

Directores

XENIA BALUK, VALERIA SALERNO Y PABLO MATKOVIC

Coordinadores

MARÍA AMELIA EXPUCCI, PABLO ORDÓÑEZ, ALEJANDRO ALE

Acceso a la justicia y el rol de la defensa pública

Prefacio

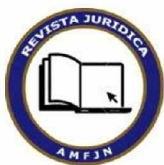
ANDRÉS FABIÁN BASSO

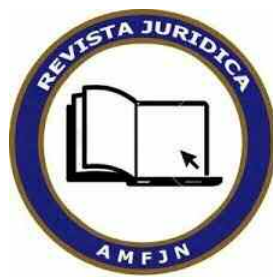
Prólogo

MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

Autores

BERENICE OLMEDO - DAMIÁN LEMBERGIER - DAMIÁN MUÑOZ - DAVID A. CHASSAGNADE - ENRIQUE MARÍA COMELLAS - FERNANDO RUBÉN WIERNES - GISELA LORENA MALVESTITI - GUILLERMO TODARELLO - LEANDRO DESTÉFANO - INÉS JAUREGUIBERRY - MARÍA ADELINA NAVARRO LAHITTE SANTAMARÍA - MARÍA AMPARO VÁZQUEZ - MARÍA FERNANDA RITA TUGNOLI - MARÍA FLORENCIA HEGGLIN - MARIANO GABRIEL GALETTA - NICOLÁS O. VARGAS - NICOLÁS PANTAROTTO - PERLA GOIZUETA - PILAR MARÍA PINTO KRAMER - ROMINA ALICIA MAGNANO - SEBASTIAN TEDESCHI - SILVINA JUNCO





ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y
FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL

DIRECCIÓN:

XENIA BALUK | VALERIA SALERNO | PABLO MATKOVIC

COORDINACIÓN:

MARÍA AMELIA EXPUCCI | PABLO ORDÓÑEZ | ALEJANDRO ALE

2024

Acceso a la justicia y el rol de la defensa pública / María Amparo Vázquez ...
[et al.] ; Dirigido por Xenia Baluk ; Valeria Salerno ; Pablo Matkovic. - 1a ed
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2024.
326 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-631-302-055-3

1. Derecho. 2. Justicia. 3. Derecho a la Defensa. I. Vázquez, María Amparo II.
Baluk, Xenia, dir. III. Salerno, Valeria, dir. IV. Matkovic, Pablo, dir.
CDD 340.1

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

Prefacio

Andrés Basso..... 13

Prólogo

María Fernanda López Puleio..... 15

ACCESO A LA JUSTICIA..... 29

Acceso a la justicia y Reglas de Brasilia

María Amparo Vázquez..... 31

Acceso a la justicia en barrios segregados

Sebastián Tedeschi | Silvina Junco..... 45

El acceso a la justicia y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible

Pilar María Pinto Kramer..... 61

ADULTOS MAYORES..... 75

La vejez como dato diferenciador en el resguardo de la vivienda

Perla Goizueta..... 77

La defensa pública y el derecho a la vejez. Análisis de un caso

Damián L. Lembergier | Nicolas A. Pantarotto..... 95

DISCAPACIDAD..... 111

Discapacidad. El ser humano como valor principal y centro de atención. La singularidad de la persona

Mariano Gabriel Galetta..... 113

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.....	123
La defensa pública en el laberinto del sistema penal juvenil Damián R. Muñoz.....	125
La necesidad de abordar el principio constitucional de igualdad material a la hora de ejercer la defensa técnica de las y los adolescentes víctimas de la desigualdad estructural y del narcotráfico María Fernanda Rita Tugnoli.....	135
Suspensión del trámite del proceso por incapacidad sobreviniente en casos de enfermedad mental incurable. Algunas reflexiones sobre las incongruencias de la literalidad del art. 77 del Código Procesal Penal de la Nación. Enrique María Comellas.....	145
Personas privadas de libertad y telefonía celular: una prohibición irracional Guillermo Todarello Leandro Destefano.....	155
Hacinamiento y condiciones de detención. Desafíos y horizontes de proyección de la eterna crisis Romina Alicia Magnano.....	183
El consumo de estupefacientes dentro de los establecimientos carcelarios y la respuesta estatal a esta problemática Fernando Rubén Wiernes.....	197
GÉNERO Y DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.....	209
Género y derecho penal: criminalización femenina en los delitos de estupefacientes Gisela Lorena Malvestitti.....	211

El fallo “D.N.L” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el derecho a ser oída de una mujer con discapacidad intelectual que cometió un homicidio en legítima defensa María Florencia Hegglin.....	225
La prisión domiciliaria como medida de coerción morigerada desde una perspectiva de género. Estrategias para la defensa de los derechos de las mujeres encarceladas Berenice Olmedo.....	249
MIGRANTES.....	265
El acceso a la justicia de las personas migrantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos Nicolás Omar Vargas.....	267
Mujer migrante con padecimiento mental. Internación psiquiátrica. Un caso, muchas capas María Adelina Navarro Lahitte Santamaría.....	279
Ciudadanos senegaleses en Argentina: ¿residentes o refugiados? David Andrés Chassagnade.....	291
VÍCTIMAS.....	305
El derecho al recurso de la víctima no constituida en querellante. Alcances y límites a la luz de la jurisprudencia nacional y federal Inés Jaureguiberry.....	307

STAFF

Directores:

Xenia Baluk
Valeria Salerno
Pablo Matkovic

Coordinadores:

María Amelia Expucci
Pablo Ordóñez
Alejandro Ale

Autoridades de la AMFJN

Presidente:

Andrés Fabián Basso

Vicepresidente Estamento Jueces:

María Elena López

Vicepresidente MP Fiscal:

Franco Eduardo Picardi

Vicepresidente MP Defensa:

María Carolina Ocampo

Vicepresidente Funcionarios:

Ignacio Rodríguez Berdier

Secretaria General:

Paula Andrea Castro

Prosecretario General:

Marcelo Gallo Tagle

Tesorero:

Marcelo Peluzzi

Protesorero:

Maximiliano Callizo

Secretario de Actas:

Eduardo Roberto Machín

Consejo Directivo:

Andrés Fabián Basso

María Elena López

Franco Eduardo Picardi

María Carolina Ocampo

Ignacio Rodríguez Berdier

Paula Andrea Castro

Marcelo Gallo Tagle

Marcelo Alejandro Peluzzi

Maximiliano Alberto Callizo

Eduardo Roberto Machín

Vivian Barbosa

Javier Leal De Ibarra

Manuel Malbran

Yamile Bernan

Gonzalo Gassull

Corina Paulucci

Ma. Fernanda López Puleio

Herman Mendel

Ariel Alejandro Ovelar

María Virginia Sansone

Néstor Pablo Barral

María Pilar Rebaudi Basavilbaso

María Mercedes Crespi

Agustín Davila Marks

María Jimena Monsalve

Revisores de Cuentas:

Federico Calvete

Luciano Lauría

Pablo Esteban Larriera

Autoridades Comisión de Revista y Biblioteca

Presidenta:

Melina de Bairos Moura

Coordinador:

Alejandro Ale

Integrantes:

María Alejandra Méndez

María Amelia Expucci

Guadalupe Jantus

Pablo Ordóñez

Hemilce Núñez

Graciela González

Estela Vera Gómez Bello

Eugenia Cafferata

Manuel Álvarez del Rivero

Patricio Luxardo

Camila Blanco

Sergio Jallil

Prefacio

Andrés Basso*

Es un privilegio y una gran satisfacción presentar a las y los lectores esta primera obra colectiva elaborada exclusivamente en el seno del estamento del Ministerio Público de la Defensa de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, que se titula “*Acceso a la justicia y rol de la defensa pública*” y que recorre variadas temáticas, mostrando el camino y abriendo nuevas perspectivas prometedoras.

Todas ellas son abordadas desde la órbita de la defensa, siempre en clave de derechos y garantías y bajo la atenta mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional.

Se trata de un volumen de excelencia, expositivo, crítico y original en donde se analizan temas tan actuales como el acceso a la justicia, los derechos en la vejez, discapacidad, la perspectiva de género en el derecho penal y procesal penal, la problemática actual de las personas migrantes y las víctimas de delitos, la vulnerabilidad de las personas que se encuentran privadas de la libertad, problemáticas complejas que son abordadas desde una perspectiva interseccional y particular de la defensa pública.

Sabemos que la Defensoría General de la Nación, a cargo de la Dra. Stella Maris Martínez, realiza una muy destacada labor y, a lo largo de los años, ha demostrado un tenaz e ineludible compromiso con la defensa y protección de los derechos humanos, la calidad del servicio de la defensa ha valido su reconocimiento no solo en el orden interno sino también regionalmente, donde ha sabido cosechar numerosos pronunciamientos -de notable relevancia institucional- por parte de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.-

Así vemos que la Defensa Pública, desde su rol institucional, garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral tanto en casos individuales como colectivos, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad,

* *Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.*

asegurando un abordaje integral e interdisciplinario cumpliendo con los más altos estándares en la materia.

Hablar del acceso a la justicia, es referimos a un derecho fundamental que permite a los seres humanos poder hacer valer sus derechos de forma justa y equitativa ante la ley sin prejuicio de discriminación por sexo, raza, edad, religión, orientación sexual etc. Por ello, un Estado de Derecho debe garantizar el acceso a la justicia de una manera igualitaria, con un énfasis mayor a los grupos más vulnerables y dentro de éstos, las personas privadas de libertad, las mujeres, niños, las personas mayores deben ser visualizadas con gran relevancia ya que son las han sido las más discriminadas para un acceso pleno de todos sus derechos.

Esta notable tarea, desplegada a lo largo y ancho de nuestro país, es prueba de la gran calidad profesional de todos quienes integran el Ministerio Público de la Defensa, aspecto que enaltece y prestigia al servicio de justicia en su conjunto.

En este marco, esta primera edición enfocada al ejercicio de la defensa, constituye una oportunidad singular para reconocer y difundir esta fundamental tarea con aportes destacados.

Otro valor agregado, nos traen las y los autores (Magistradas/os y Funcionarias/os de distintas latitudes e instancias de nuestro país) al presentar estas numerosas temáticas desde un plano teórico pero también desde su experiencia cotidiana, lo que enriquece mucho más el prisma desde el cual realizan sus valiosos aportes.

La calidad institucional depende en buena medida de la capacitación, formación y compromiso de sus integrantes, desde la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional propiciamos y alentamos la investigación y/o producciones dogmáticas y técnicas que enriquezcan el debate sobre cuestiones problemáticas que requieren ser abordadas en nuestra labor cotidiana, por lo que celebramos la realización de esta obra y auguramos próximas ediciones.

Merecen un especial agradecimiento las y los integrantes de la Comisión de Revista y Biblioteca por este nuevo proyecto; el Comité Editorial de la obra, las autoridades de la AMFJN y la Editorial IJ Editores, quienes todos los días hacen que este trabajo sea posible.

Bienvenida entonces esta valiosa pieza jurídica, mérito de las autoras y autores que han elegido entregarnos sus diversas miradas con un único objetivo: fomentar y fortalecer el respeto por los derechos humanos, enriqueciendo la noble tarea de la defensa pública, bastión del debido proceso.

Prólogo

María Fernanda López Puleio*

Existían sobradas y consabidas razones para que la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN) publique, por primera vez en sus noventa y cinco años, un libro elaborado en su totalidad por el estamento asociativo del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

I. La propia definición de la defensa pública como una *metagarantía* (ya que habilita la efectividad de todas las demás) habla de la importancia de un libro escrito en exclusividad desde la visión de defensoras y defensores públicos, que además en ciertos fueros e instancias, gestionan un caudal superior al 80% de casos, en relación con la totalidad en esos ámbitos. Ello de por sí, nos convierte en sujetos procesales con importante incidencia en el devenir general de actuación de la justicia.

Pero no sólo eso. Una idea bastante extendida, señala que quien elige dentro de la Administración de Justicia hacer carrera en la defensa pública, sabe de antemano que más allá de su noble rol procesal y de su formación experta en el arte de la defensa (técnica y de protección de colectivos específicos), se le exigirá un *plus* que conlleva la necesidad de un conocimiento acabado de la realidad social; la que concierne a los aspectos y territorios más acuciantes que envuelven a las personas en condición de vulnerabilidad -que suelen sufrir desamparo y discriminación estructural-, ya que esos colectivos serán preponderantemente su espacio de interacción, respecto a los cuales la defensa técnica deberá ser complementada con mecanismos y herramientas diversas, y sobre todo, con su invaluable aporte para canalizar gestiones extraprocesales, que si no fueran realizadas, impactarían con un resultado diverso en la situación que se trate.

Claro, porque partimos de ciertos entendimientos base: la relación ínsita que existe entre el principio de igualdad y no discriminación y la posibilidad cierta

* Vicepresidenta de la AMFJN por el MPD (período 2021/2023)

de acceso a la justicia –entendida en su aspecto amplio, como la operativización de derechos y garantías- dependerá antes de la remoción de obstáculos que inhiben el goce de derechos a los grupos desaventajados, que de su consagración normativa, necesaria pero no suficiente.

La discriminación “estructural” refiere, entre otras, al contexto de pobreza, género, edad, discapacidad, situación de detención, origen no nacional, carácter étnico, o cualquier otra condición social y a las notorias dificultades que enfrentan los integrantes de esos grupos para el pleno ejercicio de sus derechos o la consideración específica de sus problemáticas más acuciantes, al momento de adoptarse políticas públicas de alcance general.

Ahora, el carácter de pertenecientes a uno o más grupos vulnerables, los hará propensos a sufrir mayor discriminación, no sólo por acción, sino básicamente por la falta de atención por parte del Estado a sus necesidades más urgentes. La falta de atención de esas realidades, no ya individuales sino grupales, durante mucho tiempo invisibilizó sistemáticas discriminaciones de esos grupos vulnerables, por lo que, a modo de un círculo vicioso, la desatención estatal venía a provocar todavía mayor discriminación y abandono.

El impacto de la discriminación estructural para el acceso a la justicia es notorio: lo es por la falta de posibilidades ciertas de quienes integran esos grupos, de siquiera conocer los derechos que les asisten, o los modos de ejercitarlos, o la mejor estrategia para obtener respuestas oportunas que los satisfaga. Si a mayor vulnerabilidad corresponde una mayor protección, entonces, a mayor desprotección devendrá una mayor discriminación.

El Derecho Internacional de Derechos Humanos ha establecido desde hace tiempo un principio señero en materia de igualdad y no discriminación y acceso a la justicia; es el que señala que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados o participan de actuaciones judiciales, lo que obliga a adoptar “medios de compensación” para reducir o eliminarlas, ya que si estos últimos no existieran, difícilmente se podría afirmar que quienes se encuentran en una situación de desventaja, se benefician del acceso a la justicia en condiciones de igualdad, en relación con quienes no afrontan esas desventajas.

En este contexto, la defensa pública se constituye como una instancia fundamental que busca traducir, en tanto garantía orgánica, que la *alegada* igualdad ante la ley, se transforme en una igualdad *real* ante la justicia.

II. La primera impresión que surge de la lectura del libro es que sus páginas son profundamente vivenciales; no sólo porque sus autoras y autores estructuran sus contribuciones desde su observación entrenada, desde la crítica dogmática apoyada en su vasta formación académica, desde el trajinar de solicitudes que echan a rodar por los sinuosos laberintos judiciales u otras instancias vinculadas, sino básicamente, porque lo que escriben, se ha forjado en la experiencia y nombre de la defensa pública.

Porque ellos han sido quienes, peticionando con solvencia técnica y compromiso profesional para y en interés de otros, no siempre logran poner *distancia personal* con la aflicción y angustia que provocan en sus defendidos o asistidos, las decisiones contrarias de la autoridad; tanto más, cuando están convencidos/as de que son intrínsecamente injustas.

Muchas del contenido del libro transmiten -si se me permite la expresión- una “catarsis defensoril”; las de quienes han sido protagonistas en tanto integrantes del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (MPD), de variadas temáticas, contiendas, y de las propuestas de ensanchamiento de derechos promovidas en tal carácter, canalizando con rigor científico y cierta dosis de creatividad, la necesidad de modificación del *status quo*. Igualmente, se hacen eco y celebran decisiones judiciales y de diverso carácter que establecen estándares de protección y garantía del derecho que se trate.

Como da cuenta su índice, esta obra es muy representativa de la integralidad de materias y ámbitos que abarca el actuar de la defensa pública nacional y federal argentina, reconocido modelo de autonomía funcional y profesionalidad en toda la Región. Pero además, fue diseñada como expresión de latitudes diversas de nuestro propio país, ya que forman parte en el libro, quienes, además de asociados a la AMFJN, cumplen funciones bien diversas dentro del amplio espectro de cobertura del MPD.

III. Con claridad expositiva, la contribución de María Amparo Vázquez da inicio al libro, con el tema englobante y transversal de la obra: “*Acceso a la justicia y Reglas de Brasilia*”, que demuestra la importancia que ha representado para Iberoamérica, la consagración (y su reforma) de un declaración internacional con enunciados específicos sobre grupos en condición de vulnerabilidad y lineamientos para su gestión y consideración procesal, que no obstante corresponder al *soft law* tiene particularidades que considero diferenciales.

La lectura de ese trabajo me trajo especiales recuerdos. La iniciativa que permitió la realización de estas reglas, fue la acción mancomunada de instituciones del sector justicia que aportaron, cada una desde su diverso ámbito funcional, su visión y *expertise* sobre la problemática. Efectivamente, se consagraron en la “XIV Cumbre Judicial Iberoamericana” de marzo de 2008 en Brasilia, y contaron con la intervención activa de otras redes del sistema de justicia –en el marco de programas de cooperación EUROsociAL Justicia-. Como bien apunta Vázquez, ese documento tuvo como principal antecedente lo producido como “Declaración de Cancún” dentro de la “VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Suprema y Tribunales Supremos de Justicia” realizada en esa ciudad en noviembre de 2002, que incluyó una *Declaración Principal* y documentos anexos (como la *Carta de Derechos* con un apartado titulado “Una Justicia que protege a los débiles”).

