, por el contrario, es su deber hacer lo posible porque este sistema provea de soluciones limitando y horizontalizando el poder. Si la opción es la primera, sin duda encontrarán en la mayoría de las legislaciones provinciales una gran herramienta que otorga estándares –síntomas– para identificar grupos de molestos a los que “hay que contravencionalizar”, y que así se los cosifica como elementos dañinos, riesgosos y que deben ser neutralizados.

En cambio, si la opción es por el Estado de derecho, y se considera que el sistema contravencional no debe configurarse de aquella forma, sino que debe regular cuestiones de convivencia social, entonces es deber ineludible de los operadores cumplir con los mandatos constitucionales del derecho penal, limitar el ejercicio de poder punitivo conforme los principios de lesividad, legalidad y proporcionalidad y, por sobre todo, fomentar los mecanismos de solución del conflicto allí donde el conflicto existe.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alagia, A. (1996), “De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, n° 2, Buenos Aires.
- Anitua, G. I. (2005), “¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones”, en D. Baigún (ed.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al prof. Julio Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 507-526.
- Bovino, A. (2004), “Derechos fundamentales y art. 71 del Código Contravencional”, *Nueva Doctrina Penal*, 2004-A, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- Castel, R. (1983), prólogo a F. Álvarez-Uría, *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, Tusquets.
- Drago, L. M. (1888), *Los hombres de presa. Ensayo de antropología criminal*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos.
- De la Fuente, J. (2005), “Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos”, *Revista de Derecho Penal. Delitos, Contravenciones y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Martín, A. (2005), “La impronta de la ideología positivista del peligrosismo y la defensa social como construcción imaginaria que sigue atravesándonos como sociedad (pasado y presente de una lógica filial)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología*, 3, Buenos Aires, Ad Hoc.
- (2010), *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal 1994-2007: sobre las improntas del Estado de policía en la agencia judicial*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Martínez, J., G. Palmieri y V. Pita (1998), “Detenciones por averiguación de identidad: policía y prácticas rutinizadas”, en I. Izaguirre (ed.), *Violencia social y derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.
- Ministerio Público Fiscal (2008), *Primer Informe de gestión*, Buenos Aires.
- (2011), *Tercer Informe de conflictividad*, año 2010, Buenos Aires.
- (2012), *Cuarto Informe de conflictividad*, año 2011, Buenos Aires.
- (2013), *Quinto Informe de conflictividad*, año 2012, Buenos Aires.
- Morosi, G. y G. Rúa (2010), *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Muñoz, D. (2005), “Las relaciones sexuales del control social”, *Revista de Derecho Penal. Delitos, Contravenciones y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
página web oficial.

Rua, G. (2005), “El (ab)uso del espacio público en la Ciudad de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Penal. Delitos, Contravenciones y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

— (2006), “¿Hacia dónde va el derecho contravencional? Reflexiones sobre la criminalización de la actividad lucrativa ejercida en la vía pública”, *Revista de Derecho Penal. Delitos, Contravenciones y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 4, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Salessi, J. (2000), *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*, 2ª ed., Buenos Aires, Beatriz Viterbo.

Zaffaroni, E. R. (dir.) (1984), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Depalma.

Zaffaroni, E. R., A. Alagia y A. Slokar (2000). *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.

17. Un código modelo para las contravenciones

Mario Alberto Juliano

1. La ley contravencional que, con matices, rige en las provincias argentinas, responde a un modelo agotado, ineficiente e incompatible con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La consolidación de la sociedad democrática exige abandonar definitivamente el fracasado modelo contravencional imperante y pasar a otro que posibilite implementar políticas de seguridad que garanticen el uso del espacio público en forma igualitaria y una convivencia social basada en el respeto de los derechos.

Hoy por hoy existen extendidas coincidencias en el diagnóstico precedente. Sin embargo, no se ha logrado modificar el régimen contravencional (salvo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que constituye la excepción que sólo sirve para confirmar la regla), que ha resistido en forma persistente los embates que se le han dirigido y pese a una innumerable cantidad de proyectos que se articularon en casi todas las provincias argentinas, pero que no han logrado implementarse, como no sea modificaciones parciales al texto.

Y es probable que el fracaso de los intentos reformistas radique no tanto en la fortaleza de los códigos de faltas, sino en las debilidades de los proyectos que, por lo general, proponen la creación de costosas burocracias (el fuero contravencional) que las economías de las provincias no se encuentran en condiciones de atender, lo que por otra parte es lógico y atendible, en orden a prioridades más importantes que la ley de faltas.

Atentos a este cuadro de situación es que, en 2013, integrantes de la Asociación Pensamiento Penal elaboramos un proyecto de código contravencional modelo¹ que, en mayor medida, se hiciese cargo de las debilidades precedentemente apuntadas y que, a su vez, propusiese un modelo viable y respetuoso de los derechos y las garantías.

¹ Disponible en <new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/codigo_modelo.pdf>.

2. El proyecto fue elaborado sobre la base de cinco pilares orientados a controlar el empleo del poder punitivo contravencional y posibilitar que opere como una herramienta de pacificación comunitaria:

a) El redimensionamiento de la materia contravencional.

Los tipos contravencionales son reformulados por completo, tomando en consideración conductas verdaderamente lesivas y habituales en la vida de relación, suprimiendo tradicionales figuras notoriamente inconstitucionales (represión de la ebriedad, la prostitución, el merodeo, entre otros), del mismo modo que aquellas normas vetustas e inaplicables, extremando los recaudos en asegurar la máxima especificidad (taxatividad) a la hora de describir las conductas reprimidas por la ley, para evitar que los límites entre lo punible y lo impune queden sujetos a la discrecionalidad del intérprete.

b) El cambio en los recaudos para la promoción de la acción contravencional.

Se abandona el modelo tradicional de promoción pública de la acción contravencional (la acción promovida por la autoridad de prevención), para establecer, como regla general, la instancia privada (sólo se puede promover la acción contravencional si existe interés y denuncia del afectado). Esta medida tiene dos consecuencias directas: a) sólo habrá falta cuando exista una víctima o damnificado individualizables, y b) se limita la discrecionalidad policial en la intervención contravencional.

c) Un sistema de reacciones estatales (penas) adecuadas a la naturaleza de las faltas.

Tomando en consideración la tendencia contemporánea más ilustrada a la sustitución de las penas privativas de la libertad por otras respuestas más útiles (para la víctima, la comunidad y el imputado) y menos lesivas a derechos tan esenciales como la libertad, pero que, además, reconociendo que resulta incongruente que frente a los delitos se puedan aplicar penas de cumplimiento condicional, pero no se lo pueda hacer frente a una falta, es que se plantea la lisa y llana supresión de la pena de arresto y la implementación de un amplio abanico de alternativas frente a las conductas contravencionales.

- d) La creación de una etapa intermedia de resolución alternativa del conflicto contravencional.

Se crea una etapa intermedia, previa a la realización del juicio, de carácter administrativo y obligatorio para todas aquellas acciones dependientes de instancia privada, destinada a explorar las posibilidades de encontrar una resolución alternativa al conflicto contravencional, con plena participación del afectado.

El mecanismo alternativo de intervención temprana, de índole informal, actuado, que se deposita en manos de aquellos que tienen más posibilidades de proximidad, se encuentra orientado a dar una rápida respuesta a la víctima o damnificado por el conflicto contravencional y evitar al supuesto infractor las consecuencias de un juicio y eventual condena contravencional.

- e) La judicialización del conflicto contravencional con todos los recaudos del debido proceso legal.

Uno de los principales obstáculos para la implementación de un régimen contravencional respetuoso del debido proceso legal ha sido la creación del fuero de la especialidad, superador del juez instructor y de sentencia y de la ausencia de fiscales y, muchas veces, de defensores. La creación de nuevas burocracias judiciales, como dijimos al comienzo, chocan con las posibilidades materiales y reales de las provincias, que no cuentan con recursos ilimitados; circunstancia que posterga de modo indefinido la regularización de este segmento del poder punitivo, que no por ser de baja intensidad deja de llegar a un importante número de ciudadanos, generalmente identificados con los estratos menos acomodados de la sociedad.

El modelo que se propone, previo superar los numerosos filtros de legalidad que se crean (tipos contravencionales redimensionados, promoción de la acción dependiente de instancia privada, etapa intermedia y temprana de resolución alternativa del conflicto), deposita el caso contravencional en manos de la estructura judicial existente (justicia correccional y/o de paz), y asegura la intervención del fiscal y la defensa técnica frente a un tercero, imparcial e independiente, encargado de terciar en el pleito.

Tenemos la convicción de que los casos contravencionales que superaran los filtros previos serán escasos y no afectarán por recarga

de trabajo el normal funcionamiento de las estructuras que deberán absorberlos.

3. El proyecto ha sido formulado en ochenta artículos, lo que da cuenta de una economía y simplicidad, de signo opuesto al excesivo reglamentarismo que, de acuerdo con la experiencia, puede ser la puerta de entrada para la desnaturalización de los derechos y las garantías.

El código consta de tres libros, uno relativo a la parte dogmática (la parte general y las penas), otro que contiene los tipos contravencionales (consta de tan solo veinte figuras contravencionales, aunque hay algunas normas que describen varias infracciones) y el último, destinado a regular el procedimiento aplicable.

4. Como aspectos distintivos del proyecto podemos señalar:

a) La supresión del instituto de la reincidencia.

Independientemente de las contradicciones que la reincidencia presenta con ciertas garantías constitucionales y convencionales, y básicamente con el principio de culpabilidad por el acto y la prohibición de persecución múltiple, razones de orden práctico también hacen aconsejable su eliminación.

Una de las preocupaciones centrales del proyecto es ofrecer una formulación que no ofrezca inconvenientes de índole material para su implementación. En este sentido, la creación o mantenimiento de registros contravencionales representa la subsistencia de una burocracia administrativa innecesaria y evitable, ya que en los hechos la experiencia demuestra que las declaraciones de reincidencia contravencional son escasas y tampoco representa una utilidad significativa a los fines previstos en el proyecto, que básicamente se orientan a la solución del conflicto, la reparación de los posibles daños ocasionados a terceros y la remoción de las causas que pudieron haber originado la conducta sancionada.

b) Eliminación de la pena de arresto.

El proyecto hace clara opción por la eliminación de las penas privativas de la libertad ambulatoria, que junto con la multa han constituido la reacción estatal casi exclusiva frente al conflicto contravencional.