Meses antes, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) me había solicitado la elaboración de uno de los trabajos preparatorios para esa Cumbre: el “Documento Base sobre Asistencia Legal y Defensa Pública”, que aquella *Declaración Principal* consideró para algunas de sus conclusiones; verbigracia, la que dispuso que debían instaurarse instituciones “específicas” para la provisión de los servicios de Asistencia Legal y Defensa Pública gratuita autónomas, con independencia funcional y suficiente dotación presupuestaria. Al menos en los papeles, los jueces comenzaban a soltar y “dejar volar” por sí misma a la defensa pública.

Huelga decir, que más allá del esfuerzo y preparación que pueda tener quien deba fungir como defensor público, será fundamental para una defensa técnica efectiva y adecuada, que exista un “sistema” que lo organiza y garantiza su accionar, que puede distribuir y controlar la carga de trabajo de manera proporcional y, en un nivel de óptima evolución, diseñar y ejecutar con eficacia, políticas propias y específicas de acceso a la justicia para sectores vulnerables. Entonces, esas definiciones que constituyeron la base para la lucha por la autonomía funcional de la defensa pública en tantos países y provincias de nuestro continente que a 2002 no la tenían, habían sin embargo sido “reconocidas” por los mismos órganos judiciales superiores de la estructura judicial de esos países, que –paradójicamente– en muchos casos venían oponiéndose a esa consecución.¹

¹ La *Declaración de Cancún*, había sido suscripta por los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y/o representantes de los mismos, de la República Argentina, República de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Colombia, República de Costa Rica, Repú-

Lo anterior es un ejemplo de por qué las Reglas de Brasilia ostentan un carácter particular. Justamente, porque los obligados a cumplimentarlas, son los mismos que las promovieron, a partir de asumir los tremendos obstáculos para el acceso a la justicia ante sus mismos estrados -algo así como una confesión de parte- de amplios sectores en condición de vulnerabilidad, lo que no deja de ser ponderable.

Pero ese encuentro de Brasilia del año 2008 que alumbró las *Reglas*, consagró además la importancia del asociacionismo en el ámbito de la justicia, ya que en sus trabajos preparatorios tuvieron voz las principales asociaciones del espacio iberoamericano ligadas a la administración de justicia², con lo cual, en la XIV Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia, confluyó la opinión de actores diversos que contribuyeron a enriquecerlas.

La Asociación Interamericana que nuclea a las instituciones y a las asociaciones de defensores públicos de las Américas (AIDEF), por caso, tuvo una activa participación, al punto de hacer notar que se estaba omitiendo incorporar al colectivo privados de libertad como sector vulnerable, y de esa forma, instar su corrección para consagrarlo. En aquel momento, la Coordinación General de la AIDEF estaba en cabeza de la Defensora General de la Nación Argentina, Stella Maris Martínez, y resultó muy llamativa la opinión que esgrimió algún juez de una Corte Suprema latinoamericana para contrariar la sugerencia de la Defensora Martínez, que finalmente se impuso: se preguntaba aquel juez, por qué sumar a los detenidos entre quienes ven obstaculizado el acceso a la justicia, si estando presos, el acceso a la jurisdicción estaba asegurado... Ello también da cuenta de la relevancia de potenciar los debates, con la mirada experta de la institución establecida para la garantizar, en condiciones de igualdad, el acceso a la justicia en sentido integral.

IV. Más allá de un entendimiento evidentemente acotado sobre el ámbito de comprensión de la categoría “acceso a la justicia”, aportes como el que realiza Ro-

blica de Cuba, República de Chile, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, Estados Unidos Mexicanos, República de Guatemala, República de Honduras, República de Nicaragua, República de Panamá, República de Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, República Dominicana, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela, reunidos en la Ciudad de Cancún, México, los días 27 al 29 de noviembre del 2002, en la “VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia”.

² Así, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

mina Alicia Magnano en esta publicación (*Hacinamiento y condiciones de detención. Desafíos y horizontes de proyección de la eterna crisis*), hubieran evitado la aseveración del aquel juez de Corte Suprema. Ella analiza la problemática del sistema carcelario desde su consabida sobrepoblación y condiciones indignas de detención, para explicitar cómo impactan decididamente en el goce de los derechos reconocidos; pero a partir del relevamiento actual de las “soluciones” procesales de las que se suele echar mano, interpela y exige la adopción de medidas y remedios eficaces. Bueno recordar la necesidad de rescate del poder de los jueces, en oportunidades, demasiado proclives a dejar en instancias administrativas algunas decisiones fundamentales sobre la vida en prisión y el ejercicio de derechos.

De igual forma, la cárcel es el territorio que nuclea el interés en el artículo *El consumo de estupefacientes dentro de los establecimientos carcelarios y la respuesta estatal a esta problemática*, de Fernando Wiernes, quien pone el acento en la ausencia de políticas públicas diversificadas ante un fenómeno siempre creciente que neutraliza el fin resocializador del encierro. A la vez, el trabajo de Gisela Lorenza Malvestitti, *Género y derecho penal: criminalización femenina en los delitos de estupefacientes*, impone la necesaria perspectiva de género que debe existir a la hora de ponderar la intervención de mujeres en estos hechos, contextualizándolos al analizar los estratos de la teoría del delito y los escenarios de vulnerabilidad y violencia que las tienen antes como víctimas que como autoras.

La discriminación en razón de género también es analizada, ahora desde un aspecto procesal penal, en el trabajo de Berenice Olmedo; *La Prisión domiciliaria como medida de coerción morigerada desde una perspectiva de género. Estrategias para la defensa de los derechos de las mujeres encarceladas*. Allí, la autora evalúa estrategias y desgrana amplios ítems que integran la discusión actual sobre la aplicación del instituto, siempre con perspectiva de género, y en virtud no sólo de la puesta en vigencia (parcial en casi todo el país) del Código Procesal Penal Federal adversarial, sino a partir del plexo interpretativo que introduce la Opinión Consultiva Nro. 19/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V. Por cierto, no quiero dejar de aludir a la relación tan cercana entre el actuar de nuestra Defensa Pública y la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Ello, que constituye un lineamiento funcional, no se manifiesta sólo en su aspecto más evidente –a partir de su invocación ante los estrados judiciales- sino que acompaña todas las acciones ante los organismos que se trate, y las demás que complementan y coadyuvan con su cometido funcional. Ello, más allá

de que algunos estándares de protección de derechos humanos, deben ser no sólo promovidos, sino ejecutados directamente en el ámbito interno de las defensorías, verbigracia, como los que rigen la relación con la persona a quien se defiende o asiste, o la remoción “de propia mano” de ciertos obstáculos para el acceso a la justicia.

Ahora, más allá del órgano que resulta obligado primario en su aplicación y en todo caso, más allá también, de si ese órgano ha omitido realizar el control de convencionalidad que le impone el mismo derecho internacional ¿quién si no la defensa pública, para alegar la necesaria aplicación de los estándares de derechos humanos, que dependerán en última instancia de decisiones de otros? Ese impulso no se agota en peticiones para que no se aplique normativa que contradiga la Convención Americana de Derechos Humanos o su interpretación, sino que se manifiesta a menudo con solicitudes para efectivizar el control de convencionalidad “constructivo”, es decir, la necesaria interpretación del derecho doméstico de acuerdo a la Convención y su interpretación.

Desde hace más de veinte años el estamento de la defensa pública de la AMFJN ha estrechado lazos y conformado entidades asociativas con defensores públicos del Mercosur (BLODEPM) e interamericanos (AIDEF); que tienen un andar muy activo, que trasciende los usuales del asociativismo internacional. La generación de la figura del Defensor Público Interamericano (DPI) en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la *tercerización* que tanto la Corte Interamericana, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han realizado en la AIDEF para la selección y la provisión de defensa pública ante esas instancias –mediante un grupo acotado de defensores públicos de toda la región, previamente seleccionados en virtud de su formación y experiencia en derechos humanos- ha representado un hito para la visibilidad y fortalecimiento de la defensa pública, pero sobre todo, para la posibilidad de que exista un “ida y vuelta” entre lo que el DPI postula en la instancia internacional y el estándar de protección que exige en su propio país.

Es un orgullo para nuestra AMFJN contar con uno de los cuatro DPI que pertenecen a la Argentina; y además, que por primera vez, en el actual período, ese lugar por nuestro ámbito asociativo corresponda a una mujer. También es la primera vez que ejercemos la Coordinación para América del Sur de la AIDEF (que aúna a las asociaciones de defensores y a las instituciones de defensa pública).

VI. En este libro se encontrarán de igual forma, múltiples e imprescindibles abordajes ligados a personas con discapacidad en su interacción con el derecho y el sistema de justicia. Justamente, nuestra actual DPI María Florencia Hegglin, es la autora de uno de esos trabajos. Su completo análisis a “*El fallo “D.N.L” de la CSJN: el reconocimiento del derecho a ser oída de una mujer con discapacidad intelectual, que cometió un homicidio en legítima defensa*”, tiene un contenido diferenciado, ya que por primera vez la Corte argentina se expide en un caso demostrativo de limitantes en el acceso a la justicia, de una mujer víctima de violencia de género e imputada por homicidio, que además tiene discapacidad intelectual y es analfabeta. Y como es sabido, las vulnerabilidades no se suman aritméticamente, sino que lo hacen con efecto multiplicador a los fines de la discriminación estructural.

También Enrique Comellas se adentra en el universo de la discapacidad, pero desde un ángulo diverso. En efecto, con su contribución “*Suspensión del trámite del proceso por incapacidad sobreviniente en casos de enfermedad mental incurable. Algunas reflexiones sobre las incongruencias de la literalidad del art. 77 del Código Procesal Penal de la Nación*”, plantea el sinsentido de la previsión normativa que dispone suspender el proceso “para siempre”, cuando no habrá vuelta atrás en la situación de incapacidad. Así, hace ver la inconsecuencia de una norma (de nuestro código procesal penal derogado pero ultraactivo), no obstante su aplicación judicial generalmente homogénea, por lo que ofrece alternativas para no reenviar la cuestión de manera indefinida, y evitar la aflicción en la persona imputada, que de otra forma permanece encorsetada *sine die* al sistema penal.

Mariano Gabriel Galetta, enfatiza en “*Discapacidad. El ser humano como valor principal y centro de atención. La singularidad de la persona*” sobre cómo deben ser entendidos los estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos, poniendo acento en indicadores fijados por la Corte Interamericana en “Furlan y familiares vs. Argentina” (cuestión que me toca muy de cerca, ya que fui la representante DPI, junto a Andrés Mariño López de Uruguay, de Sebastián Furlan y su familia, en lo que constituyó el primer caso de la Defensoría Pública Interamericana ante la Corte IDH, con sentencia de responsabilidad internacional para el Estado de Argentina, de 31 de agosto de 2012), haciendo ver que toda concepción ligada a personas con discapacidad –sean las discapacidades visibles o “invisibles”- deben partir de miradas más abarcativas, postulando la necesaria *integración* como conceptualización superadora de la *inclusión*, ya que con la primera, se hace ver la importancia de compartir ámbitos comunes a toda persona.

Por su parte, Pilar Pinto Kramer, en su trabajo sobre “*El acceso a la justicia y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*”, indaga sobre esos objetivos considerados, donde el derecho de acceso a la justicia aparece como vital en una sociedad democrática, participativa e igualitaria. Con ese marco, analiza un caso ocurrido en pandemia, cuyo núcleo estuvo constituido por la exigencia de que el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación fuere accesible para litigantes cuyas facultades visuales se encontraran afectadas.

VII. María Adelina Navarro Lahitte Santamaría, muestra en su artículo “*Mujer migrante con padecimiento mental. Internación psiquiátrica. Un caso, muchas capas*”, el entrecruzamiento con otros colectivos sujetos a vulnerabilidad, para dar a conocer un caso paradigmático de la justicia civil de la Ciudad de Buenos Aires –que la tuvo como protagonista– sobre una mujer migrante brasilera de 62 años, internada en un neuropsiquiátrico público de esta ciudad, sin ligazón conocida, ni personal ni de experiencia de vida, y en plena pandemia. Este trabajo no sólo es muestrario del importante rol que cumplimentan los Defensores Públicos Curadores, sino, como la propia autora exhibe, de la relevancia de contar con áreas específicas de un Ministerio Público de la Defensa con autonomía funcional, para coadyuvar con problemáticas específicas; a lo que sumó en este caso, la interacción virtuosa generada a partir de la AMFJN con defensores públicos del país vecino, todo lo cual derivó en respuestas adecuadas para su situación particular y sobre todo, de gran dignidad para una mujer atravesada por tanta vulnerabilidad.

La cuestión migratoria ocupa también el interés de Nicolás Omar Vargas, desde el lugar de sus principios y enunciados en el ámbito regional. En “*Acceso a la justicia de las personas migrantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, lejos de sólo constituir una reseña de los relevantes aportes de la Corte IDH en este punto –en su rol contencioso y también consultivo– se adentra en cuestiones históricas y sociales que hacen ver la relevancia del actuar de la defensa pública como institución de garantía, sea en instancias administrativas o judiciales, y siempre de una conceptualización general de cómo debe entenderse el acceso a la justicia para los colectivos migrantes y peticionantes de asilo o refugio.

Bajo esos presupuestos, David Andrés Chassagnade, con su artículo “*Ciudadanos senegaleses en Argentina: ¿residentes o refugiados?*”, desarrolla una rica caústica propia, ligada a la judicialización del rechazo del trámite de refugio de

ciudadanos de ese país, en virtud de vicios procedimentales con impacto convencional. El centro de interés está constituido por cientos de varones jóvenes pertenecientes a familias sumidas en pobreza estructural, con temor fundado en regresar a Senegal. Analizado el contexto ¿A dónde podrían acudir, sino a la defensa pública, en búsqueda de asesoramiento y patrocinio para la regularización de su permanencia en Argentina o solicitud de refugio?

VIII. Pero volvamos al asociacionismo y sus efectos benéficos: que una Asociación como nuestra AMFJN, nucleee en su seno a quienes ocupan espacios diversos y aún antitéticos en la organización judicial, que estos estamentos puedan confluír en su órgano directivo, y que suma, puedan argumentar sobre sus visiones -probablemente encontradas- ligadas a contenido de derechos, rutinas procesales, comportamiento de operadores judiciales o el funcionamiento general de la justicia, para a partir de allí consensuar posturas y mensajes institucionales que enriquezcan a todos, es sin dudas uno de los grandes aciertos de la “mixtura estamentaria” en una misma institución.

Mientras avanzaba en la lectura de los artículos que conforman este libro, pensaba justamente en eso; que estas páginas tan necesarias, reflejo de lo que vemos, hacemos y sentimos en virtud de nuestro desempeño como defensa pública en nuestro común caminar junto a desaventajados, va a ser novedosa fuente de difusión y conocimiento –desde una mirada y postura probablemente diferente- a la usual de nuestros colegas asociativos del Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial.

También lo será desde ya, como insumo de gran utilidad para quienes se desempeñan en las diversas áreas de la defensa de derechos; sopesarán estratégicamente posibles planteos y conocerán algunos de los resultados obtenidos, de indudable ayuda a la hora de recorrer similares caminos. Ello, más allá del valor intrínseco que tienen como capacitación, permitirá cotejar cómo el impulso de la defensoría oficial nacional y federal, viene desde hace mucho tiempo abriendo cauces y posibilitando una renovada jurisprudencia.

IX. El libro se introduce además, en una temática que ha suscitado estos últimos tiempos acalorados debates, incluso al interno de nuestra asociación. Así, el trabajo de Guillermo Todarello y Leandro Destéfano, “*Personas privadas de la libertad y telefonía celular: una prohibición irracional*”, establece un argumentado contrapunto sobre normativas infraconstitucionales -e inconstitucionales, fundamentarán los autores- y demandas expandidas que vienen esgrimiendo peli-

gros genéricos para bloquear toda autorización, que ellos se encargan de desvirtuar con datos oficiales y conocimiento experto, ya que son asiduos visitantes de los centros de detención federal por integrar la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación, uno de los órganos que conforman el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles Federales. La metodología que emplean para fortalecer la conclusión contenida en el propio título, es la de someter a un test de razonabilidad la disposición legal prohibitiva, analizando la “realidad” de lo que ocurre al interior de los penales. Así, neutralizan temores “in totum” y centran la discusión en el efecto propagador de una prohibición a la que dejan muy mal parada. Es que ¿no sería más fácil controlar un problema puntual de seguridad, antes que avanzar sobre el derecho de todos, afectando la vinculación familiar y social? En el actual estado de cosas, ni lo uno ni lo otro.

El binomio menores de edad/ justicia penal, es otro espacio siempre doloroso y complejo, y vaya si lo sabe Damián R. Muñoz, que lo transita a diario desde hace mucho tiempo. En “*La defensa pública en el laberinto del sistema penal juvenil*” parte de un entendimiento que a esta altura, no por básico debe dejar de seguir confrontándose: la incompatibilidad severa de la ley que regula el régimen penal juvenil (Nro. 22.278) con las disposiciones de la Convención de los derechos del Niño, seguramente una de las grandes deudas de nuestra recuperada democracia. Es que tantas veces se olvida que los adolescentes poseen los mismos derechos y garantías que los adultos, más un “plus” por la especificidad del sistema penal juvenil. En esta línea, Muñoz postula lineamientos para la gestión de casos, de acuerdo a un eje conformado por el principio de especialidad, un debido proceso penal adolescente y un enfoque restaurativo (sólo en casos de adolescentes punibles), constituido como programa de prácticas acordes a los principios y estándares internacionales.