Las razones que aconsejan un temperamento de esta índole son diversas, pero las podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- La incuestionable crisis de las penas privativas de la libertad frente a la incapacidad estatal de proveer condiciones dignas de alojamiento, que las dependencias policiales no son sitios adecuados para mantener personas privadas de la libertad ni el personal policial es idóneo para atender esas funciones y que los establecimientos carcelarios deben concentrar su atención en los penados.
- El elevado costo material (humano y económico) frente a los escasos resultados que rinden, al individuo y a la sociedad, las penas privativas de la libertad en general, y las de corta duración en particular.
- Que mientras el sistema penal observa una clara tendencia hacia la sustitución de las penas privativas de la libertad, privilegiando los mecanismos de resolución alternativa de conflictos y reservando la respuesta más extrema para los casos más graves, resultaría poco menos que irracional obrar en dirección opuesta en una especialidad caracterizada por la baja intensidad de los conflictos.

Como lógica consecuencia de la eliminación de la pena privativa de la libertad ambulatoria, se produce la supresión de la detención preventiva y de la tradicional fórmula de la conversión de la multa en arresto, que de por sí implicaba una intolerable forma de consagrar la prisión por deudas.

- c) Respuestas estatales diversas frente a la conducta contravencional.

Se contempla un amplio abanico de posibilidades, graduadas de menor a mayor aflicción y restricción de derechos, a las que se puede apelar para responder al hecho contravencional y para el supuesto que haya fracasado la resolución alternativa del conflicto y no quede otra alternativa que el dictado de una sentencia condenatoria.

Como lógica consecuencia de la filosofía del proyecto se introduce la suspensión del proceso contravencional a prueba y desaparecen los mínimos de las escalas contravencionales, fijándose únicamente topes

máximos, por encima de los cuales la pena se convertiría en cruel, inhumana y degradante, a pesar de su bajo nivel aflictivo.

d) Los tipos contravencionales

El proyecto contiene veinte normas contravencionales (alguna de las cuales prevé más de una figura) que se circunscriben a regular el uso del espacio público y la convivencia ciudadana, de modo de garantizar su goce en forma igualitaria y segura.

Se parte de una redefinición de los bienes jurídicos a los que debe llegar el derecho contravencional (la integridad de terceros, la tranquilidad de terceros, el uso de los servicios públicos, la seguridad de la propiedad, la fe pública, el medio ambiente y la seguridad en los espectáculos en general, y los deportivos en particular), los que constituyen bienes preciados por la sociedad, suprimiendo definitivamente intrusiones en los ámbitos de la privacidad, como lo eran las faltas relacionadas con la moral, la decencia y las buenas costumbres.

e) El juicio contravencional.

El juicio, que cuenta con un poder requirente (el fiscal) encargado de promover la acción contravencional, con asistencia letrada (la defensa técnica) obligatoria y con la intervención de un tercero imparcial e independiente al conflicto (el juez) aseguran un debido proceso legal.

El juicio consiste en un proceso simplificado y caracterizado por la celeridad, la oralidad, la informalidad y la inmediatez.

f) Resolución de recursos.

Se abandona el mecanismo tradicional de conocimiento por una instancia jerárquica superior, por el moderno concepto de colegio de jueces, donde el recurso (en este caso) es resuelto por otro juez de idéntica jerarquía y con todos los atributos para hacerlo, fundamentalmente la imparcialidad frente al conflicto.

5. El proyecto es un modelo que procura sintetizar los requerimientos mínimos para asegurar un orden contravencional respetuoso de los derechos y garantías y el debido proceso legal constitucional y convencional.

Ello no implica que cada provincia que decida adoptar esta base normativa pueda introducir las modificaciones que estime necesarias a ciertas realidades puntuales, pero que no pueden traer aparejada la desnaturalización de su sentido original.

PARTE V

**Sobre los niños y jóvenes en conflicto
con la ley penal**

18. La reforma del sistema penal juvenil

Consideraciones luego de la propuesta presentada por la Asociación Pensamiento Penal en Catamarca

Mario Rodrigo Morabito

Fabrizio Gershani Quesada

Corría 2011¹ y Catamarca se teñía de una fatal desgracia, cobrándose la vida de cuatro jóvenes² que se encontraban privados de su libertad en la denominada “Alcaidía”.³

Por ese entonces, muchas voces se alzaron en contra del trato que recibían en la provincia los jóvenes en conflicto con la ley penal, hasta ese momento, invisibilizados por la hipocresía social.

Fue este trágico hecho el que motivó que la Asociación Pensamiento Penal (APP) desembarcara en Catamarca y a través de un grupo de destacados profesionales dedicados a la problemática, se concretaran las jornadas sobre “La problemática penal juvenil y la privación de libertad de los jóvenes”, organizadas por el Foro de Abogados por Catamarca.⁴

En la oportunidad hubo fuertes cuestionamientos a la situación de la minoridad, advirtiendo la necesidad de derogar la ley que rige para los niños y adolescentes en situación penal y exponiendo las severas falencias de los tres Poderes para adecuar la legislación local a la normativa internacional y brindar herramientas adecuadas a la situación planteada. No faltaron tampoco las referencias a la tragedia de la Alcaidía, en espe-

1 Para ser más precisos, el 9 de septiembre de 2011.

2 Nelson Molas, Nelson Fernández, Franco Nieva y Franco Sosa, quienes perecieron incinerados en una celda luego que uno de ellos iniciara el fuego con la quema de un colchón.

3 Ubicada en Mendoza y Avenida Colón de San Fernando del Valle de Catamarca.

4 Los disertantes fueron Gustavo L. Vitale, fundador de la APP y profesor en la Universidad del Comahue; Nicolás Laino, secretario general de la APP y Roberto Cipriano García, por ese entonces director del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la provincia de Buenos Aires.

cial desde los organizadores, quienes manifestaron que fue esta situación lo que los movilizó a organizar el evento para discutir la problemática.

Sin embargo, y hasta el día de hoy,⁵ las preocupaciones de los organizadores del evento quedaron tan solo en críticas y expresiones de deseos, que jamás se convirtieron en leyes por parte de las autoridades legitimadas para ello.

No obstante, la tarea de la APP no quedó en una mera crítica al sistema legal y de encierro de los jóvenes, sino que fue mucho más allá. Durante el año siguiente a la “Tragedia de la Alcaldía”⁶ y ya con los autores de este artículo en función de “Jueces de Menores”, la APP, a través de una comisión formada ad hoc e integrada por Julián Axat (defensor penal oficial juvenil de La Plata), Pablo Barbirotto (defensor oficial de niños de Paraná), Carlos Reggiani (fundador y tesorero de la APP), con el acompañamiento del presidente, Mario Alberto Juliano, presentamos un anteproyecto de ley penal juvenil modelo para Catamarca, que luego sería entregado a las autoridades legislativas encargadas de evaluarlo y, eventualmente, si lo consideraban conveniente, convertirlo en ley.

En líneas generales, en el mencionado anteproyecto se proponía la creación del fuero especial penal de la niñez en el ámbito de la primera circunscripción judicial, que abarcaría la Capital y los principales departamentos del Valle Central.

Este fuero, estaría integrado por dos Juzgados de Control de Garantías para la Niñez unipersonales, dos Fiscales de Instrucción de la Niñez y dos Defensores oficiales de la Niñez. El fuero sería, además, competente para atender el control de legalidad y la investigación de procesos penales en causas iniciadas por hechos calificados como delitos por chicos punibles al tiempo en que fueran cometidos. También tendría competencia en el control de legalidad y la investigación de un hecho delictivo en el que hubieran participado conjuntamente mayores de edad y niños, a la vez que proponía plazos más acotados a la investigación penal y una amplia gama de alternativas a ese proceso punitivo, sin recurrir automáticamente a la privación de libertad de los niños, que quedaba como última ratio.

En suma, el anteproyecto respondía al pleno respeto por las garantías constitucionales y supranacionales que rigen en el ámbito internacional de los derechos humanos de los niños.⁷

5 A más de dos años de la denominada “Tragedia de la Alcaldía”.

6 Precisamente, el 16 de mayo de 2012.

7 Sobre este punto, no podemos dejar pasar por alto que en las jornadas organizadas en Catamarca, el 7 de octubre de 2011 por el Foro de Abogados por

A partir de hechos como el acaecido en Catamarca, surgió a nivel nacional y, sobre todo, con mayor énfasis, a partir de la declaración de responsabilidad internacional establecida por la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros c. Argentina”,⁸ un fuerte debate acerca de la adecuación del anacrónico sistema penal juvenil a los estándares internacionales de los Derechos Humanos de los niños.

La realidad impone la tarea de impulsar un profundo proceso de transformación del régimen penal juvenil, de modo de avanzar en la consolidación de un sistema respetuoso de los derechos humanos que se adecue a los estándares previstos en la Constitución y en la normativa internacional que rigen en la materia.

Dicho proceso de transformación requiere decisiones y políticas públicas que operen de manera sinérgica y simultánea para el logro de cuatro propósitos centrales:

1. Derogar el Régimen Penal de la Minoridad (Decreto-ley 22 278, tributario de la concepción tutelar clásica), y la sanción de una ley nacional de justicia penal juvenil acorde con los preceptos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales que rigen en la materia.
2. Iniciar o profundizar las reformas de las legislaciones procesales y de la organización de la justicia de niños y adolescentes en cada provincia.
3. Formular, de manera progresiva, políticas y programas gubernamentales en materia penal juvenil y/o afianzar las que se adecuen a los estándares antes mencionados.

Catamarca, tituladas: “La Problemática Penal Juvenil y la Privación de Libertad de los Jóvenes”, el miembro de la APP, Gustavo Vitale, ya había señalado la necesidad de lograr cambios positivos para prevenir tragedias como la de la Alcaldía, y sostuvo que “uno de esos cambios es la derogación de la ley que rige aquí, de niñez y adolescencia, que es una ley anterior a la Convención de los Derechos del Niño. Es sacar del ámbito de la Justicia todo lo que es propio de las políticas públicas. El Poder Judicial debe estar limitado por una ley que le acuerde derechos a los chicos frente a ese poder penal que lleva adelante”. Para ello “tiene que establecerse una justicia penal con jueces de garantías de niños, con un fiscal, tiene que haber defensores, no asesores; un juez imparcial que controle, impedir que los chicos estén presos durante el proceso, con mediación, libertades asistidas, etc., y solamente se los encarcela si después de un juicio justo se los declara responsables”.

8 Sentencia de 14 de mayo de 2013.

4. Consolidar un sistema nacional de estándares mínimos para el registro y sistematización de datos que permita contar con información coherente y actualizada relativa al sistema penal juvenil.

La sanción de la Ley 26 061 produjo la derogación de la 10 903 (Ley de Patronato de Menores, principal instrumento legal de la concepción tutelar clásica) y la adaptación de la normativa de orden infraconstitucional al paradigma de la Protección Integral de Derechos, tributario del modelo de protección universal de los derechos humanos.

Como consecuencia del proceso de adaptación normativa y frente a la imperiosa necesidad de adecuación legal a los preceptos contenidos en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (26 061), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), resulta imprescindible avanzar en la reforma del régimen penal que se aplica a los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal.

De acuerdo con la organización federal, la reforma de la ley penal sustantiva, materia delegada por las provincias a la Nación, debe realizarse en ese ámbito. Debe establecer un régimen especial que responda ante la comisión de delitos por parte de personas menores de dieciocho años de edad con consecuencias jurídicas proporcionadas, que no priven al adolescente de otros derechos que no sean los exclusivamente restringidos por la sanción impuesta, que posibiliten la integración social del adolescente en la comunidad de un modo constructivo y que impliquen el uso de las sanciones privativas de la libertad como último recurso. En síntesis, *debe promover respuestas orientadas a fomentar la dignidad personal y a fortalecer las reglas de convivencia social y de los derechos de todos los integrantes de la sociedad.*

Para avanzar en la adecuación del sistema penal juvenil se requiere fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncia a la intervención penal coactiva. Asimismo, resulta fundamental incorporar garantías procesales básicas a nivel provincial, estableciendo un plazo razonable para la finalización del proceso penal y que sea posible contar

con diversos recursos para el cumplimiento de medidas que permitan dar por concluido de manera anticipada y alternativa el procedimiento. Respecto de las sanciones y medidas que se dispongan como resultado del proceso, será conveniente diversificarlas, de tal modo de contar con opciones que no lleven a una aplicación sistemática de la medida de privación de la libertad. Además, con el fin de evitar las arbitrariedades a las que da lugar la legislación vigente, es necesario que las medidas se encuentren expresamente establecidas en cuanto a su modalidad y a su tiempo de duración.

También es imprescindible contar con políticas, líneas programáticas y dispositivos gubernamentales especializados en cada una de las provincias para la aplicación de las medidas dictadas judicialmente. Dentro de estos dispositivos especializados, adquiere especial relevancia la oferta adecuada y suficiente de dispositivos alternativos a la privación de la libertad, de modo tal que se constituya en un recurso punitivo último y excepcional ante el agotamiento absoluto de los demás recursos disponibles.

El nuevo sistema penal juvenil debe estar orientado:

1. A la Justicia Restaurativa

No pueden ignorarse las numerosas ventajas que comporta la Justicia Restaurativa y los procesos de mediación, conciliación y reparación del daño con jóvenes que han cometido delitos. Veamos algunas de ellas:

- Evitar el internamiento en un centro cerrado, en los casos en los que no sea estrictamente necesario, reduciendo los efectos estigmatizantes de la pena. Es de especial importancia la posibilidad que brindan los medios de Justicia Restaurativa de realizar “enmiendas”, entendidas como condiciones a cumplir por parte del ofensor, para conseguir el objetivo de reparación o restitución. Un ejemplo clave en el caso de los jóvenes infractores es regresar a la escuela o continuar sus estudios.
- Además de centrar su atención en el joven infractor, también se tienen en cuenta los intereses y derechos de la víctima, buscando su satisfacción. De esta manera, se fomenta la participación e inclusión de ambas partes en el conflicto, y se promueve la reconciliación entre el joven infractor y la víctima.

- El joven infractor es consciente de la gravedad de sus actos, fomentándose su implicación y responsabilidad a la hora de asumir las consecuencias de sus acciones.
- Es útil para la prevención del delito, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz social. Al repararse el daño, la víctima y la comunidad consideran eliminada la perturbación social originada por la infracción penal.
- Idoneidad de los métodos propuestos por la Justicia Restaurativa para la consecución de la finalidad de reeducación y reinserción social del joven infractor.

2. A los abordajes multidisciplinarios

- Los abordajes interdisciplinarios son fundamentales en el sistema penal juvenil toda vez que permiten la intervención conjunta de todos los actores especializados en infancia. Ello beneficia al joven infractor ya que se le asigna una participación activa en su actual problemática y en el hecho en concreto que lo afecta.
- Los actores intervinientes –a través de sus distintas miradas de la infancia y su problemática– podrán aportar diferentes opiniones que son necesarias y fundamentales para la recuperación del joven.
- El juez podrá contar con información más detallada desde la multicausalidad, esto es, a partir de la historia de vida del joven y su entorno social, contando con una amplia gama de alternativas para una intervención efectiva que luego permitirá disponer de medidas sustitutivas que una vez cumplidos sus objetivos evitarán el castigo punitivo.

3. A la especialización penal juvenil

- Los procesos penales seguidos contra adolescentes deben contar con una ley de fondo, un procedimiento y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal, lo que conlleva, necesariamente, el conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia.

- Los adolescentes serán sometidos a la justicia especial, mientras que en el caso de encontrarse imputadas personas adultas por el mismo hecho, deberán ser juzgadas por la justicia penal especializada.
- Los órganos judiciales (jueces, fiscales, defensores oficiales) deberán estar capacitados y tener competencia específica para actuar cuando los delitos son cometidos por adolescentes.
- Los procedimientos se deberán adaptar a las necesidades de los adolescentes, previendo estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.
- Las autoridades administrativas de aplicación del sistema y los establecimientos de ejecución de las penas deberán ser especializados, es decir, diferenciados de los destinados a la población de mayores de dieciocho años.
- Las sanciones penales y las medidas alternativas al proceso penal serán diferentes de las del régimen general.
- Se deberá garantizar un doble conforme especializado.

La sanción de una ley sustantiva adecuada es una base necesaria, aunque de ningún modo suficiente, para acercarnos a un abordaje respetuoso de los derechos y garantías de los adolescentes infractores. Sobre la nueva ley debe asentarse una institucionalidad eficaz, orientada a sus fines y conforme a sus principios, que contribuya a ampliar las oportunidades de ciudadanía efectiva para los adolescentes infractores y presuntos infractores de la ley penal.

El desafío que afronta la construcción de un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos humanos en general, y de los derechos de los adolescentes en particular, no se agota con una reforma normativa, sino que requiere herramientas institucionales y comunitarias que permitan consolidarlo y sostenerlo en las prácticas cotidianas.

No obstante, más allá de la necesidad de una pronta reforma al régimen penal juvenil, existe la posibilidad, tomando como referencia el marco legal internacional, de aplicar medidas alternativas a la privación de la libertad y con sustento a los resultados por ellas obtenidos, evitar que los jóvenes sufran las consecuencias penales de una posible sanción, que lejos de resolver conflictos estigmatiza y retroalimenta su violencia. Con razón puede decirse que el sistema penal aplica a diario dolor, sólo que esa violencia se ve invisibilizada tras los muros de alguna prisión o calabozo cuando el violentado pertenece al sector social para quien sí fue diseñado ese sistema: “los pobres, en definitiva los excluidos”.

19. El eterno retorno de las falsas soluciones

La reducción de la edad de punibilidad

Fernando Gauna Alsina

Mariano H. Gutiérrez

INTRODUCCIÓN

Cíclicamente, las noticias informan sobre la participación de “menores” (de edad) en crímenes o hechos violentos. De manera esporádica, encuentran alguno que, por las características particulares de violencia o crueldad, estimula los más primales impulsos de venganza. La presencia del “problema” de los jóvenes y adolescentes en el centro de nuestros arrebatos vindicativos es tal que en el pico histórico de la demagogia punitiva de los últimos treinta años, durante los coletazos del caso Blumberg (año 2004), poco se debatía –ni públicamente, ni en los diarios, ni en la escena política– sobre la intervención de cuanto menos tres policías en el fatídico desenlace de ese suceso. En cambio, se puso –y con peculiar énfasis– el foco sobre la participación de tres menores de edad. “Estos menores son los que están matando a nuestros hijos. Que cumplan penas como tienen los mayores. Hay padres degenerados que hacen delinquir a esos chicos y se hacen asesinos. Por eso pedimos bajar la edad de imputabilidad”, clamaba Juan Carlos Blumberg y reproducían los diarios.

No caben dudas de que este discurso ha calado hondo. El informe del anteproyecto de Código Penal de la Comisión Legislativa encabezada por E. R. Zaffaroni en el año 2013 da cuenta de que mientras que se recibieron ciento cuarenta y cinco propuestas de organismos y ciudadanos de aumentar las penas, sólo se recibieron doce para reducirlas. Y

respecto de los menores que delinquen, treinta y cinco sugerencias se dirigieron a solicitar la reducción de la “edad de imputabilidad”, mientras que dos solicitaron mantenerla (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, 2013).

Los niños y los jóvenes, sobre todo los de clases marginales, pocas veces son noticia respecto de denuncias sobre las terribles condiciones en que viven –o más bien subsisten– con sus familias. La vulnerabilidad, la imposibilidad de acceso a una vivienda digna, a un entorno libre de violencia, a una educación razonablemente buena, no indigna. El *menor*, constituido como sujeto peligroso en abstracto, que se hace concreto en cada hecho trágico que lo involucra. Si aparece su nombre no es más que un dato de color, no se trata de Fulano o Juan, que tuvo determinada historia, sino que se trata de “un menor”, o de “menores”. Se lo define como un representante más, indistinguible, innominado, de toda una clase delincuente: “el menor”, que el discurso policial y el periodismo construyen, y que la opinión pública repite. Hay un único sujeto colectivo, “el menor”, todo él peligroso. Cada individuo que aparece en cada noticia no es más que una de sus manifestaciones.

No importa cómo se llame *ese* joven y, por lo tanto, cuál es su historia, la que explica dónde está y qué hace. Es “un menor”, y eso significa que es de *esa* banda, de *ese* grupo, de esa particular casta de delincuentes. Encarna al “ser” menor, el sujeto sin reglas y, por lo tanto, más cruel y peligroso. Simula ser un niño pero no lo es, porque mata como un adulto. Y por su simulación, es más peligroso aun que el adulto. Se escuda en su régimen legal especial para gozar de impunidad, es un protagonista reincidente de las peores notas periodísticas alarmistas y provocadoras. Eso es “el menor”. Se convierte, entonces, en una verdad irrefutable, aunque no tenga ninguna fuente empírica certera, de que cada vez matan más, que cada vez intervienen más en el delito, que son crueles, que no tienen códigos, que su violencia es imprevisible. El menor y su violencia se convierten en una voz de alarma, no en un enunciado del que pueda juzgarse si es cierto o falso.