María Fernanda Rita Tugnoli recorre ámbitos igualmente difíciles, por su desempeño en representación de menores de edad imputados en causas de comercio de estupefacientes ante los tribunales federales de Rosario. En su trabajo “*La necesidad de abordar el principio constitucional de igualdad material a la hora de ejercer la defensa técnica de las y los adolescentes víctimas de la desigualdad estructural y del narcotráfico*”, hace ver las inconsecuencias del juzgamiento de menores en el fuero federal, sin atención a los principios de especialidad y a la situación de discriminación estructural por pobreza; básicamente, prescindiendo de la persecución de organizaciones que los utilizan como instrumentos para sus objetivos

delictuales. En ese sentido, relata experiencias y propone alternativas para su defensa técnica, complementadas por informes sociales.

X. En este libro no podía faltar el desarrollo y análisis crítico de la necesaria efectividad de derechos económicos, sociales y culturales. Justamente, uno de los ámbitos que constituyen la cobertura preeminente de muchas defensorías oficiales, que suelen interactuar con órganos específicos de la Defensoría General de la Nación, que impulsan políticas de acceso a la justicia para cada sector desaventajado, coadyuvan con necesidades concretas generadas en casos de las defensorías públicas de todo el país y actúan en casos de litigio estratégico.

Los autores del artículo “*Acceso a la justicia en barrios segregados*” –Sebastián Tedeschi y Silvina Junco- pertenecen al Programa que se ocupa de tales temáticas en el Ministerio Público de la Defensa. Ellos, partiendo de las diversas dimensiones de la segregación, refieren a los obstáculos que encuentran poblaciones de territorios postergados (cuando no abandonados) por el Estado, para el ejercicio del derecho a la vivienda, alimentación, integración urbana, agua, saneamiento, energía, acceso al transporte público o internet. Como muchos de los trabajos que contiene este libro, el valor agregado de esta presentación, es que puede hacer ver cómo la invisibilidad de los vulnerables se transforma en dignidad con acciones de protección concreta, cómo se potencia la intervención con la interrelación con instituciones involucradas, cómo las estrategias de abordaje, intervención de la defensa pública y litigio pueden desembocar en reclamos exitosos (que se reseñan), o en solicitudes frustradas que denotan tantas asignaturas pendientes y deuda social del Estado.

XI. Y de nuevo, la vulnerabilidad que toca el factor edad, puede observarse en el sustancioso trabajo de Perla Goizueta “*La vejez como dato diferenciador en el resguardo de la vivienda*”. Allí parte de un paneo histórico, normativo y multi-dimensional y explicita los contenidos de la relación derecho a la vivienda – grado de bienestar de la persona mayor. A la vez, derriba estereotipos que han favorecido prácticas lesivas de sus derechos y libertades, y pone un foco de atención sobre la medicalización de las personas mayores en el ingreso a residencias gerontológicas, y la necesidad de resguardo del consentimiento informado en esos casos.

Damián Lembergier y Nicolás Pantarotto nos hacen conocer de manera dinámica en “*La defensa pública y el derecho de la vejez. Análisis de un caso*”, una experiencia de intervención desde la Defensoría Pública Curaduría. Muestran cómo la conjunción de la normativa nacional e internacional para efectivizar los

derechos de colectivos vulnerables y la intervención temprana y efectiva de la defensa pública, lograron “desenmascarar” una miserable estrategia de familiares (y de su letrada), respecto a una persona de 90 años, para quedarse con su vivienda y demás bienes, utilizando un proceso sobre restricción al ejercicio de su capacidad.

XII. El trabajo de la Defensora Pública de Víctimas, Inés Jaureguiberry (“*El derecho al recurso de la víctima no constituida en querellante. Alcances y límites a la luz de la jurisprudencia nacional y federal*”) es el que cierra el libro, con un completo abordaje de una cuestión debatida, y respecto a la cual, como reseña la propia autora, los avances jurisprudenciales nacionales y de la Corte Interamericana, más los criterios de interpretación sistémica en virtud del Derecho Internacional de Derechos Humanos y normativa local sobre derechos y garantías de las víctimas de delitos, han delineado importantes avances, aunque subsisten discusiones sobre aspectos concretos de su extensión y modo de intervención.

De alguna manera, podría decirse que este artículo final tiene mucho de discusión “fundacional”; la que se da en los primeros instantes de puesta en marcha de un instituto, y por eso la importancia de tomar juego en su debate, ya que estos primeros momentos del rodar de la Defensoría Pública de Víctimas en el fuero federal, no sólo es relevante por el deslinde de su cometido funcional sino por el trazado de mayores o menores márgenes en los derechos que está llamada a proteger y asegurar, lo que en general se cristaliza con resoluciones de los tribunales superiores.

La puesta en marcha de Defensorías de Víctimas es de data reciente y viene a poner fin, estructurándolas en el seno del Ministerio Público de la Defensa, de un histórico debate sobre su ubicación orgánica, que no es una cuestión baladí, y que hace ver la importancia de resguardar, en una misma institución, la autonomía funcional de ámbitos que suelen tener intereses divergentes (defensa de imputados y de víctimas de delitos), para efectivizar en toda su amplitud el derecho de acceso a la justicia.

Finalmente, quiero agradecer la dedicación y esfuerzo de la Comisión de Revista y Biblioteca de la AMFJN, y el ferviente empuje y sostenido compromiso de los colegas Pablo Matkovic, Xenia Baluk y Valeria Salerno, para que esta publicación sea posible.

Ya es momento de girar las páginas y adentrarse en un libro hermoso, pensado por quienes sienten y viven en primera persona lo que estas páginas nos dicen.

ACCESO A LA JUSTICIA

Acceso a la justicia y Reglas de Brasilia

María Amparo Vázquez*

I. Introducción

Este artículo pretende analizar la evolución de las Reglas de Brasilia y su aplicación práctica con respecto a colectivos vulnerables en nuestra diaria labor, para ello hay que entender de dónde provienen y a quiénes están dirigidas, sujetos a quienes pretende proteger y cómo disponemos para posibilitar que sean cada día más efectivas.

Es dable destacar que las reglas de Brasilia son producto de la inquietud manifestada desde larga data (Carta de intención de Cancún de 2002, y ss.) por los operadores jurídicos, integrando la misma, jueces, fiscales y defensores iberoamericanos, y surgen de la XIV Cumbre Iberoamericana en el año 2008, realizada en la ciudad de Brasilia, República Federativa do Brasil.

En 2018, tras 10 años de vigencia, y producto del estudio y trabajo de la Comisión de seguimiento de las Reglas de Brasilia, en la Cumbre Judicial Iberoamericana de Quito, Ecuador, se modificaron 73 de las 100 reglas iniciales. El objetivo de esta reforma fue actualizar las reglas existentes y adaptarlas a la normativa internacional que se encuentra en constante evolución.

El propósito de esta reforma fue la mejora del texto normativo, pero además brindar mayor practicidad y dispensarle la naturaleza que le es propia, que es la de ser “embrión de un instrumento normativo internacional”, programático y técnico de alcance general a todos los países destinatarios en el campo del acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

* *Secretaria y Defensora Pública Coadyuvante. Defensoría Pública Oficial ante el Tribunal Oral Criminal de Santa Fe, Santa Fe*

II. Sobre el concepto de acceso a la justicia

Mucho se ha escrito sobre el concepto de acceso a la justicia, pero es importante entender que es, a la vez, un principio y derecho operativo receptado y protegido por la legislación nacional e internacional.

Los primeros antecedentes de este concepto datan de la Revolución Francesa donde se lo relacionaba con el derecho a un juicio justo, juez imparcial y a ser oído en juicio. Luego evolucionaron hacia el concepto de justicia y lo que implica acceder a ella en modo pleno y efectivo. Conlleva así que las personas puedan diseñar su plan de vida y ejecutarlo libremente, justicia implica autodeterminación y ello, a su vez, poder elegir qué clase de vida llevar en condiciones de dignidad. Luego, ya no se conforma con el acceso a la jurisdicción, sino que se amplía y tiene implicancias políticas, sociales y económicas y continúa en progresiva evolución.

El concepto de acceso a la justicia se ve ampliado incluyendo la remoción de obstáculos para el efectivo ejercicio de los derechos de las personas que en razón de circunstancias personales de raza, etnia, religión o padecimientos vieran impedido el ejercicio de sus derechos por ello. Acceder a la justicia implica la remoción de todos los obstáculos que, de cualquier modo, impiden el goce efectivo de los derechos consagrados constitucionalmente.

La accesibilidad al derecho es la base para su cumplimiento y su contenido es más amplio que el poder acceder al mismo. La principal estrategia, es la accesibilidad universal, que es una condición que se halla implícita en el ejercicio de los derechos, y derivado de ello, podemos mencionar que el acceso a la justicia se reconoce como un derecho humano fundamental de las personas.

Jurídicamente, el derecho de acceso a la justicia es una norma *jus cogens* que genera la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

El derecho al acceso a la justicia es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos. Es por eso que se lo define como “llave” ya que es lo que posibilita el efectivo cumplimiento del derecho. De nada sirve ser titular de un derecho si no podemos hacerlo plenamente operativo ni tenemos acceso a él.

A partir de que concebimos el acceso a la justicia como el derecho de una persona o colectivo a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas, se abre la puerta para vincular este concepto con cuestiones sociales y políticas que lo atan a problemáticas “más allá” del mundo del derecho estrictamente hablando.

El derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento nacional e internacional y ha sido receptado como Derecho humano, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 y 25, y en el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Está reconocido en todos los tratados internacionales, por ejemplo, se halla contenido específicamente en otros cuerpos normativos y bajo el derecho a la igualdad ante la ley y otros, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en su art 13 que reza así:

“Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones afectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

“A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

Así, la regulación del acceso a la justicia, al encontrarse en varios cuerpos normativos, intenta así hacerla más operativa, y por ende, más eficaz.

Y lo explica, en una intervención reciente, la Dra. Stella Maris Martínez, (Coordinadora General de la AIDEF y Defensora General del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina.) *“Poca o ninguna utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Y obviamente las dificultades son mayores cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad”*¹.

¹ . <https://www.fiiapp.org/noticias/abramoslajusticia-instituciones-justicia-america-latina-europa->

Todas las personas son iguales ante la ley, pero nos preguntamos, ¿tienen siempre el mismo acceso a la justicia? La respuesta es NO. Todavía observamos en la práctica que tantos pueblos originarios como personas migrantes, personas con discapacidad, en entornos remotos o mujeres víctimas de violencia de género, entre otros colectivos, encuentran a menudo serias limitaciones para conocer sus derechos, acudir a un tribunal, defenderse o denunciar con garantías, entre otros.

III. Naturaleza jurídica de las reglas de Brasilia

Si bien son un instrumento del denominado “soft law”, es decir, que no tienen un carácter vinculante que sí poseen los tratados internacionales de derechos humanos en virtud del art 75 inc. 22 de la CN, son igualmente una guía de interpretación y actuación para quienes integran el sistema de justicia destinada a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas vulnerables.

Se intenta, desde el impulso y promoción de una formación de los operadores jurídicos, facilitar la remoción de los obstáculos que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, sean individuales o colectivos más allá del aspecto puramente jurídico se busca brindar una cobertura integral.

Al abordar el concepto de vulnerabilidad, las reglas, según Ribotta, lo hacen desde una perspectiva no neutralizante, considerándolas “*circunstancias creadas como consecuencia de determinada organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos colectivos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o poseer determinados caracteres identitarios*”².

Las Reglas de Brasilia, en su primera sección, describen su finalidad y las personas beneficiarias, con una enumeración concreta de las personas vulnerables.

III.1. Finalidad:

Sección 1ª.- Finalidad (1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de

impulsan-convenio-internacional-mejorar-acceso-la-justicia/

². RIBOTTA, Silvina, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. en REIB: Revista Electrónica Iberoamericana, ISSN-e 1988-0618, Vol. 6, N°. 2, 2012.

vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

3- (2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato digno, adecuado al servicio a sus circunstancias singulares. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Es importante señalar que estas reglas conforman y complementan a un cuerpo normativo vigente, con lo cual deben ser interpretadas en forma integral y amplia lo que facilita su utilidad en cuanto a cada caso concreto como veremos más adelante.

En la Regla número 2 se describen conceptualizando quienes son los colectivos vulnerables cuyo acceso a la justicia puede verse entorpecido o impedido.

III.2. Personas vulnerables:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto, se consideran vulnerables aquellas personas quienes, por su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas tienen dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Personas en situación de pobreza, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas migrantes, personas con discapacidad, colectivo LGTBI, pueblos originarios, mujeres víctimas de violencia machista y personas privadas de libertad son los principales destinatarios de las Reglas de Brasilia.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Este es el aporte más importante, ya que se describe y a la vez reconoce quienes son los sujetos pasibles de padecer trabas para el efectivo acceso a sus derechos. Siendo esto reconocido y visibilizado por los mismos operadores jurídicos. Así va tomando cada situación de vulnerabilidad en específico, y a vez atraviesa y se combina con otra normativa nacional y supranacional en el acceso a la protección de los derechos reconocidos y pasibles de ser vulnerados.

Así el reconocimiento en la enumeración de los mismos, los hace visibles y por ende reconocibles y protegidos jurídicamente.

A modo ejemplificativo, la vulnerabilidad por la edad (menor de edad), se conjuga con el derecho del menor a ser oído, consagrado en la “Convención de los Derechos del Niño...” y otras normas internacionales que resultan aplicables.

En su segunda parte, se brindan herramientas para el acceso efectivo a la justicia para la defensa de los derechos, como por ejemplo la resolución alternativa de conflictos.

En su tercera parte, hay pautas sobre la celebración de los actos judiciales dando garantías como, por ejemplo, el uso de intérpretes como veremos más adelante. Y fija pautas sobre la eficacia de estas reglas.

Pero finalmente, ¿Quiénes son los destinatarios de estas Reglas?

La regla número 24 dice, que serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas las siguientes personas:

- a) responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;
- b) integrantes de la judicatura, fiscalía, defensoría pública, procuraduría y demás personal que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c) profesionales de la abogacía y Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;

d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.

e) Policías y servicios penitenciarios

f) Y, con carácter general, los poderes públicos con competencias en administración de justicia, los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Con lo cual queda en evidencia, sin duda alguna, que comprende a todos los operadores jurídicos y administrativos posibles. Reconocernos como operadores jurídicos más allá del rol que nos toque en el proceso judicial, nos hace responsables en igual medida del cumplimiento de estos parámetros de acceso a la justicia

Esto adquiere especial relevancia porque el sistema judicial tiene un papel clave para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a la reducción de las desigualdades sociales y favoreciendo la cohesión social.

Si se mejora el acceso a la justicia, se incrementan las posibilidades de las personas desfavorecidas de superar la pobreza y la exclusión; de esta manera, el propio sistema de justicia podrá convertirse en motor de la cohesión social.

Las Reglas de Brasilia han sido incorporadas tanto en el ámbito judicial, como en el de los ministerios públicos y, por ello, es importante invocarlas y mencionarlas en fallos judiciales y dictámenes realizados por defensores y fiscales.

Y en cada una de las vulnerabilidades descriptas ya contamos con precedentes donde se cita a las reglas de Brasilia y sus articulados específicos para fundar el acceso a la justicia y la remoción de obstáculos en el ejercicio de los derechos.

A modo de ejemplo citare algunos fallos donde han sido contempladas las reglas de Brasilia en relación a las vulnerabilidades descriptas.

a) Vulnerabilidad en razón de la edad

Menores de edad:

En la Regla número (78) dice: "...En los actos judiciales en los que intervinieran personas menores de edad se tendrá en cuenta su edad y desarrollo integral.

- A tales fines los actos judiciales:
- Se realizarán en espacios amigables, incluyendo la posibilidad de que se puedan escuchar sin estar presentes en la sala mediante tecnologías de la comunicación.
- Se facilitarán la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se evitarán los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares”

Cabe citar el fallo del Juzgado Multifueros de Misión Nueva Pompeya de la Provincia del Chaco, Secretaría Civil De Niñez, Adolescencia y Familia, caratulado “Hospital Avelino Castelán” (Causa N° 156/2021. 6/9/2021)³ donde se sostiene que: [La presencia del perito traductor] es obligatoria y se encuentra prevista en los diferentes cuerpos normativos, a saber, códigos procesales y legislación provincial como en el Código Procesal de Niñez Adolescencia y Familia, en su artículo 36, es una opción obligatoria que de no hacerlo (aun cuando la persona se exprese de manera correcta y creamos que comprende lo que decimos) implica una vulneración a sus derechos.

Las Reglas Brasilia en el Capítulo II Sección 3 establecen que se debe garantizar el uso de intérprete cuando la persona no conoce la lengua o lenguas oficiales y hubiese de ser interrogada o prestar alguna declaración o fuera preciso darle a conocer alguna resolución. Así también ante la comparecencia por cualquier tipo de acto jurisdiccional deberá ser asistido por traductores. Es un derecho que el Estado, en sus diferentes estamentos, está obligado a garantizar más aún cuando se trata de la salud de la niña [...].

Cabe citar, además, recientes fallos sobre la comunicación de resoluciones judiciales adaptada a los niños.

En un fallo actual, “M.M.E.– S.V.B. – Adopción Plena” (Expte. 10108206) del 17/11/2021, dictado por el Juzgado de Control de Niñez y Juventud Penal Juvenil, Faltas y Violencia Familiar de La Segunda Circunscripción Judicial, con Sede en la ciudad de Huinca Renancó, prov. de Córdoba⁴, se dispuso que la sentencia que dispone la adopción de una menor sea representada en lenguaje claro y a través de la aplicación de la plataforma de tik tok, “En virtud de ello, utilizaremos lenguaje claro para M. A. a fin que comprenda mejor lo que se ha decidido, teniendo en cuenta su edad, resulta necesario efectuarlo de la manera que ella pueda en-

³ <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3405>

⁴ <https://docer.com.ar/doc/n0xx15vv>

tenderlo, por lo que en función de ello se lo efectuará en forma de “Cuento” por lo que se incorpora en documento en PDF como anexo bajo el título “Como un cuento de Hadas”, además resulta necesario agregar un “plus” a las ya referidas consignas de “Lenguaje Claro y Lectura Fácil”, por ello se efectuará la notificación de la presente en un lugar físico donde la niña se sienta cómoda, siendo su vivienda familiar el lugar elegido, esto es donde ella junto con el grupo familiar vienen desarrollando su cotidianeidad, esto es agregaremos que la misma sea de “Comprensión Accesible”, para ello convocaremos a personas de la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de Huinca Renancó, a fin de la colaboración con actores que munidos del disfraz correspondiente para que esta comunicación de la sentencia sea acompañada y actuada por personajes de Disney, más precisamente como “Minnie Mouse”. Para finalizar y teniendo en cuenta las nuevas tecnologías, se efectuará una representación grabada en la plataforma de “Tik Tok” bajo los lineamientos de las convenciones internacionales, a los fines de que la niña además pueda observar ese video bajo la supervisión de sus padres”.

Esto demuestra que no tenemos techo en cuanto a la utilización de recursos, para vencer las barreras que provocan la vulneración de derechos, a través de la utilización del lenguaje claro y las opciones tecnológicas disponibles y en constante evolución.

b) Adultos mayores

La Regla número 6, prescribe que “El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales *y/o barreras producto del entorno económico y social*, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia con pleno respeto a su dignidad.”

Así vemos que, en un caso de una mujer adulta mayor vulnerable, el Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial de 51 ° Nominación de Córdoba, en el caso “MLM”. 6/4/2022⁵ analizó que se encontraba en situación de vulnerabilidad socioeconómica y su estado de salud era delicado. Asimismo, mantenía una deuda con la empresa prestataria de agua de la provincia de Córdoba, donde vivía.

⁵ <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4111>

En un momento determinado, la compañía limitó el suministro de agua potable en el domicilio de la mujer. En ese sentido, estableció un cupo de cincuenta litros por día. En ese contexto, la mujer realizó un reclamo administrativo para que se aumentara el suministro, pero no obtuvo respuesta. En consecuencia, promovió una acción de amparo. Entre sus argumentos, señaló que la limitación en la provisión de agua era perjudicial para su salud e incluso podía agravar su cuadro. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 51ª Nominación de Córdoba dictó una medida cautelar para que la empresa demandada proveyera con carácter urgente cien litros de agua por día en el inmueble de la actora.

Esta visión de la convención armoniza con lo dispuesto en las Reglas de Brasilia adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como guía en los asuntos a los que refiere. Concretamente, la advertencia del evidente perjuicio del transcurso del tiempo en personas adultas mayores (regla N° 6), lo cual torna necesaria una intervención especial de los operadores jurídicos, donde se justifica la toma de medidas para evitar retrasos en la tramitación y decidir, cuando las circunstancias lo permitan, prioridad en la atención, y en el dictado de resolución por parte de los órganos del sistema de justicia.

c) En causas de Género

La regla número 19, específicamente prevé que “Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o afectación patrimonial a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Así lo dispuso el muy reciente fallo del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 5, en la causa MDN (Causa N° 746/2022. 20/3/2023)⁶. En el cual con respecto a una mujer acusada de ser “mula” se resolvió sobreseyéndola, teniendo en cuenta la vulnerabilidad que presentaba como mujer vulnerable por los padecimientos sufridos en manos de parejas y cuidadores varones que la han hecho vulnerable para ser utilizada por un hombre en la comisión de este delito. “En

⁶. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/browse?type=tribunal&order=ASC&rpp=20&value=Juzgado+en+lo+Penal+Econ%C3%B3mico+Nro.+5>

este contexto, el análisis aludido deberá ser realizado con un enfoque integrador que aborde el caso con perspectiva de género.... [E]n los delitos de contrabando de sustancia estupefaciente bajo la modalidad de ‘mula’, como el que aquí se investiga, se advierte la existencia de una situación de explotación o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la mujer que puede constituir en una captación de la voluntad o en alguna de las conductas típicas del delito de trata de personas. ... se observa la existencia de elementos característicos del delito de trata, a saber: vulnerabilidad de la víctima, traslado de su centro de pertenencia, encuentros con sus tratantes en el aeropuerto y en el ámbito de esta ciudad –en oportunidad de serle asignado el alojamiento–, entrega de dinero para movilizarse, etc. [...]. En este punto, corresponde tener en consideración la situación personal de la imputada conforme las ‘Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’ (Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008) a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 5/2009) ...”.

“En efecto, el aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad constituye una modalidad frecuente de captación de personas para su explotación e incrementa las posibilidades de que una persona u organización se aproveche de la urgencia de aquéllas para resolver sus acuciantes necesidades abusando de dicha situación de vulnerabilidad y obtenga réditos económicos. [L]os conceptos de captación y de vulnerabilidad deben construirse sobre una perspectiva de género, pues evita análisis abstractos ajenos a las circunstancias concretas y a las características precisas de los sujetos que interactúan con el sistema de justicia.

Aquí, vemos la efectiva aplicación de las Reglas de Brasilia contemplando y valorando a favor de la mujer inculpada, su situación de vulnerabilidad extrema y disponiendo su sobreseimiento.

IV. Las reglas de Brasilia y el acceso a la justicia. Acciones

Las 100 Reglas de Brasilia son un conjunto de normas que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia en marzo de 2008. Estas han sido modificadas en el año 2018, como se dijo anteriormente.

Debido a la importancia de las Reglas, éstas pasaron a formar parte del derecho interno argentino a través de la Acordada N° 05/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 24 de febrero de 2009⁷ el Máximo Tribunal adhirió a las Reglas, indicando que las mismas deben ser seguidas -en cuanto resulte procedente- y que estas reglas constituyen una serie de valiosos principios a tener en cuenta en los procesos o actuaciones judiciales en los que intervengan personas en condiciones de vulnerabilidad, debiendo y pudiendo aplicarse, principalmente, en procesos de determinación de la capacidad, amparos de salud, declaraciones testimoniales y toda otra actuación en la que sea necesaria la participación de la persona en condición de vulnerabilidad.

En el ámbito de la Procuración General de la Nación, por medio de la resolución 58/09⁸ se adhirió a las Reglas de Brasilia, instando a los fiscales y personal actuante la aplicación de las mismas ante la atención de personas que padezcan las vulnerabilidades descriptas⁹.

En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, por su parte, no solo se han receptado las mismas, por numerosas resoluciones, sino que han motivado específicamente varias resoluciones sobre su efectiva aplicación y se ha propiciado un espacio de formación de todo el personal que conforma el estamento de la defensa¹⁰.

Es dable señalar que en el año 2021, se inició un programa denominado #ABRAMOSLAJUSTICIA para mejorar el acceso a la Justicia propiciado por las principales redes de justicia iberoamericanas - Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), la organización internacional Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y Cumbre Judicial Iberoamericana, de más de 20 países, que se unen en una campaña impulsada por la FIIAPP (Cooperación Española) a través del programa de la Unión Europea EUROsociAL+ para promover el acceso a la justicia impulsando un convenio internacional que haga vinculantes las 100 Reglas de Brasilia.

⁷ <https://www.csjn.gov.ar/decisiones/acordadas>

⁸ <https://www.mpf.gob.ar/buscaador-resoluciones/>

⁹ www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2017/07/PGN-2009-58.pdf

¹⁰ . Por ej. Resol. 36/17 que dispone la adhesión a la iniciativa “Semana por el Acceso a la Justicia” en la cual se realizaron cinco encuentros, con el formato de mesas redondas de discusión horizontal, en torno a los siguientes temas: “acceso a la justicia y villas”; “acceso a la justicia y género”; “acceso a la justicia y discapacidad”; “acceso a la justicia y ministerios públicos”; y “hacia una agenda común participativa para el acceso a la justicia”

En la mencionada iniciativa se expresó que un lenguaje demasiado técnico, la falta de servicios de traducción a lenguas originarias, el desconocimiento de los propios derechos, distancias físicas insalvables o simplemente miedos y desconfianza son solo algunos de los obstáculos más habituales que impiden a estos grupos un acceso efectivo a los sistemas públicos de justicia en América Latina y en nuestro país¹¹.

Asimismo, como acción reciente del programa puede mencionarse la reunión que, con el fin de arrojar luz sobre este tema, se desarrolló, del 18 al 23 de febrero de 2021, y describió los distintos obstáculos que impedían un acceso efectivo a la justicia y que visibilizará el esfuerzo de jueces/as, fiscales y defensores/as por abatirlos.

V. Conclusión

Es importante reflexionar que, como operadores del sistema judicial, debemos actuar inspirados por esta normativa como puentes (que unen, facilitan, conectan) a las personas con sus derechos.

Es otra cara de la misma moneda, visto en contraposición a los muros que impiden el efectivo acceso y ejercicio de los derechos por parte de las personas vulnerables.

Puntualmente en el ámbito del MPD podemos señalar el trabajo realizado por el equipo ACCEDER, y más en específico en la Cuenca Matanza Riachuelo, dirigido en principio a ROMPER EL PARADIGMA: “NOSOTROS-ELLOS”.

Ello, a partir de la realización de trabajo de campo versus la realización de trabajo de oficina, alejado de la realidad.

Abandonar la percepción errónea de que debo interpretar lo que la persona necesita, en base a lo que YO percibo.

Aquí cabe citar al Dr. Mariano Gutiérrez, DPO titular del equipo Acceder, cuando en un artículo sobre desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia en la Revista MPD, número 14 expresa: “lo que queremos resaltar es que se trata de tradiciones burocráticas y prácticas organizacionales que no son meras deficiencias, sino que son obstáculos activos que los operadores de una institución

¹¹ <https://www.fiiapp.org/noticias/abramoslajusticia-instituciones-justicia-america-latina-europa-impulsan-convenio-internacional-mejorar-acceso-la-justicia/>

crean y reproducen para alejar y limitar el acceso de los asistidos. Por ello, el trabajo intrainstitucional debe pensarse no solo creando puentes con “aquellos”, sino desarmando activamente estas estrategias activas de rechazo al acceso a la justicia de “los nuestros...”¹².

El desafío radica en abandonar la lógica de repetición de actos, y adentrarnos en el caso concreto, formándonos para poder identificar las vulnerabilidades y desafíos que se presentan en cada situación que se nos presenta. Solo así, podremos responder como operadores del servicio de justicia en general, y desde el rol de cada uno, adecuadamente a las necesidades y particularidades de cada persona que acude a nosotros, “. . . que escapemos de la lógica de la repetición de actos sin sentido, sin saber cómo ni porque...”¹³.

Como última reflexión, cito un texto de Eduardo Galeano que es muy ejemplificador: *“Sixto Martínez cumplió el servicio militar en un cuartel de Sevilla. En medio del patio de ese cuartel, había un banquito. Junto al banquito, un soldado hacía guardia. Nadie sabía por qué se hacía la guardia del banquito. La guardia se hacía porque se hacía, noche y día, todas las noches, todos los días, y de generación en generación los oficiales transmitían la orden y los soldados obedecían. Nadie nunca dudó, nadie nunca preguntó. Si así se había hecho, por algo sería. Y así siguió siendo hasta que alguien, no sé qué general o coronel, quiso conocer la orden original. Hubo que revolver a fondo los archivos. Y después de mucho hurgar, se supo. Hacía treinta y un años, dos meses y cuatro días, un oficial había mandado montar guardia junto al banquito, que estaba recién pintado, para que a nadie se le ocurriera sentarse sobre pintura fresca.”*¹⁴

Que nunca nos pase que repitamos procedimientos, ¡sin saber por qué! Por ello, invito a que todos asumamos el compromiso de ser más empáticos y estar atentos a quien es el otro y cuál es su necesidad, para así poder dar una respuesta acertada a su vulnerabilidad. Como operadores jurídicos, es nuestro deber comprometernos con ello.

Ello redundara en que nuestra diaria labor sea un aporte a una sociedad más justa y equitativa.

Como reflexión final, dejo una frase de la Madre Teresa de Calcuta que dice *“que nadie venga a ti, sin irse mejor y más feliz”*. Y deseo que ésta sea nuestra meta y desafío.

¹² . <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/revista/Revista%20MPD%202019.pdf>

¹³ . Idem.

¹⁴ . GALEANO, Eduardo. “El libro de los abrazos”, p. 29, disponible en <https://latinoamericanos.files.wordpress.com/2009/03/el-libro-de-los-abrazos.pdf>

Acceso a la justicia en barrios segregados

Sebastián Tedeschi*
Silvina Junco**

1. Introducción

Una de las realidades más visibles de la desigualdad son los barrios segregados, que suelen ser territorios postergados por el Estado, los que los posiciona en una situación de discriminación histórica y estructural. Allí viven cientos de familias que enfrentan, además de la desigualdad espacial y social, diversas condiciones de vulnerabilidad en el acceso a los derechos sociales interseccionalmente atravesado por la pobreza de ingreso, la discapacidad, el género, diversidad cultural, condición migratoria y etaria, entre otras.

Hasta hace unos años atrás, muchos de estos barrios ni siquiera aparecían en los mapas y el Estado desconocía cuántos eran, las condiciones en que se encontraban sus habitantes y sus necesidades más urgentes. Paradójicamente, en esos territorios el Estado suele hacerse “presente” a través de las fuerzas de seguridad, en lugar de promover la presencia de agencias u organismos públicos que deben garantizar los derechos sociales de sus pobladores¹.

Estos sectores populares, frecuentemente viven en la informalidad en relación con sus viviendas, sus empleos, las conexiones a los servicios y tienen poco acceso a los sistemas legales. Se puede decir que “tropezan con el sistema legal”, por lo general, cuando se ven involucrados en alguna investigación penal². En virtud de

* Coordinador del Programa sobre Diversidad Cultural y Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Defensoría General de la Nación. Docente UBA.

** Secretaria de Primera Instancia en el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación. Docente UBA

¹ TEDESCHI, Sebastián, et al., “Experiencia y desafíos de la Defensa Pública en los Barrios Populares de Argentina”, en *Revista das Defensorías Públicas do Mercosul*, nro. 8, Brasilia, DPU, 2020, p. 69.

² ANDERSON, Michael (2012). Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo. En BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (Coord.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Suprema Corte de Jus-

ello, están acostumbrados históricamente al sistema penal, el que resulta ser el mecanismo de acceso a la justicia por excelencia para este grupo. Los conflictos y problemáticas que atraviesan estos grupos, incluso el acceso a servicios, se han canalizado en las comisarías³.

Si bien la justicia no es solo penal, los colectivos que habitan estos barrios, son muy pocos usuarios de la justicia civil como demandantes de derechos, salvo en algunas cuestiones muy puntuales de derecho de familia, básicamente porque no tienen acceso a ella. Así, se ha construido una idea equivocada de que el Código Penal es de los pobres y el Código Civil es de los ricos. Sin embargo, las personas con grandes recursos, en líneas generales, resuelven sus conflictos a través de otros mecanismos⁴.

Tomando en consideración esta problemática en los últimos 18 años, el Ministerio Público de la Defensa se ha encaminado a favorecer nuevos litigios que satisfagan las demandas de los/as habitantes de estos barrios. Particularmente en lo referido al ejercicio del derecho a la vivienda, a la alimentación, a la integración urbana, agua, saneamiento, energía, al transporte, o el acceso a internet.

Esta línea de intervención se realiza en el marco de una constelación de iniciativas para acercar la justicia a los barrios segregados, entre las que se pueden mencionar los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Programa ATAJO del Ministerio Público Fiscal y el Equipo de Trabajo Río Matanza Riachuelo y el Programa Acceder, estos dos últimos también del Ministerio Público de la Defensa.

En esa senda, el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación busca fortalecer la posición de los pobladores de los barrios segregados como sujetos de derecho. Nuestra actividad se orienta a derribar la idea estigmatizante de que estos grupos ocupan naturalmente el rol de imputados en el sistema penal. Por el contrario, en la actualidad se ha avanzado en reclamos judiciales en los que vecinas/nos de diferentes barrios segregados han logrado acceder a la justicia en calidad de actores y reclamar sus derechos en los fueros civil y contencioso administrativo.

ticia de la Nación, 2012, p. 1. Consultado en: [<https://bibliotecacorteidh.winkel.la/la-garantía-de-acceso-a-la-justicia-aportes-empíricos-y-conceptuales-birgin-haydeé>]

³ AXAT, Julián, *La Justicia en el banquillo*, consultado en **IADE/Realidad Económica, XXIII** [<https://www.iade.org.ar/noticias/la-justicia-en-el-banquillo>]

⁴ ZAFFARONI, Eugenio, *La Justicia en el banquillo*, consultado en **IADE/Realidad Económica, XXIII** [<https://www.iade.org.ar/noticias/la-justicia-en-el-banquillo>]

En base a estas ideas, en este trabajo nos proponemos evidenciar los avances y cuestiones pendientes en el acceso a la justicia de los barrios segregados, en cuanto a la gestión y resolución de los conflictos que se producen en esos territorios. Asimismo, nos interesa presentar las estrategias de abordaje e intervención de la defensa pública, en particular sobre el litigio de derechos económicos sociales y culturales.

En primer lugar, realizaremos un breve repaso sobre la noción de acceso a la justicia, su contenido y alcance en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En segundo lugar, analizaremos y caracterizaremos el concepto de “barrios segregados” y las nuevas configuraciones que abarca esa categoría. Por último, presentaremos algunas experiencias realizadas por el Programa DESC en el acceso a la justicia de los/as habitantes de dichos barrios en relación con sus derechos económicos, sociales y culturales.

2. El acceso a la justicia

El acceso a la justicia se trata de un principio fundamental de cualquier sistema jurídico. Implica que las personas puedan ejercer de manera efectiva sus derechos, los que carecerían de relevancia si no se pudieran hacer valer. En ello, el Estado y sus instituciones tienen un rol fundamental⁵.