Esta problemática, la de los niños, jóvenes y adolescentes en conflicto con la ley penal o, en rigor de verdad, el conflicto de los regímenes legales vigentes con sus derechos –no sólo en sus letras, sino también en sus prácticas–, ha sido una temática que desde la Asociación Pensamiento Penal hemos seguido continuamente y de cerca. Desde comunicados e iniciativas concretas ante situaciones de violencia institucional, hasta presentaciones judiciales en calidad de *Amigos del Tribunal* y proyectos de reforma, como aquellos que recogen los trabajos sobre justicia juvenil que integran esta obra. La clave de todos estos abordajes, de toda intervención no represiva en la cuestión de la infancia violentada violenta, es desterrar aquella idea e imagen mediática del “menor”, su asociación con el fenómeno delictivo o criminal y, por ende, sobre la falsa solución de la pena. Que aunque falsa en todas sus manifestaciones, también con

los adultos, cobra especial perversidad y crueldad cuando hablamos de jóvenes y niños, y cuando tomamos conciencia de lo que la intervención penal provocará en sus vidas.

ALGUNOS NÚMEROS

De acuerdo al último estudio de campo publicado por el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ la tasa de homicidios dolosos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue de 5,46/100 000. Concretamente, ciento cincuenta y ocho (158) víctimas, y doscientos setenta y cinco (275) imputados identificados. Entre estos, quince (15) menores de edad. Sólo dos (2) no punibles. De manera que el 5% de los homicidios dolosos ocurridos en la Capital Federal ha sido cometido por adolescentes (menores punibles), mientras que el 1% por niños no punibles. Estas cifras, de acuerdo con los datos que ofrecieron las investigaciones realizadas en años anteriores (2010 y 2011), se han mantenido estables. Los datos pueden consultarse en el sitio web del Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y obedece a un estudio de campo realizado respecto de los homicidios dolosos consumados ocurridos durante el 2012 (<www.csjn.gov.ar>).

Números similares se verificaron en los principales distritos de la provincia de Buenos Aires (PBA). El Departamento Judicial de La Plata, que comprende catorce partidos y cuenta con una población de 1 160 614 habitantes (con la particularidad de que el Partido de La Plata concentra más de la mitad de la población), arrojó una tasa de homicidios de 4,13/100 000. Cuarenta y ocho (48) víctimas, y cincuenta y nueve (59) imputados. Entre estos, sólo un niño no punible. En el Departamento Judicial de La Matanza, el Partido más poblado de la región, con 1 775 816 habitantes, se verificó una tasa de 9,34. Ciento sesenta y seis víctimas (166) y doscientos diecinueve (219) imputados identificados. En el 6% de los casos se advirtió la intervención de menores punibles, pero sólo en el 1% de niños no punibles.

En el Departamento Judicial de Lomas de Zamora, que comprende seis partidos y cuenta con una población de 2 435 802, presentó una tasa

¹ Agradecemos especialmente al Lic. Francisco Sánchez de Loria, integrante del Instituto, quien nos facilitó la búsqueda y lectura del material.

de homicidios de 7,22. Ciento setenta y seis (176) víctimas, y doscientos cuarenta y tres (243) imputados. La comisión de homicidios atribuidos a niños punibles alcanzó el 5%, y no punibles el 2%. El Departamento Judicial de Morón, que comprende cuatro partidos y cuenta con una población de 1 198 668 habitantes, presentó una tasa de homicidios de 5,4/100 000. Sesenta y cinco (65) víctimas, y noventa y un (91) imputados. Se verificó la intervención de menores punibles en tres (3) casos y en tan sólo dos (2) de no punibles.

El Departamento Judicial de Moreno, que comprende dos partidos y cuenta con una población de 539 690 habitantes, arrojó una tasa de homicidios de 9,45/100 000. Cincuenta y un víctimas (51) y setenta y ocho (78) imputados. Se verificó la intervención de menores punibles en ocho (8) casos y de no punibles únicamente en tres (3). En el Departamento Judicial de San Martín, que se compone de cinco partidos y cuenta con una población de 1 618 813 habitantes, se advirtió una tasa de 8,89/100 000. Ciento cuarenta y cuatro (144) víctimas y doscientos veintiún victimarios (221) en la totalidad de la jurisdicción. Con todo, la comisión de homicidios atribuidos a niños no punibles no superó el 2%.

Cifras similares se verificaron en el resto de los municipios relevados por el Instituto de Investigaciones de la CSJN (primer, segundo y parte del tercer cordón del Conurbano Bonaerense). El análisis global del sector arrojó una tasa homicida de 7,66. Sólo el 2% perteneció a menores no punibles.

Sobre la totalidad de los delitos registrados en la PBA, las estadísticas publicadas en el año 2013 publicitadas por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (<www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/mitos-realidades-y-estadisticas-del-delito-juvenil-en-la-provincia-1507.html>) revelan que sólo el 4,73% de los delitos investigados en la provincia en el año 2012 tuvo como sospechosos a menores de edad.²

El Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Grupo de Estudio sobre Derecho Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA (<webiigg.sociales.uba.ar/gespydh>) en el año 2013 emitió una “Declaración Contra la Baja de Imputabilidad” en la que aporta cifras que agregan que las causas abiertas en los fueros específicos de niños, niñas y adolescentes en materia penal

² La utilización de estos datos obedece a que las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Seguridad de la provincia en materia de homicidios dolosos no discriminan franja etaria. Puede consultarse en <www.mseg.gba.gov.ar/mjyseg/libros/EstCriminal.html>.

en la PBA no han subido significativamente los últimos años. Incluso, destacaron que en el 2012, en el mejor de los casos, se habría retrotraído los valores al año 2007. Con relación a las causas abiertas por la comisión de delitos de homicidio, señalaron que si bien habían subido entre el año 2009 y el año 2011, no constituían los puntos más altos de la serie. Menos aún, una cifra alarmante o inusitada nunca antes experimentada: en 2003 y 2004 hubo un registro mayor de “homicidios”, encausados y atendidos por medidas distintas del endurecimiento del sistema penal; poniendo de relieve que en 2012 habían vuelto a bajar, por lo que era imprescindible seguir exhaustivamente la evolución de esa variable.

Por lo demás, a nivel nacional, el último informe elaborado por la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación refleja una tasa de homicidios de 5,45%.³ Son 1360 homicidios dolosos, con 1170 imputados. Sólo 35 de ellos menores de 18 años.

Los datos demuestran, en contra de la idea instalada en el imaginario popular, que la intervención de jóvenes menores de 16 años en hechos mortales es ínfima. En este sentido, se pronunció el Ministro de la Corte, E. R. Zaffaroni, en ocasión de presentar el informe antes citado, cuando concluyó que:

El porcentaje de menores de dieciséis años (llamados inimputables) continúa muy bajo: 1% en Ciudad y 2% en el Conurbano y en La Plata. Nada hace suponer que ese porcentaje se altere muy sustancialmente al proyectarlo sobre el 46% de no identificados de la Ciudad, 33% en Conurbano y menos aún sobre el 11% de no identificados en La Plata. Por ende, los tres años de investigación demuestran claramente que la insistencia mediática en que la solución a la violencia homicida dependa de la punición de los menores de dieciséis años, resulta claramente desmentida.

El mismo trabajo de la Corte Suprema revela que la mayor parte de los hechos violentos en los que estuvieron involucrados jóvenes menores de edad no tuvo que ver con aquellas situaciones que se han catalogado como *inseguridad* (robos con armas de fuego, secuestros extorsivos, ho-

³ El informe data de 2009 y no contempla los hechos ocurridos en la provincia de Buenos Aires. Igualmente, la tasa excluye el cómputo de la población de la provincia. Puede consultarse en <www.jus.gob.ar/media/109968/argentinadochos2009.pdf>.

micidios en la vía pública, etc.). Comúnmente, los homicidios fueron el desenlace de discusiones y riñas personales, en el seno de sitios de alta conflictividad y desigualdad social.

A modo de ejemplo, valga traer a colación que tres de los únicos cuatro supuestos de homicidio ocurridos en la Capital Federal durante el 2011 y 2012 –hablamos de los cuatro homicidios en los que presumiblemente intervinieron niños no punibles– ocurrieron en el segmento donde se advierten las mayores disparidades sociales y económicas, que es la zona sur de la ciudad. Uno de ellos sucedió en el interior de una vivienda del barrio de San Cristóbal –a escasas cuadras de Constitución–, otro en el barrio de emergencia 21-24 y el restante en el barrio de emergencia 6. Aunque tal vez sea más gráfico subrayar que, de conformidad con el mismo estudio de campo, el 73,3% de los victimarios menores (punibles y no punibles) residían en zonas catalogadas de emergencia. Evidentemente, son jóvenes que han vivido en la privación en más de un sentido.

Otra investigación, independiente de las anteriores, llevada a cabo por Unicef, la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), y la Universidad Nacional de 3 de Febrero (UNTREF) sobre un total de mil ochocientos adolescentes menores de 18 años privados de libertad por causas penales en el país, reflejó que sólo un 17% son no punibles, es decir menores de 16 años: trescientos adolescentes. Siguiendo los razonamientos de Claudia Cesaroni (2012):

Cuando se analizan los delitos que se les imputan a aquellos 1800 adolescentes privados de libertad, los datos indican que un 15% está imputado de homicidio (incluyendo la tentativa de homicidio, es decir, los casos en que no se produjo el resultado muerte): 270 casos. Si aplicáramos la proporción entre punibles y no punibles, tendríamos que, de esos 270 casos, sólo 46 (el 17% de 270) corresponderían a adolescentes de entre 14 y 15 años. Pero esa cifra es más baja aún si tomamos la cifra del total de homicidios dolosos que se cometen al año en nuestro país: unos 2000. De esa cantidad, en unos 200 participan menores de 18 años. Y de esos doscientos, según declaraciones del director regional de Unicef para América Latina y el Caribe, Nils Kastberg, en sólo 15 casos participan menores de 16 años.

No pretendemos aquí restar relevancia a los episodios violentos en los que participaron menores de edad: para quien lo sufre, el hecho es ominoso y seguramente irreparable. Pero el que está en posición de discutir

una posible solución en términos de políticas públicas debe aceptar que el niño menor de 16 años no constituye una manifestación sobresaliente, ni un problema central, en materia de criminalidad. Sí lo son sus contextos, sus historias, sus trayectorias, pues reflejan un problema fundamental en materia social.