La noción de acceso a la justicia puede resumirse en cuatro cuestiones centrales: *el acceso propiamente dicho*, esto es la posibilidad de *llegar* al sistema judicial contando con la representación de un abogado/a; la *disponibilidad de un buen servicio de justicia*, lo que supone obtener una decisión judicial justa en un tiempo prudencial; la *posibilidad de sostener el proceso completo* y no verse obligada/o a abandonar la acción judicial por razones ajenas a su voluntad; y el *conocimiento de los derechos y de los medios* para poder hacer reconocer esos derechos y ejercerlos⁶.

Dada la relevancia del ejercicio del acceso a la justicia, se puede afirmar que trata de un derecho humano fundamental, “que representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias”⁷.

⁵ CAPPELETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983.

⁶ BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz. El acceso a la justicia como derecho. En H. BIRGIN y B. KOHEN, *El acceso a la justicia como igualdad*, Biblos, 2006, p. 19.

⁷ DESPOUY, Leandro, “Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa - De-

La responsabilidad del Estado para garantizar este derecho surge expresamente de los instrumentos internacionales de derechos humanos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII y XXVI); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 y 14); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 13) y Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores (art. 31).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Ante condiciones de desigualdad real se deben adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (cfr. Corte IDH. Caso “Furlan y familiares vs. Argentina” párr. 268; Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 119; Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados, párr. 121 y Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 152).

Por su parte, la Comisión IDH en su informe de 2007, desarrolló importantes estándares sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos sociales y culturales (DESC). Allí señaló que los Estados tienen la obligación de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales (párr. 6); garantizar la igualdad de armas, es decir, “advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación” (párr. 20); tutelar los DESC en su faz colectiva (párr. 31) e instaurar mecanismos que posibiliten la ejecución de las sentencias (párr. 33) entre otros–.

En sintonía con dichos estándares y a fin de configurar el sistema de justicia para reducir las desigualdades sociales, en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008 se suscribieron las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, actualizadas en 2018. Dichas reglas definen verdaderas políticas públicas que ponen el eje en la situación de las personas en condición de vulnerabilidad y su interacción con la justicia. Las reglas

fensoría General de la Nación, 2008, p. 115.

comprenden a todos los actores que, en distintos roles y competencias, intervienen de algún modo en el sistema de justicia. En Argentina tanto el Poder Judicial como los Ministerios Públicos han adherido a dichos principios, los que deben ser seguidos como guías en los asuntos que refieren (cfr. Acordada CSJN 5/2009⁸; Resolución PGN 58/09⁹ y Resolución DGN 1353/11¹⁰).

Cabe destacar que todas las acciones y medidas que se implementen para el acceso a la justicia deben considerar las realidades concretas de las comunidades sobre las que se actuará. Identificar la especificidad de sus necesidades de modo de cubrirlas desde la acción estatal¹¹. En el caso de los/as habitantes de los barrios segregados, el objetivo final tiene que ser el empoderamiento de sus habitantes para que éstos participen como verdaderos actores del proceso, sepan qué ocurre, cuáles son sus derechos, cuáles son sus alternativas y los mecanismos adecuados que pueden impulsar para resolver sus conflictos

3. Los barrios segregados. Nuevas configuraciones

Partir de un concepto unívoco de “segregación” es una tarea difícil, dada la polisemia que caracteriza a dicha noción por sus puntos de intersección y solapamiento con otros con conceptos como “segmentación, división, fragmentación e incluso marginalidad y exclusión”¹².

La segregación puede ser entendida como un proceso que abarca tres modalidades: *segregación acallada* alude a situaciones de confinamiento o de políticas de exclusión admitidas. Son presentadas, en apariencia, como una medida asistencial o una política de inclusión, pero su efecto es la exclusión o el desplazamiento de sectores populares; *segregación por default* refiere a los efectos socio-espaciales de un prolongado abandono estatal de los habitantes de una zona de relegación urbana; y *segregación agravada* cuando se ven reforzadas situaciones de confinamiento socio-espacial, o bien cuando existe un efecto acumulativo de

⁸ <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar?ID=30455>

⁹ <https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2017/07/PGN-2009-58.pdf>

¹⁰ https://www.mpd.gov.ar/pdf/resoluciones_reglamentarias/1%20Res%20DGN%20invocar%20Reglas%20de%20Brasilia.pdf

¹¹ DE STEFANO, Juan Sebastián, *Acceso a la justicia. Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 71.

¹² CARMAN, María, VIEIRA DA CUNHA, Neiva y SEGURA, Ramiro (Coord.), *Segregación y diferencia en la ciudad*, Ecuador, FLACSO-CLACSO, 2013, pp. 14.

experiencias que dificultan la integración de un grupo a la ciudad que habita¹³. Desde otra perspectiva, se pueden distinguir tres dimensiones de la segregación: *geográfico-territorial* que alude al desigual acceso y distribución de bienes y servicios urbanos; *socio-económica* remite a la estructuración del espacio urbano a través de la separación o confinamiento espacial de determinados grupos sociales (según criterios de clase, etnia u otros) y *antropológica* refiere a aquellos significados y prácticas vinculados a imaginarios urbanos (orden/ desorden, seguridad/inseguridad, adentro/afuera, habitantes legítimos/ilegítimos)¹⁴.

A los fines de este trabajo, la segregación a la que nos referimos comprende todas las variantes antes mencionadas, los barrios así conformados adquieren identidad a través de un amplio repertorio de práctica materiales y simbólicas.

Por lo general, los pobladores de los barrios segregados son destinatarios de toda clase de prejuicios y estigmas negativos por parte de los grupos sociales más acomodados. Esta imagen negativa se reproduce en el discurso público asociada entre otras causas al hecho de vivir en barrios degradados y degradantes lo que dificulta su inclusión social. Asimismo, estos barrios son los espacios por excelencia en donde se alojan las personas desplazadas de las ciudades como consecuencia de los procesos de gentrificación.

El Decreto N° 358/2017 creó el Registro Nacional de Barrios Populares en proceso de Integración Urbana (RENABAP). La finalidad de dicho registro consiste en desarrollar políticas de integración urbana y social de los barrios allí relevados a través de procesos de regularización.

La norma denomina “barrio popular” a las ocupaciones informales constituidas por al menos ocho familias agrupadas o contiguas, en donde más de la mitad de la población no cuenta con título de propiedad del suelo ni con acceso regular al menos a dos de los servicios básicos (red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal).

Según los datos que arroja el Observatorio de Barrios Populares de la Secretaría de Integración Socio Urbana, en la actualidad existen en el país 5.687 barrios populares, donde viven aproximadamente 1.167.737 familias. La situación de acceso a los servicios básicos en porcentajes es el siguiente: 33,90 % cuenta con conexión formal a la red con medidor domiciliario con factura; 9,25 % conexión

¹³ CARMAN, et al., Op. cit., pp. 19-24.

¹⁴ GIROLA, María Florencia y THOMASZ, Ana Gretel, *Experiencias de la segregación urbana en conjuntos habitacionales de interés social de la ciudad de Buenos Aires*, 2014, consultado en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/54829>].

formal a la red de agua con factura; 2,87% conexión formal a la red cloacal; 1,49 % conexión formal a la red de gas para cocina y 1,14% con conexión formal a la red de gas para calefacción. En relación con la seguridad en la tenencia, solamente el 0,09 % cuenta con título de propiedad¹⁵.

4. Experiencias de la defensa pública en reclamos de derechos de habitantes de barrios segregados

A continuación, reseñamos los principales casos sobre barrios segregados patrocinados y con intervención del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En cada uno de ellos nos interesa presentar los derechos vulnerados en vinculación con el contexto de los barrios involucrados, el modo de abordaje, intervención y de acercamiento del Programa con los grupos afectados, y las estrategias de defensa propuestas consensuadas con las personas asistidas.

a. Derecho a la ciudad. Discriminación en el transporte. El caso del barrio Piedrabuena

El Programa patrocina a los vecinos del barrio Piedrabuena, en una acción colectiva contra dos empresas de transporte de colectivos y el organismo de control del transporte urbano de pasajeros.

El barrio Comandante Luis Piedrabuena se ubica al sudeste de la C.A.B.A. en el barrio de Villa Lugano. Se trata de un complejo habitacional construido entre 1979 y 1981 con un total de 2.100 viviendas, mediante proyectos de vivienda financiados por el Banco Hipotecario Nacional. Las primeras viviendas se emplazaron en un terreno recorrido por siete calles, cuya trama está girada con respecto a las calles y a las avenidas del entorno inmediato. La parte más reciente se construyó con el objetivo de relocalizar a habitantes de la villa conocida como Ciudad Oculta. Actualmente el conjunto está en muy mal estado y se mantienen las problemáticas estructurales que justificaron la declaración de emergencia habitacional del barrio hace más de 15 años. A ello se suma la irregularidad dominiar, con un alto número de viviendas sin escriturar.

¹⁵ RENABAP. Observatorio de Barrios Populares: <https://lookerstudio.google.com/u/0/reporting/0a127285-4dd0-43b2-b7b2-98390bfd567f/page/klATC>

Nuestra intervención se dio a raíz del conflicto originado en 2012 cuando las empresas modificaron los recorridos y horarios de sus líneas de colectivo, bajo el pretexto de que ese barrio es una “zona peligrosa”, limitando la movilidad urbana de sus pobladores. Una de esas líneas de colectivo es la única vía de transporte que recorre las calles internas del barrio y que realiza el traslado hacia centro de la ciudad.

Dicha situación tuvo un impacto negativo en la cotidianidad de las familias del barrio, y de los alumnos de otros barrios que concurrían a los centros educativos situados en el barrio, acentuando el sentimiento de exclusión. La medida vulnera derechos fundamentales interrelacionados con la protección del derecho a la vivienda adecuada, tales como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud y a la igualdad y no discriminación. Las/os vecinas/os se vieron obligados/as a buscar alternativas de transporte que comprometen la economía familiar, para trasladarse a sus puestos de trabajo, para concurrir a la escuela o a algún centro de salud.

En virtud de ello realizaron innumerables reclamos ante la Comisión Nacional de Regulación de Transporte (CNRT) solicitando el restablecimiento del servicio de las líneas y la ampliación de la franja horario del servicio, sin obtener respuesta alguna. Fue así como un grupo de vecinos/as se acercaron al Programa para poder instar una acción judicial.

En 2012 promovimos una acción sumarísima de usuarios y consumidores¹⁶ en la que solicitamos que se condene a las empresas demandadas a prestar el servicio en los horarios nocturnos y que se ordene a la CNRT a controlar diligentemente el cumplimiento de las modalidades del servicio.

Durante el trámite del proceso mantuvimos varias reuniones con las/os vecinas/os en las instalaciones del club del barrio. En dichos encuentros se proporcionaba información sobre las novedades del expediente y se consultaban colectivamente las decisiones estratégicas en el trámite del expediente judicial.

En la etapa probatoria se demostró que, si bien se cometen delitos en el barrio en cuestión, no se cometen mayor cantidad que en otros donde el servicio se presta correctamente. La acción está registrada como proceso colectivo y se encuentra en su última etapa procesal, a la espera del dictado de sentencia.

¹⁶ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría 20, “L. P., E. A. y otros c / Nudo S.A. (LINEA 50) y otros s/ varios” (CAF 044626/2012).

El resultado favorable de esta acción puede beneficiar de modo directo aproximadamente a 16.000 personas que viven en ese conjunto habitacional e, indirectamente, a 126.374 personas que residen en Villa Lugano¹⁷.

b. Derecho a la Ciudad. Discriminación en el acceso a servicios públicos. El caso del Barrio Rivadavia

Desde el año 2015 este Programa patrocina a vecinos/as de los barrios Rivadavia I y II en una acción colectiva contra una empresa proveedora de servicios público, por discriminación en la prestación de los servicios de telefonía e internet en dichos barrios.

El barrio Rivadavia está ubicado al sur del barrio de Flores de la Ciudad de Buenos Aires. Surgió como producto de la urbanización –de fines del siglo pasado– de asentamientos precarios que se emplazaban en la zona. Allí viven 2.140 familias, es decir, aproximadamente 8.700 personas.

El conflicto se produjo porque la empresa demandada no brinda correctamente el servicio de telefonía básica en esa zona y tampoco provee el servicio de internet por cable. El motivo que alega es que el barrio en cuestión se trata de una “zona peligrosa”. Sostiene que allí sus operadores estarían expuestos a ser víctimas de delitos y, además, que el mal estado de las instalaciones eléctricas los colocaría en riesgo de sufrir accidentes laborales. Bajo esos pretextos la empresa dejó de mantener adecuadamente las líneas telefónicas existentes y de instalar líneas nuevas. Como consecuencia los/as habitantes del barrio no cuentan con comunicaciones de teléfono fijo regulares en condiciones adecuadas, como las que poseen otros vecinos de la ciudad. Tampoco tiene acceso al servicio de internet cableado que se provee por los mismos medios. Según la propia empresa de telefonía, la medida afectaría a 978 clientes. Dicha situación vulnera derechos fundamentales de los/as habitantes del barrio, tales como la salud, la educación, el trabajo y el acceso a la información.

Luego de una serie de reclamos e intentos de negociación frustrados, algunos/as vecinos/as acudieron al Programa DESC para solicitar asistencia jurídica para demandar a la empresa. En 2015 promovimos una acción colectiva

¹⁷ Población total por sexo, superficie y densidad de población según comuna y barrio. Ciudad de Buenos Aires. Año 2010, en <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=28011>

de usuarios y consumidores en los términos del art. 43 de la CN. Allí solicitamos que se ordene a la empresa a prestar dichos servicios regularmente y sin discriminación, reparando las instalaciones que hubiera que reparar y ampliando su prestación a los nuevos usuarios que lo requirieran.

La empresa, volvió a excusarse en el riesgo eléctrico y en la peligrosidad del barrio. Adujo que las instalaciones eléctricas irregulares no permitirían llevar a cabo las tareas de mantenimiento y ampliación necesarias para cumplir con las demandas de los vecinos y con las obligaciones que asumió como concesionaria de un servicio público. Sin embargo, dicho riesgo eléctrico proviene del obsoleto tipo de cableado utilizado. Si la empresa invirtiera en infraestructura instalando líneas soterradas de fibra óptica, como lo hace en otros barrios de la ciudad, el riesgo eléctrico quedaría anulado.

En el marco de la acción obtuvimos una medida cautelar para que la empresa repare y mantenga los cableados ya existentes en los barrios. Dicha medida fue confirmada por la Cámara quien sostuvo que la privación del servicio de telefonía e internet “restringe derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional como ser la educación, salud, igualdad real de trato y oportunidades (arts. 14, 16, 32 y 75 incs. 19, 22 y 23) y la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión que comprende la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet (art. 1° de la ley 26.032)”. Si bien la medida fue confirmada por el Máximo Tribunal, la empresa continúa incumpléndola. Actualmente la resolución que ordena su cumplimiento bajo apercibimiento de imponer astreintes está pendiente por el recurso extraordinario federal planteado por la empresa¹⁸.

Este caso es un claro ejemplo de que la desigualdad social tiene una dimensión territorial. Las ciudades frecuentemente expresan en su disposición espacial las desigualdades económicas y sociales existentes entre sus habitantes. Las personas que habitan los barrios pobres suelen tener menores oportunidades laborales, educativas y sanitarias. Su lugar de residencia, muchas veces, dificulta el acceso igualitario a los bienes y servicios, y la igualdad de oportunidades de desarrollar el proyecto de vida que deseen para sí mismas. En este caso planteamos la cuestión de la desigualdad socio-urbana, el derecho a la ciudad y el de acceso a internet como derecho fundamental. Se hizo hincapié en los efectos que las de-

¹⁸ Juzgado Civil y Comercial Federal N° 9, Sec. 17, “R., O. L. y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Sumarísimo” (CCF 003934/2015).

cisiones judiciales para llegar a soluciones más justas e igualitarias en los conflictos que afectan a los barrios segregados.

c. Derecho a la relocalización en desalojos. El caso del barrio popular “El Campito”

El Programa lleva adelante el patrocinio de vecinas/os del barrio popular El Campito, identificado en el RENABAP bajo el nro. 2559, ubicado en barrio de Nueva Pompeya de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los vecinos se acercaron por primera vez al Programa a raíz de un conflicto habitacional originado por el desalojo que la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) impulsaba en su contra, en los términos de la Ley 17.091 de Restitución de inmuebles fiscales cedidos por contratos de concesión. Dicha norma prevé un procedimiento especial “inaudita parte” que no reconoce a los pobladores el derecho a ser parte ni la posibilidad de ejercer siquiera su derecho de defensa en juicio.

“El Campito” se trataba de un asentamiento con más de 25 años de antigüedad en un predio fiscal afectado al servicio del Ferrocarril Belgrano, denominado “Ex Playa Ferroviaria Estación Doctor Antonio Sáenz”. Allí vivían unas 36 familias de escasos recursos, integradas por numerosos niños, niñas y adolescentes, trabajadores migrantes, personas mayores y algunas personas con discapacidad y otras con graves problemas de salud, contabilizando en total alrededor de 150 personas. Ninguno de sus habitantes tenía seguridad en la tenencia de su vivienda y la mayoría carecía de acceso regular a los servicios esenciales.

El caso se trabajó con abordaje territorial a través de sucesivas reuniones informativas y participativas en el barrio. También realizamos un relevamiento con la asistencia del Programa de Problemáticas Sociales de la DGN.

Si bien los planteos defensivos en el proceso de desalojo fueron rechazados incluso en la última instancia. Durante ese tiempo el Programa DESC fortaleció la confianza con el colectivo de vecinos/as y se trabajó en lograr vínculos institucionales con el titular del predio (la Agencia de Administración de Bienes del Estado – AABE) y el programa Pro.Cre.Ar. para promover una instancia extrajudicial de negociación, ya que el proceso judicial no nos permitía esta vía.

Como segunda estrategia de intervención, en 2017 se promovió un amparo colectivo contra el Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires¹⁹ y

¹⁹ Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9, Secretaría 17, “A., H. G. y otros c/ EN y otros

se solicitó una mesa de diálogo para alcanzar una solución que garantice el derecho a la vivienda de las familias afectadas. Luego de la creación del RENABAP por Decreto N° 358/2017, solicitamos que esa mesa de diálogo se orientara a lograr la regularización e integración socio urbana del barrio, o bien al desarrollar de un plan de relocalización en viviendas adecuadas consensuado con los vecinos. A raíz del diálogo y negociación generado con las autoridades gubernamentales se logró la relocalización de 30 familias en viviendas del complejo urbanístico de Pro.Cre.Ar. Estación Buenos Aires. A fines de 2022 se logró la firma de convenios de solución habitacional respecto de las últimas 4 familias que continúan viviendo en el predio, incluyendo en la propuesta las afectaciones a sus medios de vida.

d. Derecho a la propiedad y a abrir la sucesión en los barrios populares. El caso del barrio popular “Villa 15”

Este caso se trata de un proceso sucesorio de una habitante de Villa 15, barrio popular identificado por el RENABAP bajo el nro. 2583, ubicado en la localidad de Villa Lugano, Comuna 8 de C.A.B.A.

La Villa 15, al igual que otras villas de la Ciudad de Buenos Aires, tuvo su origen en la ocupación de tierras vacías por parte de unas pocas familias en situación de vulnerabilidad económica para acceder a la vivienda. Con el tiempo se fueron asentando muchas otras familias, que a lo largo de los años conformaron un barrio, con sus manzanas, pasillos angostos en lugar de calles abiertas, sus conexiones informales y precarias a servicios esenciales como electricidad, agua y cloacas. Debido a este origen, sus habitantes no cuentan con títulos formales de propiedad y las viviendas no se encuentran inscriptas en registros oficiales de propiedad inmueble. Allí las personas realizan contratos de compraventa en el mercado informal propio del barrio. En el mejor de los casos se confeccionan documentos informales, sin certificación de oficinas públicas, pero con plena eficacia en sus relaciones contractuales entre particulares.

En ese contexto de informalidad que caracteriza a los barrios populares, una pareja de convivientes adquirió en partes iguales una vivienda en Villa 15, donde vivieron por más de 30 años. Nunca contaron con documentos formales que acrediten la titularidad del inmueble, debido a que en el barrio no se llevó a cabo el

s/ Amparo ley 16.986” (CAF 021046/2017).

proceso de regularización dominial. Cabe señalar que, en el caso de los barrios populares, además de la prescripción adquisitiva, la adjudicación de la propiedad puede efectivizarse por medio de la adjudicación estatal producto de la regularización dominial.

El conflicto se originó luego del fallecimiento de la mujer, su pareja le impidió a la hija de ésta acceder al inmueble y le manifestó su voluntad de venderlo. Ante este escenario, la joven promovió el juicio sucesorio de su madre con el patrocinio jurídico de una Defensoría Oficial. En dicha oportunidad solicitó que junto con la apertura del proceso sucesorio se ordenara una medida cautelar de no innovar en relación con el inmueble en cuestión. El juez de grado rechazó la demanda ya que consideró que en el caso se intentaba cautelar derechos controvertidos, por lo que dijo que la sucesión no era la vía adecuada.

La medida fue apelada por la Defensoría y el Programa DESC emitió un dictamen técnico especializado para colaborar con los fundamentos de la apelación. En dicho dictamen señalamos una interpretación amplia del derecho de propiedad, que no se limita a un título formal, por lo que la herencia comprende la transmisión de bienes materiales como inmateriales. Asimismo, se planteó la discriminación contra las mujeres en el acceso a la propiedad y sobre la situación de desventaja que deriva del contexto del barrio popular.

La relevancia de este caso tiene que ver con la necesidad de que los operadores judiciales llamados a resolver y decidir ponderen el contexto y las particularidades de la persona involucrada (una mujer habitante de un barrio popular). Por lo que el caso no podía ser examinado como si se tratara de una sucesión de sectores medios o altos. El acceso a la propiedad de los sectores populares se da en el marco de la informalidad, lo que el propio Estado argentino ha reconocido en su normativa sobre la materia.

5. Palabras finales

El creciente reconocimiento de los barrios populares desde el sistema jurídico y el Estado presenta un enorme desafío al poder judicial y a los ministerios públicos. Se trata de poner el foco en el sector más vulnerable de nuestra población que se siente muy lejos de poder judicial, tanto como distancia física como cultural.

Las instituciones judiciales podemos hacer muchas cosas para remover estos obstáculos de acceso a la justicia. En primer lugar, acercando nuestras oficinas y equipos de trabajos a estos barrios. Algo que ya se ha comenzado hacer desde hace una década en los ministerios públicos pero que aún tiene enormes desafíos pendientes. Pensamos en la concentración de los juzgados Nacionales y Federales y en las extensas zonas del conurbano bonaerense que cuentan con una sola defensoría federal, situación que también se repiten en muchas provincias de nuestro país.

En segundo lugar, abordando los asuntos de los barrios segregados, especialmente las cuestiones que generan esa segregación, a partir de casos concretos. Ello implica un esfuerzo de los diversos operadores judiciales de adecuar su argumentación en la consideración jurídica de las circunstancias que viven estas personas en sus relaciones tanto de derecho público como privado. Para ello el derecho internacional de los derechos humanos ofrece un amplio repertorio de estándares jurídicos para ponderar en la adjudicación de derechos en los casos concretos, articulando nuestras leyes de fondo y procesales con esos estándares jurídicos.

En tercer lugar, un desafío enorme presenta la hostilidad que perciben los habitantes de barrios segregados cuando acceden a las oficinas judiciales. En este sentido los operadores judiciales deben promover además del lenguaje accesible, acciones para hacerse presente en los barrios. Las medidas de prueba ofrecidas por las partes o las que pueda el mismo juez disponer en virtud de sus facultades condenatorias, pueden también promover el conocimiento de la realidad de estos barrios en primera persona y con los pies en el barro.

Bibliografía

- Anderson, M. (2012). Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo. En H. Birgin, y N. Gherardi (Coord.). *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Suprema Corte de Justicia de la Nación (pp. 1-40) <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/la-garantía-de-acceso-a-la-justicia-aportes-empíricos-y-conceptuales-birgin-haydeé>
- Birgin, H. y Kohen, B. (2006). El acceso a la justicia como derecho. En H. Birgin y B. Kohen. *El acceso a la justicia como igualdad* (pp. 15-25). Biblos.

- Cappelletti, M. y Garth, B. (1983). *El acceso a la justicia*. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.
- Carman, M., Vieira, N. y Segura, R. (2013). Antropología, diferencia y segregación urbana. En M. Carman, N. Vieira y R. Segura. *Segregación y diferencia en la ciudad* (pp. 11-36). FLACSO, Sede Ecuador: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).
- Despouy, L. (2008). Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación. *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 111-140). Defensoría General de la Nación.
- De Stefano, J. S. (2012). *Acceso a la justicia. Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos*. Eudeba.
- Girola, M. F. y Thomasz, A. G. (2014). *Experiencias de la segregación urbana en conjuntos habitacionales de interés social de la ciudad de Buenos Aires*. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/54829>
- Tedeschi, S., Tuliano Conde, R., Camusso, J. M. y Alvarellos, M. S. (2020). Experiencia y desafíos de la Defensa Pública en los Barrios Populares de Argentina. *Revista das defensorias públicas do mercosul*, 8, 68-83.
- Zaffaroni, E. Axat, J. y Croxatto, G. (2014, octubre). La Justicia en el banquillo. *IADE/Realidad Económica*, XXIII. <https://www.iade.org.ar/noticias/la-justicia-en-el-banquillo>

Fuentes de información

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II. <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- Decreto N° 358/2017. Mesa nacional de coordinación para Barrios Populares. Modificación Decretos 2670/2014 y 591/92. 22 de mayo de 2017. B.O. 23 de mayo de 2017.
- Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) (2010). Sobre la base de datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (CNPHyV). <https://www.estadistica.ciudad.gob.ar/eyc/?p=28011>.

- Ley N° 23.967. Tierras fiscales. Transferencias a las provincias. 29 de agosto de 1991. B.O. 10 de septiembre de 1991.
- Página 12 (12 de junio de 2008). El acceso a la justicia según la clase social. Ricos y pobres, derechos diferentes. <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/105900-33389-2008-06-12.html>

El acceso a la justicia y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible

Pilar María Pinto Kramer*

I. Introducción: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

El 25 de septiembre de 2015 la Asamblea General de la ONU adoptó la Agenda 2030 para desarrollo sostenible¹ mediante el cual se pretende “*poner fin a la pobreza y al hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y los recursos naturales*”². Para ello, se plantean 17 objetivos con 169 metas, entre el que se encuentra el Objetivo de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) N° 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y todas y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

Según refiere la Asamblea General de la ONU, los 17 objetivos de la Agenda se elaboraron luego de consultas públicas, en interacción con la sociedad civil y negociaciones entre los países.

En la Argentina, a través del dictado del Decreto 499/2017 se estableció que el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales de la Presidencia de la Nación sería el organismo responsable de coordinar las acciones necesarias para la efectiva implementación de la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”,

* Abogada U.B.A. Especialista en Derecho Penal por la UNC. Actualmente, Prosecretaria Letrada de la DPO ante los Tribunales Federales de Córdoba, donde presta funciones desde junio de 2013. Hasta esa fecha y desde el 25 de agosto de 2009 fue Curadora Pública a cargo de la Curaduría Pública Oficial N°17 de la CABA. Entre los años 2006 y 2013, docente en la Carrera de Trabajo Social (Facultad de Ciencias - UBA) y adjunta de la cátedra de Familia y Sucesiones en la UPMPM.

¹ Naciones Unidas, A/Res/70/1

² Cf. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

con intervención de las áreas competentes de la Administración Pública Nacional. Retomando lo dicho más arriba, el ODS N° 16 plantea como meta el acceso a la justicia para todos y todas y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles de la comunidad, como condiciones indispensables para la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible. Ello implica:

- Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo;
- Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños y las niñas;
- Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos y todas;
- Reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada;
- Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas;
- Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas;
- Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades;
- Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial;
- Proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos y todas, en particular mediante el registro de nacimientos;
- Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

Se advierte entonces que uno de los núcleos centrales a garantizar es el **derecho de acceso a la justicia para todas las personas**, cuyo ejercicio resulta vital para el desarrollo de una sociedad democrática, participativa e igualitaria.

Para que tal derecho no se circunscriba a un mero reconocimiento formal, es necesario advertir respecto de las dificultades que tienen en el ejercicio de tal derecho las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o con discriminación estructural, propio de sociedades como la nuestra.

Justamente, las 100 Reglas de Brasilia -que fueron adoptadas por los propios representantes de los sistemas judiciales- constituyen una de las herramientas para garantizar una tutela judicial efectiva.

Encontrándonos a mitad de camino respecto del objetivo planteado (y teniendo en especial consideración la pandemia derivada del SARS COVID 19), en el presente trabajo me detendré a analizar el fallo dictado el 13 de abril de 2021 por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N°3, en el marco de las actuaciones caratuladas “Barraza, Víctor Javier y otro c/ EN y otros s/ amparo Ley 16.986”³, en cuya virtud se hizo lugar a la acción de amparo colectivo promovida y, en consecuencia, se le ordenó al Consejo de la Magistratura y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que —en el ámbito de sus respectivas competencias— adoptasen las medidas necesarias a fin de que el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación fuese accesible —tanto para la realización de consultas como para las demás diligencias que se efectuaran por su intermedio en el Sistema de Gestión Judicial (Lex 100)— para los abogados con afectación de facultades visuales que utilizan lectores de pantalla.

A través de tal decisión, se configura el alcance del derecho de acceso a la justicia para las personas con discapacidad, el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el mandato de prohibición de protección deficiente o defectuosa.

Previo a ello, efectuaré una sucinta descripción del derecho de acceso a la justicia, igualdad y no discriminación y su relación con las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, en particular en relación con las personas con discapacidad.

Finalmente, desarrollaré mi conclusión sobre la importancia de la asunción de estos compromisos ante la comunidad internacional y su interrelación con el desarrollo sostenible.

II. El acceso a la justicia y las 100 Reglas de Brasilia

2.1. *El acceso a la justicia*

El derecho de acceso a la justicia es reconocido en nuestro bloque de constitucionalidad federal. Ello se desprende de la lectura los artículos 14, 18, 33 y 43 de

³ Sentencia dictada el 13/04/2021 en el marco de las actuaciones caratuladas “Barraza, Víctor Javier y otro c/ EN y otro s/ amparo Ley 16.986” (CAF 10420/2020), consultada en: [<http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=37337>].

la Constitución Nacional; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 14 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial⁴; artículo 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵; artículos 3 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y artículo 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Este derecho no solamente implica la noción de tutela judicial efectiva en sentido estricto, sino que, además, involucra aquellas circunstancias sociales, económicas, personales y de cualquier otra índole que pudieren -en el caso concreto- obstaculizar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia.

En síntesis, se busca la plena efectividad del derecho.

Ahora bien, no hay que perder de vista que vivimos en una sociedad plural, que implica reconocer una diversidad de situaciones de cada uno de sus integrantes: edad, género, condición económica, social, creencia religiosa, raza, etc.

Son justamente estas condiciones las que *“determinan cierta fisonomía propia de cada colectivo, que se traduce en necesidades e intereses, curtidos en su propia historia, que hacen a su existencia o identidad... La vulnerabilidad... no es una condición natural de las personas o colectivos sino, antes bien, una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren por la sola pertenencia grupal, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia. Al no tratarse a estas personas en función de su particular situación, el sistema las excluye y margina. Así cobran existencia y vida propia los denominados grupos vulnerables o desventajados”*⁶.

⁴ El Comité para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial ha abordado en su Observación General N°20 -en relación al artículo 5 de la Convención- el derecho a ser tratado bajo el principio de igualdad ante los Tribunales.

⁵ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención Belem do Pará-, de jerarquía supralegal, expresamente en su artículo 4 reconoce el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley, y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

⁶ NOGUEIRA, Juan Martín – SCHAPIRO, Hernán I. “(Coord)”; *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*; Buenos Aires, 2012, pp.32-33.

De tal modo, el acceso a la justicia está íntimamente relacionado con el principio de igualdad y no discriminación.

A través del artículo 120 de la Constitución Nacional se incorporó al Ministerio Público como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Inicialmente, mediante la sanción de la ley 24.946, y actualmente a través de las leyes 27.148 y 27.149 se organizan orgánicamente el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, respectivamente.

La citada norma (ley 27.149) específicamente establece que el Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad (artículo 1°) o con discriminación estructural (artículo 5°). Entre sus principios se destacan: la protección jurídica de la persona; el interés predominante del/la defendido/a (procurando dar satisfacción prioritaria a las necesidades concretas de la persona defendida); transparencia e información pública (informar mediante lenguaje sencillo y práctica desformalizada las disposiciones y criterios que orientan su actuación y los resultados de su gestión. La información que resulte de interés público debe ser accesible a través de la página de internet oficial); gratuidad (para quienes se encuentren abarcados/as por las condiciones requeridas en la mencionada ley y su reglamentación⁷).

Por otra parte, y también como consecuencia de la reforma constitucional operada en el año 1994, corresponde al Congreso de la Nación “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

De todo lo hasta aquí expuesto puede concluirse que ha operado “*un cambio de paradigma en el instituto del debido proceso: la Justicia debe dispensar a la persona o grupo vulnerable un trato adecuado. Antes, durante y -en algunas situaciones- después de la participación procesal de estas personas, en los distintos roles que*

⁷ Resolución DGN N° 230/17

*le toque en función de su interés- actor, demandado, imputado, víctima, testigo- el Poder Judicial, por sí o en coordinación con otros poderes u organismos según corresponda, deberá disponer y garantizar distintas medidas: información y asesoramiento; claridad y transparencia en la comunicación de los distintos actos procesales, asistencia para la contención psicológica y emocional, protección para la seguridad e integridad física; excepciones al pago de tributos y tasas, defensas técnicas gratuitas, entre otras*⁸.

2.2. Las 100 Reglas de Brasilia

La Cumbre Judicial Iberoamericana, con la participación de las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial (la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos; la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas; la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados), dentro del marco de los trabajos de su XIV edición⁹, aprobó las 100 Reglas de Brasilia -la que fue actualizada en el marco de la Edición XIX de la Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁰- con la finalidad de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que le son inherentes ante los sistemas judiciales.

Para ello, establece un conjunto de políticas y medidas que les permitan y aseguren el pleno reconocimiento y disfrute de los derechos humanos en todos los sistemas judiciales iberoamericanos.

Justamente, y aun cuando no tienen un valor vinculante -más allá que en la Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado las Reglas de Brasilia mediante la Acordada 5/2009-, lo trascendente de su suscripción radica en que ha sido aprobada por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial.

Es decir, las personas destinatarias del contenido de las 100 Reglas de Brasilia son: los y las responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas

⁸ Ibidem, p.60

⁹ Asamblea Plenaria de la Cumbre, celebrada del 4 a 6 de marzo de 2008, en Brasilia, Brasil

¹⁰ Celebrada en Quito, Ecuador, año 2018.

públicas dentro del sistema judicial; los y las integrantes de la Judicatura, Fiscalías, Defensorías Públicas, Procuradurías y demás personal que labore en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; los y las Profesionales en abogacía y derecho, así como sus colegios y agrupaciones; Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman. Las y los policías y servicios penitenciarios; y, con carácter general, los poderes públicos con competencias en administración de justicia, los y las operadores/as del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Los beneficiarios de las Reglas son las personas en situación de vulnerabilidad, entendiéndose por aquellas *“cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico....Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”*¹¹.