¿BUENAS IDEAS?

Los mismos debates parlamentarios que se hacen eco de las propuestas vindicativas o de mano dura, reconocen que mayores penas o mayor dureza penal, no son respuestas utilitarias o preventivas a la criminalidad, es decir, no son una solución. Se trata, más bien, de expresar un reproche, de representar la voz del agraviado. A pesar de que en el vocabulario cotidiano, la expresividad y la dureza de la pena está “mezclada” con su pretendida eficiencia, ningún legislador desconoce que eso no es cierto. Y aquellos que siguen el reclamo punitivo, terminan por justificarse, no en razón de una prevención a futuro, sino en la necesidad de que la ley refleje o manifieste una reprobación, un repudio.

Pero, por otro lado, existe una corriente de orígenes progresistas que se remontan en el ámbito local, a los años 1970 y 1980, que originariamente pertenece a la lógica de la perspectiva de derechos, aquella que combina la crítica política y filosófica al sistema penal con la renovación de las formulas liberales de concebir al derecho (en este caso penal) como sistema de protección del individuo a través de garantías formales. Esta corriente promueve la baja de la edad de punibilidad, aunque con otro vocabulario: no se trata de bajar el límite etario de la responsabilidad penal, dice, sino de establecer un régimen claro de sanciones para los menores de edad hoy no punibles. El argumento central de esta corriente, que encuentra en nuestro contexto a su máximo exponente y fundador en Emilio García Méndez, argumenta que de esta forma se aplicarán las garantías del proceso penal a un niño imputado de cometer estos delitos, cuando hoy, el proceso al que es sometido el niño que es señalado como autor de un hecho antijurídico penal carece de garantías (véase, por ejemplo García Méndez, 1992, 1996). Se supone que un proceso del tipo investigativo-sancionatorio diseñado a partir de las garantías procesales eliminaría la tendencia de los viejos sistemas a resolver todo conflicto grave mediante la internación compulsiva y la suplantación de la patria potestad del niño por parte del Juez.

Esta idea se apoya sobre una certeza humanista innegable: resulta ineludible reemplazar una ley nacida en plena dictadura militar (Decreto-ley 22 278) cuyo horizonte no ha sido otro que un régimen tutelar focalizado en la peligrosidad del niño. Sin duda, es necesario reemplazarla por una norma de la democracia que recoja los avances y los mecanismos de protección social reunidos en estos años. Sin embargo, no es cierto que hoy *las leyes*—y debemos remarcar que estamos hablando de las leyes, no de los sistemas penales en aplicación efectiva— no prevean *garantías* procesales para los niños hasta tanto se reduzca la edad de punibilidad. La mayoría de las provincias ya ha reformado sus códigos procesales de menores a códigos de responsabilidad penal juvenil, en las que estas garantías se encuentran explícitamente enumeradas.

Pero aun donde no existen tales leyes (como en el sistema nacional-federal que rige en el ámbito federal de todo el país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) lo cierto es que muchas—por no decir todas— de las garantías que se reclaman por escrito ya se encuentran contempladas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 40) y en la Ley Nacional 26 061 (art. 27) que son, huelga decirlo, de aplicación obligatoria. En estas condiciones, si un juez continúa aplicando las disposiciones del Decreto-ley 22 278 sin realizar un filtro de *convencionalidad* y *constitucionalidad* y, a modo de ejemplo, encierra a un niño por la comisión de un hecho que no se cometió, ni siquiera se ocupó probar o relegó su derecho a ser oído y, como tal, a ejercer su defensa material; está actuando de forma ilegítima y violatoria de la normativa *aplicable*. Es decir, que aunque nuestro sistema legal actual se encuentre desordenado y sea contradictorio, contamos con instrumentos y material normativo para poner en marcha una interpretación protectora y democrática del proceso judicial que se abre cuando un menor de edad no punible es acusado de cometer un delito.

Aún así, el problema de las prácticas persiste, incluso en aquellas provincias que sí han modernizado sus sistemas procesales. Baste como ejemplo la PBA, que cuenta con una ley muy celebrada, y sin embargo el trato que le da a los jóvenes en sus institutos es ominoso. Y aunque ya no recuerda a los viejos y opresivos reformatorios, tomó lo peor, lo más violento y destructivo de las cárceles para adultos, cuya realidad hoy no puede ser celebrada ni defendida por nadie.⁴

4 Sobre las condiciones de encierro de jóvenes en la provincia de Buenos Aires son gráficas y elocuentes las palabras y presentaciones judiciales de Julián

La mentalidad burocrática del operador judicial (o de cualquier otro) prefiere recurrir a la medida más gravosa si ella es sencilla y rápida, que sin demora alguna les quitará el problema de encima: el “instituto”, la “alcaldía” –o cualquiera sea el bello nombre con el que se llame ese lugar donde otros se encargan de los jóvenes más problemáticos–.

La letra legal en el régimen penal de adultos supone que la prisión es una medida excepcional. Sin embargo, no lo es. ¿Por qué sería una excepción a este fraude de etiquetas un sistema con una ley procesal penal juvenil? En los sistemas de adultos las garantías son letra muerta: abundan los presos sin condena, las torturas y el hacinamiento en las cárceles, denuncias por causas armadas, selectividad penal, violencia institucional, interpretaciones violatorias del principio de inocencia, desigualdad de armas efectiva para llegar a un acuerdo de autocondena, etc. En síntesis, arbitrariedad judicial, selectividad, violencia, tortura... ¿por qué deberíamos pensar que un vocabulario legal de garantías en el caso de los jóvenes sí sería efectivo?

El problema de fondo no es sólo legal, sino –y sobre todo– *cultural* y del sistema judicial-institucional: está en los jueces y en los operadores jurídicos, en las instituciones de encierro y los guardias, y en los equipos técnicos de estos juzgados, más que en la letra de los códigos. Aunque las letras de los códigos se renueven, la maquinaria de degradación y maltrato está avalada y sostenida en las prácticas de los operadores. Es difícil pensar que cualquier reforma legal, protagonizada por los mismos operadores jurídicos, ofrecerá mejores resultados.

En la desesperación por hacer efectivo el proyecto, sus impulsores lo venden al público y a los operadores políticos tanto por derecha (el castigo merecido) como por izquierda (las garantías). Y en esta confusión, que se reproduce en muchos niveles, se determina su futuro: las contradicciones y ambigüedades abren un mayor espacio para que los actores más poderosos se apoderen de su interpretación. Por ejemplo, se argumenta que un sistema cuyo eje sea la imputación habrá de facilitar que el niño asuma su culpa y asimile el hecho como negativo (efecto pedagógico de la sanción). Pero un sistema de garantías y responsabilidad personal rechaza las ideas que derivan del efecto pedagógico del proceso y la pena y de la asunción de culpa. En un sistema procesal de garantías

Axat, Defensor oficial del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de La Plata. Pueden consultarte, entre otras, en <cosecharoja.org/ninos-detenidos-en-la-provincia-de-buenos-aires> y <agepeba.org/lectura.asp?id=10460>.

el imputado no tiene por qué asumir su responsabilidad, tiene amplios derechos a la defensa que lo protegen contra intenciones de este tipo, al punto que le cabe el derecho de no declarar o decir lo que quiera, y desarrollar una estrategia para evitar la aplicación de una pena. Haya sido o no el autor material histórico. En definitiva, cuando ya resulta complicado pensar que la pena tenga un efecto pedagógico, se suma que se contradice con la idea de un proceso penal con garantías.

Por otro lado, ¿es necesaria la intervención penal o sancionatoria para el “efecto pedagógico”? ¿Cuándo tuvo, efectivamente, la sanción penal este efecto? ¿Acaso no hemos comprobado que la sanción penal produce degradación y resentimiento? ¿Por qué no podría buscarse un efecto pedagógico más constructivo a través de los mecanismos de protección, en lugar de hacerlo mediante el sistema penal? Seguir *privando* de derechos a un adolescente violentado, que ha vivido atravesado por las *privaciones*, escasamente tenga algún efecto positivo. Nada exige que el menor sea punible para que el juez actúe verdaderamente a favor del joven, restituya derechos, impulse su escolarización, lo devuelva a un ambiente familiar sano, y, gozando de derechos, internalice deberes.

La imputabilidad y la punibilidad no pueden dissociarse de la idea de responsabilidad. Si nos pronunciamos por la punibilidad de un niño/ adolescente le estamos haciendo decir al sistema legal que ese joven es lo suficientemente maduro y, por tanto, responsable, para cargar con una de las obligaciones más graves de cualquier acto ilícito, como lo es el encierro. ¿Cómo se puede promocionar que un joven de 14 años pueda ser punible y, como tal, responsable, cuando el ordenamiento legal actual no le permite ejercer derechos clave de la vida diaria que, precisamente, reflejarían que se los reconoce como sujetos maduros y responsables (a trabajar, a realizar contratos, a casarse, a votar)? ¿Cómo puede ser que reconozcamos que, efectivamente, es inmaduro para ejercer por sí mismo sus derechos, pero no para pagar sus culpas con su carne?

Aún así, los promotores de la idea de penar a los 14 y 15 años que se presentan como progresistas sostienen con supuesto apoyo en la psicología evolutiva y el sentido común que debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen penal a los menores de 14 años. En concreto, señalan que en esos casos el Estado debe lisa y llanamente renunciar a su persecución penal. Las mismas razones nos pueden llevar a sostener que no es una decisión apropiada en materia de política criminal para un niño de 15 años, como así tampoco una opción necesaria para ofrecer mayores garantías. Pero más allá de eso, una vez que ocurra un hecho de sangre con un menor de 13 años involucrado, ¿qué nos impide seguir

buscando esa responsabilidad y ese supuesto sentido positivo de la pena en este niño? Por un lado, hemos probado que este niño también es peligroso, también puede matar. También podemos considerar que debe hacerse responsable y, finalmente, que la diferencia entre un niño de 13 y uno de 14 es a veces arbitraria. Por otro, si en definitiva la pena es constructiva y pedagógica, ¿por qué privar a este pequeño de 13 de ese aprendizaje positivo? Y si luego ocurriera un hecho con un niño de 12 años, ¿por qué no?

Si creemos encontrar en un sistema penal sancionatorio la solución para el problema de los niños violentos/violentados, si creemos estar haciéndoles un bien, ¿por qué ponerse ese límite tan arbitrario? Si consideramos que efectivamente la vía penal es una solución, entonces no hay límite. Debemos recordar que, por el contrario, la obra que se ejecuta en el teatro penal es siempre una tragedia. Ello es lo que nos moverá a buscar siempre la solución en otras vías.

EL PROBLEMA NO ES EL NOMBRE

Es usual escuchar en ocasiones que, frente a un adolescente violento, a su familia en riesgo o victimizada, el sistema judicial/institucional sería lo mejor para él. Pero retomando un ejercicio intelectual que proponen los abolicionistas: si ese niño que está en esa situación fuera su sobrino (el de usted, que está leyendo esto), ¿seguiría pensando que eso es lo mejor para él? ¿O pensaría que sería mejor primero intentar otras opciones? ¿Estaría dispuesto a mandar a su sobrino a ese sistema penal, a pesar de que la ley diga que tendrá tantas garantías? Los centros de “alojamiento” (¡vaya eufemismo perverso, de entre todos los que nos tiene acostumbrados el sistema penal!), por más especializados que pretendan ser, tienden a operar bajo la misma lógica y dinámica que las cárceles. Y las unidades carcelarias presentan los índices más altos en materia de homicidios y de violencia en general.

Hemos pasado décadas discutiendo la derogación del sistema de “menores” en favor de un sistema bifurcado: de protección y penal “juvenil”. El sistema “de menores”, sus jueces y operadores están contruidos sobre la base de miradas y concepciones autoritarias, y sus prácticas descansan en la seguridad de la rutina burocrática. Las mismas concepciones y las mismas prácticas se adaptarán a la nueva ley, si cometemos el error de seguir poniendo el foco en los nombres y no en los actores y sus prácticas.

Por el contrario, si el encierro por vía de la internación no fuera una opción, el juez debería esforzarse por intentar medidas de protección familiar y educativas que le permitan intervenir con mayor amplitud en la problemática, pero no a partir de la mirada sancionatoria, ni tampoco de la mirada paternalista-autoritaria del viejo sistema de menores. Estaría obligado a privilegiar su escolarización, garantizarle un ambiente familiar adecuado, libre de violencia, así como el pleno desarrollo como niño... si la pena, claro, no fuera una opción.

Es de por sí cuestionable la legitimidad estatal de aplicar dolor mediante la pena a una persona por el dolor que causó a otra. Pero ¿qué decir de aplicar dolor a un adolescente que termina cometiendo un acto de violencia como resultado de una historia de cientos de violencias repetidas, sufridas por él mismo? No exige demasiado ejercicio intelectual imaginar la cantidad de carencias, privaciones y situaciones de violencia que precedieron la vida de un niño que a los catorce años sea capaz de matar. ¿Cómo podemos consentir aplicarle más violencia aún, como “solución”, cuando su conducta se explica porque ese niño ha recorrido catorce años de su vida sufriendo otras violencias, privaciones, sometimientos que nunca estuvo en su poder resolver? ¿Queremos castigarlo para que expie su culpa, o para derivar la nuestra por dejar que eso ocurriera?

Triste objetivo el del pensamiento crítico si se agotara en discutir cómo penar mejor, cómo castigar mejor a los niños, cómo encerrarlos humanamente. El objetivo debe ser encontrar el modo de desarmar la cadena de violencias y no seguir sumando a ella. La discusión no debe ser sobre cómo hacer al niño responsable de su violencia, sino cómo podemos hacer para evitar que él la sufra antes, y en todo caso, cómo podemos repararlo una vez que ya está roto. La propuesta no puede terminar en reducir la edad de punibilidad, mucho menos en un castigo “justo” o con garantías, sino en cómo hacer para protegerlo de las privaciones y conflictos, antes de que llegue a la situación que desencadena la violencia criminal o el comportamiento delictivo.

Se dirá que una cosa no quita la otra. Y sin embargo, sí. Los sistemas procesales en el país han avanzado mucho hacia sistemas juveniles de responsabilidad penal, ¿cuánto hemos avanzado, en este mismo período, hacia sistemas de protección verdaderos, amplios y eficientes? Entonces, ¿cuál ha sido nuestra prioridad? El énfasis de los reformistas en el sistema penal juvenil, y su paulatino éxito, ha significado o ha sido posible por el olvido, el desplazamiento, de la cuestión más urgente: el sistema de protección. ¿Cómo debería ser ese sistema de protección? ¿Cómo hacerlo efectivo? ¿Cómo podría avanzar sobre conflictos que hoy

son penales, para “despenalizarlos”? ¿Y cómo funcionan en la realidad estos sistemas procesales, presuntamente garantistas, sin la enorme carga –presupuestaría, política, administrativa, social– que implican los sistemas de protección?

Debemos discutir cómo hacer efectivo un buen sistema de protección de los niños y no cómo seguir imaginando para ellos un buen sistema penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cesaroni, C. (2012), “Diez motivos para no bajar la edad de Punibilidad”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en <www.pensamientopenal.com.ar>.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) (2013), *Anteproyecto de Código Penal*.
- García Méndez, E. (1992), “El derecho de menores como derecho mayor”, en *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Unicef.
- (1996), “Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad”, *Revista Isonomía*, n. 4, Buenos Aires, abril.
- GESPyDH (Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Instituto de Investigaciones Gino Germani, FCS, UBA) (2013), “Declaración del GESPyDH y el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes Contra la Baja de Imputabilidad”, disponible en <gespydhiigg.sociales.uba.ar/pronunciamientos-politicos/actualidad>), UBA-FSOC, septiembre.
- Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2010, 2011, 2012), Informes de investigación de homicidios dolosos ocurridos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Departamento Judicial de La Plata y en el conurbano bonaerense, disponibles en <www.csjn.gov.ar>.

20. La figura del abogado del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño

Mariana Jorge

INTRODUCCIÓN

La idea de este artículo es aportar algunas palabras sobre una figura legal de poco auge aún, que se enmarca dentro del vastísimo campo de los derechos humanos de los niños, niñas y/o adolescentes:¹ *el abogado del niño*.

Esta figura busca asegurar el respeto de los derechos del niño que el sistema procesal actual no logra garantizar; entre ellos, el derecho a ser oído, a gozar de una defensa técnica y de un verdadero acceso a la justicia, entendido como una real protección de los intereses.

Haremos foco en uno de ellos, el derecho a ser oído, y analizaremos, sobre la base de un caso particular en que intervino la Asociación Pensamiento Penal (APP), cuál es el papel que vendrá a ejercer el abogado del niño en lo que a este derecho se refiere.

La elección de este enfoque no parte de considerar un derecho más importante que otro, sino de entender que el derecho a ser oído es instrumental para el efectivo goce de otros derechos enunciados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y normas afines, pues –como se verá luego– es indispensable la participación del niño en el proceso para lograr la satisfacción de sus intereses en las decisiones administrativas/jurisdiccionales.

Sobre la base de estos argumentos, la APP intervino como “amigos del tribunal” o *amicus curiae*, en una causa que involucraba a dos niños en calidad de *víctimas*. Es interesante resaltar esto porque la existencia de una defensa especializada se encuentra fuera de discusión para los supuestos en los que los niños son los acusados de haber cometido alguna infracción penal.² Pero en las causas civiles, o aquellas penales en las cuales el niño es víctima, se relega a tal punto su participación que prácticamente

1 En adelante, utilizaré la expresión “niños” como abarcativa de niños, niñas y/o adolescentes para comodidad del lector.

2 Claro, fuera de discusión doctrinaria, pues en la práctica muchas provincias carecen incluso de la figura del “defensor de menores”.

se torna ausente. Esta se reduce a una vista al asesor de incapaces –la mayoría de las veces simplemente formal–, más la representación del niño por medio de sus padres. A menudo, ni por uno ni otro medio el interés del “menor” o su opinión pueden ponerse sobre la mesa de decisiones.

El caso particular involucraba a dos niños, de 11 y 9 años de edad, como víctimas de presuntas lesiones leves por parte de su padre, es decir, lesiones agravadas por el vínculo.

En el marco de la causa,³ y otorgada la excarcelación al padre, se presenta F. C. (letrada de la matrícula), en calidad de abogada de los niños y bajo la figura del “particular damnificado” (conforme arts. 77 y ss. del CPP de la provincia de Buenos Aires). Luego, la APP se presenta en calidad de *amicus curiae* solicitando se admita la misma y se otorgue amplia intervención a la abogada.

La finalidad de la intervención radica en reafirmar la fundamentación efectuada por la abogada y en demostrar que, si bien la figura aún no tiene formulación legal expresa, su aceptación en los procesos judiciales implica la adecuación a la normativa vigente en materia de derechos de los niños. Esto es la Convención de los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26 061 y la Ley 13 298 de la provincia de Buenos Aires.

El juez de la causa, G. V., hizo lugar a lo solicitado y admitió la participación de la abogada en calidad de *abogada de los niños*.

UN PUNTO DE PARTIDA INELUDIBLE: LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL NUEVO PARADIGMA INTERNACIONAL

Cuando hablamos de derechos humanos, y en particular del régimen minoril (penal, civil o administrativo), lamentablemente se debe partir de una realidad muy contradictoria entre lo reconocido o regulado a nivel constitucional e internacional, y lo dispuesto a nivel local. Si bien esta afirmación parece una obviedad, no se puede dejar de exponer, cada vez que hablamos de niños, la falta de adecuación de la política estatal a los cánones internacionales.

³ Tramitada ante un juzgado de Garantías de la localidad bonaerense de Lomas de Zamora.

La trascendencia de la CDN⁴ responde a que la misma efectúa un cambio de perspectiva de 360 grados sobre la forma en que percibimos al sistema minoril, en la forma en que tratamos a los niños. Este nuevo enfoque supone concebir al niño como sujeto de derecho, como titular de derechos, como persona a quien se le deben *garantizar* los derechos, en vez de alguien “merecedor de tutela”.

La nueva mirada deja atrás la denominada “doctrina de la situación irregular” en la que se concebía al niño como un objeto de protección. En ese entonces, la actuación implicaba el acceso de un *menor* al sistema de justicia, sin el menor resguardo de sus derechos –representación legal apropiada, atención especializada de los operadores, imposibilidad de ser escuchado o tenido en cuenta, entre otros– en la que se otorgaba al juez una potestad amplísima y discrecional de *disponer* de tal menor, ante la observancia o “verificación”⁵ de una situación de *abandono*, con el único límite de la adquisición de su mayoría de edad. La disposición implica, ni más ni menos, la privación de gran parte de sus libertades, entre ellas, la libertad ambulatoria (en hogares o instituciones).