En el capítulo II se promueven las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos en el ordenamiento sea efectiva: capacitación de una cultura cívica jurídica, asistencia legal y defensa pública, derecho a intérprete, simplificación de las medidas procesales, medidas de organización y gestión judicial, medios alternativos de resolución de conflictos.

En el capítulo III, en tanto, se hace referencia a la celebración de los actos judiciales, entre los que se destacan el contenido de la información procesal o ju-

¹¹ Reglas 3 y 4.

risdiccional, promoviendo la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación de manera accesible, comprensible y adaptadas a la concreta situación de vulnerabilidad. También se procurará brindar información relativa a la forma de celebración y contenido de la comparecencia, la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, referente emocional), así como las especiales normas a seguir respecto de las víctimas, personas con discapacidad, las niñas, niños y adolescentes y las personas integrantes de comunidades indígenas.

Finalmente, en el Capítulo IV se establecen las medidas destinadas a fomentar la efectividad de los principios.

2.3. Personas con discapacidad

Aun cuando través de la actualización realizada en el año 2018 de las 100 Reglas de Brasilia se ha ampliado el alcance del término “discapacidad” y las condiciones necesarias para garantizar el acceso a la Justicia, no se ha logrado, a mi humilde entender, enmarcar plenamente la protección de los derechos humanos y libertades de las personas con discapacidad a la luz del paradigma social de la discapacidad, bajo el que se inscribe la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que goza de jerarquía constitucional¹².

En efecto, ya en el Preámbulo del mencionado instrumento se reconoce que la discapacidad *“es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Es justamente en el artículo 1° donde se explicita que las personas con discapacidad *“incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

El artículo 2° define el concepto de discriminación por motivos de discapacidad a *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tengan el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento,*

¹² Artículo 75 inc.22 Constitución Nacional

goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables¹³”.

Si bien el artículo 12 de la mencionada Convención -que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiendo en tal caso proporcionarse los apoyos que pudieren necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica-, constituye el núcleo central, lo cierto es que es en el art.13 donde se les asegura el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Lo expuesto se relaciona con la accesibilidad al entorno físico, al transporte, a la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales¹⁴ así como con el derecho a libertad de expresión y de opinión y acceso a la información¹⁵.

III. Análisis del fallo “Barraza, Víctor Javier y otro c/ EN y otro s/amparo Ley 16.986”

De la lectura del fallo dictado en el marco de las actuaciones caratuladas “Barraza, Víctor Javier y otro c/ EN y otro s/amparo Ley 16.986” se desprende que se presentaron por derecho propio los Sres. Víctor Javier Barraza y Daniel Horacio Rodríguez -en su calidad de abogados matriculados en el CPACF- y promovieron acción de amparo colectivo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra el Poder Judicial de la Nación, en cuya virtud peticionaron que la página oficial del Poder Judicial de la Nación fuese totalmente accesible¹⁶ para las

¹³ Se entiende por ajuste razonable a las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

¹⁴ Artículo 9° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁵ Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁶ La accesibilidad que solicitaban debía comprender tanto la realización de consultas como las demás

personas ciegas y mayores de edad que utilizaran lectores de pantalla, conforme un modelo de “diseño universal”. A tal efecto, acreditaron su condición de discapacidad visual a través del CUD (Certificado Único de Discapacidad).

La omisión en el acceso de la mencionada página vulneraba sus derechos al trabajo, a la percepción de honorarios -de carácter alimentario-, al ejercicio de la profesión, violentándose especialmente el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (adopción de medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, emergencias humanitarias) debido a la situación de Pandemia (Covid -19).

Los actores destacaron que los creadores del sistema en el año 2015 no contemplaron la normativa vigente respecto de las personas con discapacidad visual, quedando así vulnerado su derecho al trabajo en igualdad de trato y condiciones, y que el Poder Judicial en lugar de subsanar ese error, dictó una Acordada en el año 2014¹⁷ que, al exceptuarlos de cierta actividad, vulneraron su derecho al trato igualitario

En síntesis, afirmaron que la continuidad del sistema electrónico que excluía a los profesionales con discapacidad visual, bilateral, total y permanente, como el caso particular de los accionantes, constituía una denegación del acceso a la justicia como consecuencia de la falta de información accesible y de acceso a la información, ajustes de procedimiento, del derecho a exigir justicia y a comparecer en juicio, del respeto de la igualdad real de trato y oportunidades, y asistencia técnica, efectiva y especializada en los nuevos mecanismos informáticos.

Fue así como el Sr. Juez interviniente -haciendo suyos los argumentos troncales esgrimidos por el Sr. Fiscal Federal en su dictamen- concluyó que debía tenerse por configurada una omisión de las autoridades públicas demandadas (Poder Judicial de la Nación y Consejo de la Magistratura) que lesionaban y restringían, con ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos al colectivo involucrado en el citado proceso de amparo (art. 43, CN); y conllevaban una

tareas que se efectúan a través de esta página: incorporación de escritos a los expedientes, presentación de planillas y demás formularios, emisión y envío de cédulas, etc.; como así también que esta tarea técnica sea resuelta de manera global y definitiva.

¹⁷ Resolución 2998/2014, CSJN, 4/11/2014: “...1°) Disponer que hasta tanto la información del servicio tenga características suficientes para ser accesible para letrados no videntes, los profesionales que así lo requieran y prueben con el correspondiente certificado, podrán exceptuarse de cumplir con las obligaciones que emanan de la acordada 31/11 —Régimen de Notificación Electrónica— y subsiguientes relacionadas, en las causas en las que se encuentran designados.

transgresión al principio constitucional de prohibición de protección deficiente (cfr. arts. 16 y 75 incs. 22 y 23, CN).

Para así decidir, afirmó que las acciones específicamente dirigidas a asegurar el cumplimiento del principio de accesibilidad en materia de información de las páginas web, son respectivamente derechos constitucionales y legales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Ello, en la medida que su efectiva implementación requiere de una política pública concreta diseñada y/o implementada por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (en ejercicio de facultades materialmente administrativas) en sus respectivos ámbitos de competencia.

Siguiendo las pautas establecidas por la CSJN, señaló que las acciones específicamente dirigidas a asegurar el cumplimiento del principio de accesibilidad allí establecido en materia de información de las páginas web, son respectivamente derechos constitucionales y legales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Ello, en la medida que su efectiva implementación requiere de una política pública concreta diseñada y/o implementada por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (en ejercicio de facultades materialmente administrativas) en sus respectivos ámbitos de competencia.

Justamente, sostuvo que esa posibilidad del control se justificaba especialmente cuando se vulneraba el mandato de prohibición de protección deficiente, lo que sucede cuando las medidas estatales no son idóneas para alcanzar el fin indicado. O lo mismo, cuando éstas constituyen un medio irregular, insuficiente o defectuoso, que queda muy por detrás de lo que obliga el mandato jurídico. O cuando existe una omisión en sentido estricto, es decir, inactividad absoluta del Estado para adoptar los medios conducentes (cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. esp. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, nota al pie 13, p. 494).

Lo expuesto, como un derivado del principio de proporcionalidad, según el cual las medidas de la Administración deben ser suficientes para alcanzar una realización adecuada y eficaz del derecho fundamental. Por lo tanto, la garantía se transgrede cuando se acredita una amenaza grave para el piso mínimo existencial de la persona, en relación al derecho reclamado.

Fue así que el Sr. Juez actuante consideró que los estándares enunciados también resultaban plenamente aplicables a los órganos del PJA cuando, como sucedía en el caso, la realización de un derecho fundamental de contenido prestacional

dependía de una actividad concreta de ese Departamento de Gobierno, que correspondía al ejercicio de su función materialmente administrativa.

Es decir, tuvo por verificada una omisión en sentido estricto, esto es, una inactividad absoluta del Estado para implementar algunos de los medios de accesibilidad a la página de internet del PJN para personas con discapacidad visual, tal y como prescribe la ley. Dicha omisión quedó demostrada en el mencionado expediente, en virtud de la prueba informativa requerida como medida de mejor proveer a la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (autoridad designada para fijar los requisitos de accesibilidad y técnicos para la adquisición de software o hardware).

En efecto, las previsiones contenidas en la ley 26.653 de “Accesibilidad de la Información en las páginas web” en relación con la gradualidad de su implementación y la disponibilidad de recursos para verificar su cumplimiento y destacó que el hecho de que los recursos fuesen limitados no constituía en sí mismo una justificación para no adoptar medidas.

Por último, hizo especial hincapié en la gravitación y trascendencia del contexto de pandemia en aquel entonces, en cuyo marco la CSJN ordenó —en ejercicio de sus facultades de superintendencia— respetar estrictamente el trabajo a distancia en los tribunales federales y nacionales, y la aplicación exclusiva del Sistema de Gestión Judicial con prescindencia del soporte material para todas las funciones reglamentadas por el Máximo Tribunal en el marco de la ley 26.685 (cfr. Acordada 31/20, ANEXO II).

Por ello, en esas condiciones, concluyó que la omisión de implementación de la accesibilidad para personas con discapacidad visual en el sitio web del PJN, generó una grave afectación del derecho al trabajo, habida cuenta de que el Sistema de Gestión Judicial constituía el medio exclusivo de ejercicio de la actividad profesional para los letrados/as en el particular contexto de la pandemia.

Es de destacar que la cuestión debatida también podría haber sido analizada a la luz del concepto de discriminación por motivos de discapacidad definido en el artículo 2º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en relación con el efecto de obstaculizar o restarle toda operatividad al reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos, incluyéndose la denegación de ajustes razonables.

Aun así, y más allá de estar aun pendiente la efectiva implementación, lo interesante del caso analizado es que ha sido el propio Poder Judicial -a través del

accionar de todos los operadores intervinientes- quien se ha pronunciado sobre una omisión del mismo Poder Judicial, lo que, en mi opinión, fortalece el sistema judicial.

IV. Conclusión

Tal como se señaló más arriba, el ODS N°16 de la Agenda 2030 se propone promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. Es sabido que la falta de acceso a la justicia implica que los conflictos quedan sin resolver y que las personas no puedan obtener la debida protección, lo que genera una mayor exclusión y violencia. Acciones como la promovida en la reseña del fallo efectuada -que implicó la participación de diversos actores de la sociedad civil (los propios actores y las asociaciones que adhirieron a la acción intentada) – constituyen pequeños hitos en la construcción de una sociedad más igualitaria y participativa que contribuyen a aproximarnos al objetivo planteado.

Propongo entonces, desde el rol que cada uno desempeña, efectuar pequeños pero concretos aportes que nos permitan día a día aproximarnos más al objetivo planteado.

Bibliografía

- CLÉRICO, Laura; *Derecho y Proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*; “consultado en: [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>]”.
- NOGUEIRA, Juan Martín – SCHAPIRO, Hernán I. “(Coord)”;*Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*; Buenos Aires, 2012.
- ROSALES, Pablo O. “(Comp)”;*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada*; Avellaneda, 2012.

Apéndice de jurisprudencia

- Sentencia dictada el 13/04/2021 en el marco de las actuaciones caratuladas “Barraza, Víctor Javier y otro c/ EN y otro s/amparo Ley 16.986” (CAF 10420/2020), “consultada en: [<http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=37337>]”.

ADULTOS MAYORES

La vejez como dato diferenciador en el resguardo de la vivienda

María Perla Goizueta*

1. Introducción

Conforme el aumento de la esperanza de vida al nacer, el espacio para habitar la vejez¹ se ha ampliado² y se ha producido un cambio sustantivo en los criterios de abordaje del significado del patrimonio y en especial el de la vivienda para las personas mayores³.

La persona mayor podría elegir vivir en su hogar o ingresar a una residencia gerontológica, podría decidir la atribución de sus bienes a sus descendientes o a personas allegadas o decidir su liquidación con un destino específico.

El aspecto habitacional está íntimamente ligado al desarrollo de la geriatría, que surgió con la medicalización de las residencias habitadas por personas mayores y la creación de hospitales-casas para brindar vivienda y asistencia médica a mediados del Siglo XIX⁴.

* Defensora Pública Curadora, Titular de la DPC 7, Defensoría General de la Nación, Diplomada en Política, Sociedad y DDHH por ECAE/UNTREF, Miembro del Grupo DESATAR por la SAGG, Integrante SPI Der. de la Vejez Inst. Gioja, Fac. Der.- UBA; Maestranda en Derecho de la Vejez de la UNC.

¹ Dabove, Isolina; "Vivienda y derecho de la vejez: perspectiva jurídica trialista", Revista de la Facultad, Univ. Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Córdoba, Argentina, Vol. X, N°2, Nueva Serie II (2019), p. 30.

² "Gerontolescencia" es el término usado para identificar esta etapa por Alexandre Kalache, presidente del Centro Internacional de Longevidad de Brasil, asesor de la Academia de Medicina de Nueva York y cofundador y embajador de la Ong HelpAge International, ex jefe del Programa de Envejecimiento y Ciclo Vital de la OMS.

³ En la película francesa "*Et si on vivait tous ensemble?*", 5 amigos deciden vivir la vejez en forma positiva y en su rol, Geraldine Chaplin, afirma "Es extraño, se es previsor para todo pero nadie se preocupa cómo pasar los últimos años".

⁴ Puede consultarse la exhaustiva investigación realizada sobre la historia de los geriátricos en Dabove, María Isolina, "Derecho de la Ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas", Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Córdoba, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III.

Dado que la vejez atraviesa todos los ámbitos y ramas jurídicas, hemos seleccionado el tema del derecho de la vivienda y el consentimiento informado. Veremos algunas herramientas a la mano de la persona mayor para resguardar su vivienda y para ingresar a una residencia. No nos ocuparemos de la capacidad jurídica que será tratado en otro capítulo de esta obra.

2. Un poco de historia

En todos los tiempos la vejez⁵ o ancianidad ha sido objeto de preocupación de pensadores filósofos, poetas, políticos, juristas, artistas. En la Antigüedad Clásica uno de los pocos en dedicarse a la vejez fue Marco Tulio Cicerón⁶ que, en su obra *De Senectute* pone en boca de Catón el Viejo sus famosas cuatro razones para no renegar de la vejez y aceptarla como una etapa más de la vida, rica en dones y placeres que son distintos de los que se goza en otras edades⁷. Hacia finales de 1605 o principios de 1606, Shakespeare escribió *El Rey Lear*, preocupado por cuál de sus hijas lo iba a cuidar en su vejez⁸. Una de las primeras voces femeninas latinoamericanas del Siglo XVII, Sor Juana Inés de la Cruz⁹ mencionó la vejez en por lo menos dos sonetos a principios de ese siglo. Tampoco pasó inadvertido el tema para nuestro José Hernández en el discurso de su gaucho Fierro¹⁰ y en los famosos refranes y sentencias del Viejo Viscacha¹¹, ni para Jorge Luis Borges quien

⁵ Utilizaremos esta denominación sin intención de inducir a un estereotipo negativo, por el contrario, con el fin de dar énfasis y visibilidad a la necesidad de identificar la singularidad de la persona en este ciclo vital.

⁶ Cicerón escribió *De Senectute* en el año 44 a.c. a los 62 años. Cicerón, Marco Tulio, *Sobre la Vejez*, Trad. Rosario Delicado Méndez, Edit. PMT, Madrid, 2004.

⁷ Los comentaristas acuerdan que las cuatro razones son: la vejez aparta de las actividades, la pérdida de la fuerza física, la edad proyecta hace perder placeres y la proximidad a la muerte.

⁸ “Es mi deseo liberar de inquietudes mi vejez, hacerlas recaer sobre hombros más jóvenes y gatear aliviado hacia la muerte... ¿cuál de vosotras me quiere más?”. Shakespeare, William, *El Rey Lear*, trad. Javier Montes, Editorial Gredos, 2006, p. 41.

⁹ En el Soneto 148º: Sor Juana escoge antes el morir que exponerse a los ultrajes de la vejez: “Miró Celia una rosa que en el prado / ostentaba feliz la pompa vana... / Mira que la experiencia te aconseja / que es fortuna morirte siendo hermosa / y no ver el ultraje de ser vieja.” y en la voz de Celia: “Excusar de los años los horrores, / y venciendo de los tiempos los rigores / triunfar de la vejez y del olvido”

¹⁰ Hernández, José, escribió en 1872 *La Vuelta de Martín Fierro* en donde sentencia “La cigüeña, cuando es vieja pierde la vista, y procuran cuidarla en su edad madura todas sus hijas pequeñas: aprendan de las cigüeñas este ejemplo de ternura.”

¹¹ Escribió intencionalmente el apodo con la letra “S”, aunque el animal de referencia se escribe con “Z”.

en 1969 escribe *Elogio de la sombra*¹². En 1970, a los 62 años la mujer de letras más renombrada de Francia, Simone de Beauvoir publicó *La Vejez*. Esta filósofa y activista feminista vivió la vejez como una pérdida y lo reflejó en su obra¹³. En Estados Unidos, en 1970, Maggie Khun creó la organización *Gray Panthers* (aún hoy activa), en respuesta a su retiro forzoso de la relación laboral a los 65 años¹⁴ y, en 1991 escribió "...La vejez no es una enfermedad, es la fuerza de la supervivencia, el triunfo sobre toda clase de vicisitudes y decepciones, pruebas y enfermedades"¹⁵. A los 87 años Bobbio publicó su *De Senectute* en la que, no obstante su ironía y pesimismo, realizó un balance y reflexión sobre la vejez ofendida¹⁶.

Una figura de la medicina surgida a finales del Siglo XIX fue Elie Metchnikoff -Premio Nobel en 1908-, a quien se atribuye haber utilizado por primera vez el término *gérontologie* -gerontology, gerontología- en 1903 con su significado actual, es decir, aplicándolo al estudio del envejecimiento en toda su extensión y en cualquiera de sus formas, lo que lo convirtió además en un pionero del trabajo interdisciplinar¹⁷. Mientras la geriatría como la rama o especialidad de la medicina dedicaba su estudio a las enfermedades o solo el aspecto negativo¹⁸ de la vejez,

¹² "La vejez (tal es el nombre que los otros le dan) / puede ser el tiempo de nuestra dicha. / El animal ha muerto o casi muerto. / Quedan el hombre y su alma..."