Lo más grave de esta descripción es la discrecionalidad de su aplicación. La disposición judicial no obedece a ningún criterio y pueden correr la misma suerte niños que han infringido la ley penal, aquellos que fueron víctimas de algún delito o aquellos que se encuentran en estado marginal, en situación de calle o sufriendo otro tipo de carencias económicas o sociales.

El desafío radica, entonces, en que este cambio no consista en una mera modificación terminológica, sino en lograr emplazar al niño en una real situación de poder, por la cual se le garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales como ser humano, *más un plus de derechos* derivados de su condición de niñez o adolescencia. Es decir, no se trata de un menor que se debe proteger, sino de niños a quienes se les debe garantizar la plena satisfacción de sus necesidades y el efectivo goce de los derechos, siempre teniendo en cuenta, *su interés superior*.

4 La cual se ve consolidada por un *corpus juris* de derechos de los niños que incluyen, entre otras: las directrices de RIAD (1990), las Reglas de Beijing (1985), Opinión Consultiva 17/2002, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño (n° 10, 12).

5 El uso de comillas obedece a que la verificación no proviene de una constatación probatoria rigurosa del estado del niño, sino de una marcada discrecionalidad judicial.

La CDN y el resto de la normativa internacional hablan del *interés superior del niño*. No obstante, esta frase, como tantas otras que encontramos en las legislaciones, resulta altamente ambigua.

Mary Beloff nos advierte que

el interés superior del niño ha funcionado históricamente como un ‘cheque en blanco’ que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado/a –ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etc.– obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales (Beloff, 2004).

Además, cabe recordar a Cillero, que afirma que

Ciertamente, en cualquier área temática relacionada con los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior o por sujeto de derecho –aún más, por protección integral– plantea en muchos casos la discusión en términos tutelares clásicos. Esa circunstancia explica que se sigan proyectando y eventualmente aprobando leyes en diversos países de América Latina a fin de dar cumplimiento al art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que repiten un diseño y una concepción de la infancia propias del modelo que se pretende superar o que sólo implican la adopción retórica de los estándares internacionales *sin posibilidad concreta, con tal soporte legal, de introducir cambios sustanciales en las prácticas* de los actores vinculados con el sistema especial de justicia para adolescentes, *al carecer de un eficiente programa de transformación institucional y de implementación* (Cillero, 1998; el destacado me pertenece).

Un mecanismo eficaz para evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que amplíe las facultades discrecionales es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos. Como de hecho lo regula, por ejemplo, la Ley provincial 2302 de Neuquén en su art. 4.⁶

6 Art. 4: “Se entenderá por interés superior del niño y adolescente la máxima

El interés superior del niño, ya se lo entienda entonces como una garantía o un principio de interpretación o aplicación para el juez a la hora de toma de decisión, “a partir de la vigencia de la Convención [...] ha dejado de ser un objeto social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– para pasar a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad” (Zucolillo, s.f.).

LA APLICACIÓN DE LA CDN Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN ARGENTINA

Como ya se adelantó, a nivel nacional, el incumplimiento de la CDN motivó que el país fuera sancionado por el tribunal supremo de la Organización de los Estados Americanos.⁷

Este incumplimiento se verifica en distintos extremos. En materia legislativa hay que diferenciar, por un lado, el ámbito civil del régimen penal; por otro lado, la legislación de fondo y la de forma o procesal. Se puede afirmar que la única adaptación de la legislación nacional a la CDN vino de la mano de la legislación civil, con el dictado de la Ley 26 061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y/o Adolescentes. Se incorpora la normativa internacional,⁸ se recepta y caracteriza el interés superior del niño⁹ y prevé un sistema administrativo dirigido a hacer efectivo sus derechos y garantías (SENNAF).

satisfacción, integral y simultánea de sus derechos. El Estado lo garantizará en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles la igualdad de oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social en un marco de libertad, respeto y dignidad. Su objetivo esencial es la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño y del adolescente. Removerá los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la efectiva y plena realización de sus derechos y adoptará las medidas de acción positivas que lo garanticen”.

7 “Furlan c. Argentina”, cit., caso “Mendoza y otros c. Argentina”, sentencia de 14/5/2013.

8 Art. 2: “*Aplicación obligatoria.* La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

9 Art. 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los

Digo que es la única adaptación porque Argentina aún no ha dictado una legislación minoril similar respecto a niños que han infringido la ley penal y, por otro lado, no ha modificado la legislación procesal.

Al no reformar la legislación procesal, tanto civil como penal, la legislación de fondo (Ley 26 061) resulta –en la mayoría de los casos– nada más que un lindo enunciado. Es que la legislación de forma permite materializar dentro de un proceso judicial o administrativo los derechos enunciados.

La contradicción que adelanté en la introducción se verifica en este punto. Tenemos una legislación de fondo moderna contra un sistema judicial y/o administrativo vetusto,¹⁰ salvo en contadas provincias que han adaptado la legislación procesal a los estándares internacionales.¹¹

Esto obliga a que el efectivo respeto de los derechos de los niños dependa del esfuerzo de los operadores judiciales para interpretar la legislación actual de forma tal que impere la Convención sobre aquellas. Esta tarea resulta compleja, no sólo porque implica aplicar instituciones no reguladas, sino porque en algunos casos incluso los operadores judiciales no se encuentran especializados en el régimen minoril. La presencia de operadores especializados es un principio esencial de la materia. En este punto, y para no extenderme, remito al capítulo de Mario Rodrigo Morabito y Fabricio Gershani Quesada en este mismo volumen.

Atento a la importancia de la participación de operadores especializados y, con ello, la consecución del respeto a los derechos de los niños, es que la APP consideró relevante tener una participación activa en un caso en el cual se buscaba la aceptación de la figura del *abogado del niño*.

derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. [...] Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

10 Nótese por ejemplo que algunas provincias no cuentan ni siquiera con defensores de niños especializados, es el caso de Santa Cruz.

11 Entre otras, Ley 2302 de Neuquén, nuevo Código Procesal Penal de Chubut (aunque no existen operadores especializados) y Ley 4347, Ley 11 452 del Código Procesal de Menores de Santa Fe.

LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO

El derecho a ser oído es uno de los derechos fundamentales que se busca proteger mediante la aceptación de la figura del abogado del niño, teniendo en cuenta la relación estrecha entre aquel y el respeto por el interés superior del niño.

El Comité de los Derechos del Niño, mediante su Observación General n° 12 (2009), resaltó esta relación al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del art. 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”^{12, 13}

La duda en este aspecto se plantea en cuanto a cómo implementar la participación del niño durante el proceso, teniendo en cuenta la amplitud etárea. Lógicamente, no resulta asimilable la participación que pueda tener un niño de 5 años que la de un adolescente de 17 años. Es aquí donde entra en juego el concepto de *autonomía progresiva*, que deriva del propio art. 12 de la Convención.¹⁴

La Corte Interamericana, en oportunidad de expresarse mediante opinión consultiva, sostuvo que

evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de

12 Corte IDH, caso “Furlan y familiares c. Argentina”, párr. 228; caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, párr. 197, Comité de Derechos del Niño, Observación General n° 12, párr. 74.

13 Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior (Pérez Manrique, s.f.: 251-256).

14 “Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación *se procurará el mayor acceso del menor*, en la medida de lo posible, *al examen de su propio caso*.¹⁵

Una vez que se reconoce, sobre la base de estos parámetros, que el niño se encuentra en condiciones de expresar su opinión o formarse un juicio propio, se debe garantizar entonces su efectiva participación en el proceso. Esto es, respetar el derecho *material* a ser oído.

Este enunciado tiene un contenido mucho más amplio que la mera obligación estatal de tomar declaración a niños que puedan estar involucrados en un proceso judicial (y/o administrativo).

Si evaluamos un poco el accionar de la justicia vemos que, como sucede en la generalidad de los casos, los derechos se traducen en procesos burocráticos que se deben cumplir para evitar las nulidades dentro de un proceso. Es decir, el derecho termina siendo una “foja” más que agregar dentro de ese cuerpo que llamamos expediente.

En este contexto, la justicia se encargó de regular sobre las formalidades a la hora de tomar declaración a una persona menor de 18 años: cámara Gesell para los más niños, posibilidad de declaración común a los mayores de 16, entre otras. En el Código Procesal Penal de la Nación se reduce a sólo tres artículos (arts. 250 bis, ter y quater). Si esta declaración se encuentra presente, se tiene por cumplida (nuevamente, en la mayoría de los casos) la participación de los niños.

En muchos casos la participación tiene el exclusivo interés de juntar pruebas “en contra de” y no se focaliza en las necesidades que puedan surgir de los niños que están declarando. Prueba de esto es que, a veces, se reiteran cámaras Gesell que pueden generar graves perjuicios a los niños sólo para conseguir un dato más en contra del imputado.

Lo que se busca con el derecho a ser oído no implica un incremento irracional de las cámaras Gesell, sino la participación real de los niños, la incorporación al proceso de sus intereses y necesidades y que

15 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28/8/2002, párrs. 101-102; el destacado me pertenece.

ellas sean preferentes a la hora de tomar una decisión jurisdiccional o administrativa.

El art. 12 de la CDN reza:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea *directamente o por medio de un representante* o de un *órgano apropiado*, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁶

El inciso primero del artículo, cuando hace referencia a la “madurez del niño” y a la posibilidad de “formarse un juicio propio”, alude a la *autonomía progresiva*. Es decir, reconoce que dentro del abanico etéreo de la figura de “niño” –0 a 18 años– las condiciones personales y el grado de madurez alcanzado son muy diferentes y, por ello, debe matizarse de manera razonable el alcance de la participación.

Ahora, esto justamente quiere decir que no existe una edad fija o tasada –como la que dispone el Código Civil para distinguir menores de edad púberes o impúberes– en la que se pueda aceptar o denegar la participación en el proceso. Pues, justamente, dependerá de los niños involucrados en cada caso. Procurando, conforme lo dicho por la Corte IDH, *el mayor acceso del menor al examen de su propio caso*.

El inc. 2 del art. 12 citado viene a complementar el primero, estableciendo la forma en que la participación del niño debe hacerse efectiva. Prevé una participación directa o bien, como en nuestro caso, mediante la representación de un *órgano apropiado*. Y ello debe garantizarse conforme las normas de procedimiento locales.

Otra vez, se resalta la cuestión de la mera formalidad. No basta –en la mayoría de los casos– una participación formal de un *asesor de incapaces* (o figura similar), sino que se exige *además* la asistencia especializada del niño. En este sentido, la Observación General n° 10 (si bien referida a

16 El destacado me pertenece.

jóvenes en conflicto con la ley penal, puede extenderse a la temática bajo análisis) establece que:

El Comité recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos. Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia.¹⁷

Figura reafirmada a partir del caso “Furlán” de la Corte IDH que involucra al Estado argentino, en el que

el Tribunal considera que en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas.* [...] El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad *con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor.*¹⁸

La figura de un abogado o letrado especializado es un tema ya resuelto por nuestro máximo tribunal en un caso similar a este en cuanto a temática y edades (10 y 14 años), en el que sostuvo que

a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer

17 Observación General n° 10 (2007), *Los derechos del niño en la justicia de menores. Comité de los Derechos del Niño*, párr. 49, caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, párr. 199; y caso “Furlan y familiares c. Argentina”, párr. 230. También sostenido por el fallo de la CSJN citado supra.

18 Caso “Furlan y familiares c. Argentina”, párrs. 241-242; el destacado me pertenece.

efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor defensor oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarle un letrado especializado en la materia para que las patrocine.¹⁹

Por último, si bien la CDN remite a la legislación local para efectivizar tal participación, su ausencia, como dijimos, no puede ser nunca óbice para cumplir un Tratado Internacional.²⁰ Más aún cuando sí contamos con una mención expresa en el art. 27 de la Ley 26 061, que establece –en lo que aquí interesa– que *su* opinión (la del niño) sea tomada en cuenta al momento de resolverse una cuestión que lo afecte (inc. b); ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia (c) y participar activamente en todo el proceso (d).

PARTICIPACIÓN AMPLIA DEL ABOGADO DEL NIÑO. DESJUDICIALIZACIÓN

En el caso concreto, la protección de los niños no se circunscribe al proceso penal en el que interviene la APP, sino que se extiende a organismos administrativos y/o procesos civiles encargados de *asistir* a niños que puedan hallarse en una situación de vulnerabilidad de derechos.

La CDN, en este sentido, anima a *evitar la judicialización* del niño (por ejemplo, art. 40.3.b) de forma que se satisfagan sus necesidades sin acudir al sistema judicial, a la par que alienta la mayor participación de niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad (art. 19) o de problemas sociofamiliares (art. 9).

Se evidencia, entonces, que la defensa real de estos niños no se reduce a la participación formal de un asesor de menores en el proceso penal. Es que, si bien la *nulidad* (en términos formales) puede estar salvada mediante tal intervención, ello no implica una defensa eficaz, ni en este, ni en muchos otros casos.

Aceptar jurisprudencialmente la figura del abogado del niño viene a paliar estas insuficiencias del sistema judicial. La abogada, puede (y de-

19 CSJN, causa “G., M. S. c. J. V., L.”, rta. 26/10/2010, G.1961.XLII.RHE.

20 Arts. 2 de la CDN, 2 de la CADH, 2 del PIDCyP. CSJN, caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, E.64.XXIII., rta. 7/7/1992; 315:1492.

bería) intervenir en todos los procesos en que intervengan los niños a raíz de las presuntas lesiones y lograr –al margen de las consecuencias penales, civiles o del derecho de familia– el debido respeto a sus necesidades e intereses.

Sobre la base de estas normas se interpretó sistemáticamente la normativa procedimental de la provincia de Buenos Aires, encuadrando la participación del “abogado del niño” dentro de la figura del *particular damnificado* prevista en los arts. 77 y ss. del Código de Procedimientos Penales.

CONSIDERACIONES FINALES

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha efectuado un cambio de paradigma que posiciona a los niños como sujetos de derechos a quienes se les debe garantizar la plena satisfacción de sus necesidades.

Este cambio de enfoque, al no estar asumido por gran parte de las legislaciones procesales (nacional y locales), exige un esfuerzo adicional por parte del operador judicial para hacer cumplir la normativa internacional, en pos del resguardo del interés superior del niño.

Tal interés superior supone, como una de sus consecuencias necesarias, una real y efectiva participación del niño en el proceso, que asegure su derecho a ser oído y, con ello, que su opinión sea tomada en cuenta, en forma preferente, a la hora de toma de decisiones administrativas y/o judiciales.

Para ello, se supone necesaria la intervención de operadores especializados o apropiados –conforme terminología de la CDN– que podrán ser funcionarios del Estado o, como se plantea en este caso concreto, un abogado de la matrícula. Esta intervención no debe ser obstaculizada por una cuestión de ausencia legislativa local, pues la normativa internacional –en condiciones de su vigencia²¹ obliga la adecuación de los estados partes a los derechos reconocidos en ella (arts. 2 de la CADH y 2.1 de la CDN).

Por último, estas máximas: especialización de la justicia minoril (operadores y normativa), participación real del niño y respeto a su interés superior deben cumplirse en todas las intervenciones estatales en niños: administrativas y judiciales. Dentro de las últimas, ya se trate de cues-

21 Es decir, en la forma que esta es interpretada por los organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase fallo “Giroldi”).

ciones civiles o supuestos de niños en infracción a la ley penal. De lo contrario, el Estado puede incurrir en una violación a las normas de la Convención y, con ello, incurrir en responsabilidad internacional.²²

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beloff, M. (2004), *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 15.
- Cillero Bruñol, M. (1998), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis - Depalma.
- Pérez Manrique, R. C. (s.f.), “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en *Informe de UNICEF Justicia y Derechos del Niño*, n° 9; pp. 251-256.
- Zuccolillo, M. (s.f.), “*El interés superior del niño*” en la *Convención sobre los Derechos del Niño y otras leyes*, artículos jurídicos de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil, disponibles en <www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=520>.

²² Por ejemplo, casos “Furlán” cit., y “Mendoza y otros c. Argentina”, rta. 14/5/2013.

Los autores*

MARIO ALBERTO JULIANO

Director ejecutivo de la APP (2014). Fundador (2004) y presidente de la APP (2006-2014). Juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Necochea, provincia de Buenos Aires. <mjuliano2004@gmail.com>

FERNANDO ÁVILA

Miembro y Coordinador del Campus Virtual de la APP. Abogado (UNT). Especialista en Derecho Penal (UNR). Auxiliar letrado del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Necochea, provincia de Buenos Aires.

MARIANO H. GUTIÉRREZ

Miembro de la APP. Abogado (UBA). Magíster en Criminología (UNLZ). Doctorando y docente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Autor de *La necesidad social de castigar* y compilador de *Populismo punitivo y justicia expresiva*.

GABRIEL M. A. VITALE

Profesor titular regular de Derecho (FTS, UNLP), adjunto regular de Derecho Penal II (FCJyS, UNLP). Especialista y Máster en Derecho Penal. Juez de Garantías en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora. <gabrielvitale@gmail.com>

NICOLÁS LAINO

Vicepresidente de la APP. Secretario general de la APP (2010-2014). Coordinador del Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación. Abogado y Máster europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona). Investigador del

* Por orden de aparición en la obra.

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. Docente de grado y posgrado (UBA y Universidad de Palermo).

RODRIGO EMANUEL DRAEGER

Miembro de la APP. Consejero superior de la Universidad Nacional de La Pampa. Asistente de investigación en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. <rodrigodraeger@hotmail.com>

ADRIÁN N. MARTÍN

Presidente de la APP. Juez de Cámara del Tribunal Oral n° 15 de la Capital Federal.

Docente de la UBA. Profesor de la Escuela del Servicio de Justicia (MPF-MPD-UNLaM), profesor e investigador de la UAI. Docente de la Maestría en Comunicación y Criminología (Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP). <amartin@pensamientopenal.org.ar>

JUAN F. TAPIA

Docente de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Juez de Garantías. Magíster en Problemas Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales, Universidad de Barcelona.

INDIANA GUEREÑO

Miembro de la APP. Abogada. Docente e investigadora (UBA-UNLZ). Especialización en Criminología. <iguereno@pensamientopenal.org.ar>

IRENE VICTORIA MASSIMINO

Miembro de la APP desde 2012. Abogada y consultora especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional. LLM en Derechos Internacionales de la Universidad de Indiana (Estados Unidos) y MA en Derechos Humanos de la Universidad de Londres (Reino Unido). Docente en Derechos Humanos y Garantías e Investigadora (UBA). <irenevictoria.massimino@gmail.com>

GUSTAVO L. VITALE

Miembro fundador y director del Campus Virtual de la APP. Profesor titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

NICOLÁS OMAR VARGAS

Miembro de la APP. Investigador UBA. Ex asesor de la Cámara de Diputados de la Nación.

DIEGO LUCAS FERNÁNDEZ

Miembro de la APP. Defensor general del Departamento Judicial Azul de la provincia de Buenos Aires.

CARLOS REGGIANI

Miembro fundador y tesorero de la APP. Abogado de la matrícula federal y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ex secretario de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación.

SANDRA SAIDMAN

Miembro de la APP. Integrante del Poder Judicial de Chaco desde 1986. Ex secretaria provisoria de los Juzgados Civiles y Comerciales n° 3, 6 y 8, y del Juzgado de Paz n° 2, todos de Resistencia. Jueza de Faltas de Barranqueras, provincia del Chaco, desde julio de 2008, por concurso de antecedentes y oposición. <sandrasaidman@yahoo.com.ar>

EDGARDO SALATINO

Miembro de la APP desde 2007. Docente de Derecho (UBA y UNLP). Juez del Juzgado en lo Correccional n° 1 del Departamento Judicial de Quilmes.

ADOLFO JAVIER CHRISTEN

Miembro la APP desde 2007. Docente (UBA). Funcionario del Poder Judicial de la CABA. <adolfodeolten@yahoo.com.ar>

MARIO RODRIGO MORABITO

Miembro de la APP. Docente de Derecho Penal II (UNC). Juez de menores del Poder Judicial de Catamarca.

FABRICIO GERSHANI QUESADA

Miembro de la APP. Juez de menores del Poder Judicial de Catamarca. <fabri_tuc@live.com.ar>

FERNANDO GAUNA ALSINA

Secretario general de la APP (2014). Miembro de la APP desde 2008. Coordinador del espacio *Los Malandras tienen Derechos* (<www.

losmalandrastienenderechos.blogspot.com>). Jefe de Despacho (cont.)
Juzgado Fed. Crim. y Correc. n° 2 de San Martín. Estudiante de derecho
UP. Investigador estudiante UBA. <fga@pensamientopenal.org.ar>

MARIANA JORGE

Miembro de la APP. Abogada. Especialista en Derecho Penal
(UBA). Integrante de la Defensoría Oficial Federal de Salta.