¹³ De Beauvoir, Simone, *La vejez*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1970. Primera edición en castellano. Impreso en Argentina traducido del francés. ISBN: D.L. 11.723-1970. Traducción de Aurora Bernárdez.

¹⁴ En 1970, obligada a retirarse de su carrera en la Iglesia Presbiteriana a los 65 años, Kuhn y un grupo de sus amigos en circunstancias similares organizaron y fundaron una organización que se convirtió en las Panteras Grises. La organización fue creada para trabajar en temas de interés para las personas mayores, como los derechos de pensión y la discriminación por edad, pero también para ocuparse de temas públicos más amplios, como la Guerra de Vietnam y otras preocupaciones sociales. El núcleo del mensaje de las Panteras Grises era que las personas mayores necesitaban tomar el control de sus vidas y estar en el mundo activo trabajando por los problemas en los que creían. (<https://www.graypanthersnyc.org/>).

¹⁵ Kuhn, Maggie, *No Stone Unturned. The Life and Times of Maggie Kuhn*, Ballantine Books, 1991.

¹⁶ "Ahora ya es demasiado tarde para entender todo lo que hubiera querido entender, y me he esforzado por entender. Consagré gran parte de mi larga vida a leer, estudiar una infinidad de libros y papeles, utilizando hasta los más breves momentos de una jornada, desde joven, para 'no perder el tiempo' Ahora he alcanzado la tranquila consciencia, tranquila pero infeliz, de haber llegado solamente a los pies del árbol del saber. Las satisfacciones más duraderas de mi vida no provinieron de los frutos de mi trabajo, ... Provinieron de mi vida de relación, de los maestros que me educaron, de las personas que amé y me amaron, de cuantos siempre han estado a mi lado y ahora me acompañan en la última vuelta del camino." Bobbio, Norberto, *De Senectute* - Editorial Taurus, 1997, p. 71.

¹⁷ www.elsevier.com, consulta del 4/5/2020.

¹⁸ Alude a la exclusión de las personas mayores como un "logro vehiculizado por la geriatría" (cfr. Isern, Mariana; "Geriatricos: algunos instrumentos jurídicos para el abordaje de su problemática fáctica, normativa y valorativa desde una perspectiva neoconstitucional", Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial, 2011-III, fascículo 13, p. 3 y ss., Revista indizada en Directorio Latindex.

surgió entonces, como dijimos antes, la gerontología¹⁹. El psicólogo ruso Rybnikow utilizó el término “gerontología” en 1927 en su obra “The problem of the Psychology of Age”²⁰, que fue considerado como un hito en la fase del desarrollo de la investigación del envejecimiento cuyo objeto y finalidad es “la investigación de las causas y condiciones del envejecimiento, así como el estudio y descripción cuidadosa de los cambios del comportamiento regularmente progresivos y que se hallan relacionados con la edad.”

A partir de 1945, se multiplicó la creación de instituciones nacionales e internacionales gerontológicas para profundizar el estudio del proceso de envejecimiento²¹.

El concepto de salud fue evolucionando en el sistema universal. En 1946, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la “salud humana como un estado de bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de enfermedades”, en 1977, Naciones Unidas constituyó la Asamblea Mundial del Envejecimiento. Naciones Unidas ha instado la investigación interdisciplinar en materia de gerontología y ha propiciado la conceptualización como proceso al sostener en 2012 que es “inútil intentar definir cuándo se inicia exactamente la edad de la vejez” y el Comité de Ministros afirmó que el envejecimiento es un proceso que depende de los individuos, sus circunstancias y el medio en el que viven.

Por su parte, la bioética, brindó nuevos enfoques -continúa haciéndolo²²-, desde los primigenios principios de Georgetown de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia a la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos del 2005²³ que ha ido mucho más allá proporcionando aportes en lo atinente no solo a la autonomía, al consentimiento informado, los cuidados paliativos²⁴, sino

¹⁹ Dabove, María Isolina, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2005, pp. 258-261.

²⁰ Oliver, David B.; Eckerman, Jocelyn M.; and Machalek, Richard S. (1980) “Tracing the historical growth of gerontology,” *Educational Considerations*: Vol. 8: No. 1. <https://doi.org/10.4148/0146-9282.1832>. Sostienen también que el primer intento científico en el proceso de envejecimiento es usualmente la obra de Francis Bacon, “History of Life and Death” de 1645 y que la física y biología fueron las primeras disciplinas en considerar las cuestiones del envejecimiento.

²¹ Por ej., la Gerontological Society en Estados Unidos; en 1946 aparece por primera vez el *Journal of Gerontology* y la Unidad de Investigación sobre los problemas del Envejecimiento en Crambridge, Inglaterra. En julio de 1950, fue fundada en LiejaBélgica, la Asociación Internacional de sociedades gerontológicas para participar en la formación y la investigación de gerontología.

²² Ver Abeledo Perrot, XIX Número Especial de Bioética, Buenos Aires, 2017-II, Fascículo 7 (Dir. Pedro F. Hoof – Lynette G. Hoof).

²³ Cabe aclarar que, con la posterior promulgación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en vigor desde 2008) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en 2015 (en vigor desde 2017), alguna terminología de la Declaración de UNESCO de 2005 ha quedado ya desajustada.

²⁴ Bätz, Jacinto, *Bioética y cuidados paliativos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2021, versión

a la responsabilidad social en salud, la importancia de los Comités de Bioética, entre otros²⁵, etc. Esta Declaración nos permite asumir el valor absoluto de la dignidad humana, en pos de diferenciarla del valor medible, graduable de los animales y de la tecnología.

Sin perjuicio de que la ONU se ocupa de la temática de los derechos de las “personas de edad” desde 1982, no existe aún un instrumento internacional en tal sentido²⁶. En 2014, la ONU²⁷ designó a la primera Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad que emite Informes anuales temáticos²⁸.

Comienza a consolidarse un nuevo modelo conceptual bio-psico-social que aglutina todas las perspectivas posibles, biológicas, sociales, jurídicas, culturales y psicológicas. Desde este momento, la vejez es un proceso de cambio, su estudio es interdisciplinar y están implicados médicos, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, juristas, economistas, ecologistas, arquitectos, con el objetivo de esclarecer las interacciones entre los factores bio-psico-social-culturales que forman el proceso de envejecimiento²⁹. Debido a ello, no basta el dato cronológico de la edad para la conceptualización de la ancianidad porque no constituye sólo un proceso biológico³⁰. Lo contrario significaría reducirla a un problema biomédico y equiparla a enfermedad.

Kindle. Bátiz es médico paliativista y desarrolla la bioética como herramienta básica para la aplicación de cuidados paliativos del paciente con enfermedad incurable y avanzada.

²⁵ Pueden consultarse los documentos recientes producidos por el Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD) de la Universidad de Barcelona creado por María Casado desde 1995. Sitio web <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/>

²⁶ Algunos instrumentos son: en 1982 - Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento; en 1990 declaró el “Día Internacional de las Personas de Edad” al 1° de octubre; en 1991, Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 46/91; 2002 - Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento; 2010, Resolución 65/182 que creó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta; 2011 - Declaró el “Día Mundial de la Toma de Conciencia del Abuso y Maltrato en la Vejez” al 15 de junio; 2020, diciembre, la Asamblea General declaró 2021-2030 “Decenio Envejecimiento Saludable”.

²⁷ En el sistema universal de derechos humanos de la ONU, la terminología utilizada para referirse a los sujetos de derechos es la de “persona de edad”.

²⁸ En mayo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos designó a Rosa Kornfeld-Matte como la primera Experta Independiente de nacionalidad chilena. Desde mayo de 2020 es Claudia Mahler (Austria). Los Informes Anuales producidos están disponibles en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/OlderPersons/IE/Pages/IEOlderPersons.aspx>

²⁹ Dr. C. Jorge Santana Álvarez, “La Geriátrica, Gerontología y Psicogerontología”, Revista Archivo Médico, Hospital Militar Octavio de la Concepción y de la Pedraja. Universidad de Ciencias Médicas de Camagüey. Camagüey, Cuba, 2016.

³⁰ Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento” en “Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos”, CEPAL, Méjico, 2012, p. 19.

3. Envejecimiento poblacional

El presente Siglo XXI ha sido denominado por un lado el siglo de la tecnología y por otro, el “Siglo del envejecimiento”. Es considerado un fenómeno global, el tema afecta a todo el mundo y se trata de un envejecimiento generalizado, sin precedentes en la historia de la humanidad. A nivel mundial, aproximadamente 700 millones de personas de la población tiene más de 60 años, un 10 %. La ONU estima que este porcentaje se duplicará para 2050 en todas las regiones. Europa seguirá teniendo la población de mayor edad del mundo, pues las proyecciones indican que su proporción aumentará hasta el 34% en 2050. Japón es uno de los países más envejecido del mundo y con mayor esperanza de vida al nacer. Una de cada cuatro personas tiene más de 65 años. En 2013, la esperanza de vida de los hombres superó por primera vez la franja de los 80 años y se situó en 80,21 años. En Hong Kong de 80,87, en Islandia y Suiza de 80,5. La esperanza de vida de las mujeres alcanzó un nuevo récord con 86,61 años superando a Hong Kong que tiene 86,57, a España con 85,13, a Francia con 85 y a la Suiza con 84,7³¹. Según la OMS, para el 2050, en América Latina y el Caribe, la población de personas mayores aumentará del 10% al 25%. A la ampliación cronológica se le suma la creciente feminización de la vejez. De acuerdo con el Censo 2010, en Argentina, el 10,2 % de la población total son personas mayores, el promedio de vida de los varones es de 73 años y el de las mujeres de 80 años. Se prevé que será de 77 y 84 años para el 2050, respectivamente³². La ciudad de Buenos Aires es la más envejecida del país, en ella habitan el 21,7% del total y el 56% de ellas posee algún tipo de discapacidad, sea motora, visual, auditiva, mental, intelectual.

4. Grupo o capas de vulnerabilidad

El reconocimiento de las personas mayores como un grupo conlleva el proceso de especificación de sus derechos especiales, necesario para detectar la situación de desventaja ante la inoperancia de los derechos generales³³, cuyo corolario nor-

³¹ <https://www.nippon.com>

³² Organización Mundial de la Salud, Envejecimiento y ciclo de vida; <https://www.who.int/ageing/es/>. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Censo 2010; www.indec.gov.ar

³³ Bobbio, Norberto, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, Anuario de Derechos Humanos, nro. 5, p. 27.

mativo es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores³⁴.

La diversidad del grupo de las personas mayores³⁵ no es un obstáculo para el reconocimiento de la titularidad de los derechos, sino que, el problema principal es el ejercicio de los mismos como sujetos autónomos. Justamente, en el aspecto dinámico y contextual de la vejez, conviene identificar las capas de vulnerabilidad en la vejez y capas de vulnerabilidad en la enfermedad³⁶. Esta conveniencia radica, en que no todas las personas mayores son idénticas. Calificar a una persona como perteneciente a un grupo o colectivo vulnerable solo por su condición de persona anciana, puede empeorar su situación o agudizar aquello que queremos evitar, se corre el riesgo de obviar la defensa de su verdadero derecho. Por ello es más conveniente acudir a identificar las capas de vulnerabilidad que posee su situación y derecho a defender.

Los gerontólogos han coadyuvado a identificar la diversidad de la vejez, las vejeces. Una persona mayor puede transitar su vejez en forma robusta con una condición óptima, en forma frágil con una condición normal, si cabe el término; en forma dependiente con un declive un poco mayor pero esperable o podría transitarla padeciendo senilidad o alguna patología severa en la que la intensidad de los cuidados que requiere es mayor.

A esta altura, no podemos dejar de recordar la distinción que desarrolló la distinguida jurista santafesina María Josefa Méndez Costa en 1983, al identificar a la senectud con el envejecimiento normal y distinguirla de la senilidad como el envejecimiento con patología³⁷.

5. Edad. Derechos

La Corte Suprema tuvo oportunidad de expedirse en relación a las restricciones por edad tope para la permanencia en los puestos de trabajo en los fallos “Fayt” en el que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó

³⁴ Firmada por Argentina el 15 de junio de 2015 en la OEA con jerarquía constitucional para nuestro derecho interno por ley 27700 del pasado 9/11/2022. En adelante “Convención Interamericana”.

³⁵ Diversidad de la que participan las personas con discapacidad y las mujeres.

³⁶ Luna, Florencia; “¿Vulnerabilidad o ‘capas de vulnerabilidad’ en las personas mayores?”, en *Bioética y Derecho de Familia II*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia en Derecho de Familia, N° 57, noviembre 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 69-83.

³⁷ Méndez Costa, María Josefa, *Los ancianos en la legislación civil*, LL 1983-A-312.

la permanencia de los jueces de la Corte hasta los 75 años³⁸. Y luego en el fallo “Franco” dijo: “El art. 32 inc. 1° del decreto-ley 9020/78 de la Provincia de Buenos Aires, que dispone una suerte de presunción *juris et de jure* de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional³⁹”.

6. Derecho de la Vejez

En el ámbito jurídico, la vejez hace referencia al último estadio de la vida y designa rasgos distintivos de personas únicas para el sistema. Los cambios fisiológicos y psicológicos derivados del paso del tiempo, la proximidad de la muerte, la experiencia, la jubilación, el cese de ciertas actividades, la pérdida de vínculos y la instauración de nuevas redes, la disponibilidad de mayor tiempo libre, la necesidad de cuidados. Es una problemática compleja que no se define solo por la cronología.

La derogada Constitución nacional de 1949 incorporó la Declaración de los Derechos de los Ancianos de 1948⁴⁰ y la última reforma constitucional de 1994, incorpora por medio del bloque de constitucionalidad los tratados de derechos humanos (art. 75.22) y obliga al Congreso nacional a legislar y promover acciones positivas que garanticen la igualdad real de los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (art. 75.23). El término utilizado en ambos instrumentos es el de “ancianos”.

En tiempos de la reforma constitucional de 1994, nació la materia “derecho de la ancianidad” en la Universidad Nacional de Rosario de la mano de la teoría trialista⁴¹. Sin embargo ... la expresión “vejez” ha terminado imponiéndose por sobre el de “ancianidad” tanto en el campo de la gerontología como en las prác-

³⁸ CSJN, Fallos: 322: 1616 del 10 de agosto de 1999.

³⁹ CSJN, Fallos: 325:2968 del 12/11/2002.

⁴⁰ Derogada el 27 de abril de 1956 por el gobierno de facto de Aramburu quien restableció la Constitución nacional de 1953.

⁴¹ Desde el 21 de junio de 1995, en el seno del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, funciona el Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad.

ticas sociales y en la propia Convención Interamericana por cuanto su uso es indistinto en la actualidad⁴². Con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, el derecho de la vejez⁴³ propone identificar categorías de derechos de las personas mayores a la par de los principios consagrados por la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: a) los atributos de la personalidad con el principio de autorrealización, b) los derechos de autonomía con el principio de independencia, c) derechos de inclusión con el principio de participación, d) derechos de protección con el principio de cuidados y e) los derivados del acceso a la justicia y a las garantías procesales. Los primeros forman parte del derecho de fondo y el último del derecho de forma⁴⁴.

Si partimos de que “el acceso a la justicia es la puerta de acceso al goce y respeto de todo el resto de derechos”⁴⁵, una de las mayores deudas que el sistema jurídico ha contraído es precisamente la del acceso a la justicia real en sus tres dimensiones, el acceso propiamente dicho o la llegada al sistema judicial, la oportunidad⁴⁶ del logro de un pronunciamiento en un plazo razonable⁴⁷ y el acceso al conocimiento de derecho y mecanismos de acción y defensa y el deber del Estado de brindarlo.

7. Decisiones sociales. Edadismo y Viejismos

Las Personas Mayores sufren y participan de los prejuicios y estereotipos negativos sobre la vejez que circulan en el imaginario colectivo, que dan lugar a prácticas sociales lesivas de sus derechos y libertades. Son las creencias, normas y valores que pretenden justificar la discriminación de las Personas Mayores según su edad⁴⁸. Son prácticas viejistas.

⁴² Dabove, María Isolina, *Derecho de la vejez*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 155.

⁴³ Dabove, María Isolina, *Derecho de la vejez*, *ob. cit.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Bariffi, Francisco J. – Palacios, Agustina, “Acceso a la justicia y discapacidad”, en Schapiro-Nogueira (coord.), 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, pp. 155-175.

⁴⁶ Ivanega, Miriam M., “Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales”, Suplemento La Ley, Abril 2013, N°2, p. 3. También Masciotra, Mario, “El derecho a una rápida y eficaz decisión judicial”, La Ley, 14 de diciembre de 2012.

⁴⁷ Luna advierte que la persona mayor debe padecer “extensas burocracias y la pauperización que una pensión no actualizada puede generar” exponiendo que, a noviembre de 2012, el promedio de tiempo que demoraban los juicios por reclamo de reajustes de los montos de beneficios previsionales en el ámbito nacional, era de 5 años, *ob. cit.*, p. 75.

⁴⁸ Blanco, Luis G.; *Consideraciones bioéticas acerca del envejecimiento y la ancianidad*, p. 31. Rev. Interdisc. de Doctrina y Jurisprudencia- Der. Familia, Thomson-Reuters, Julio 2020-95, ISSN 1851-1201.

El término fue acuñado como *edadismo* –*ageism*– en 1969 por el médico gerontólogo psiquiatra norteamericano Roberto N. Butler⁴⁹ y traducido y empleado en el mismo sentido, como *viejismo* por el también, médico gerontólogo psiquiatra argentino, Leopoldo Salvarezza en 1988⁵⁰. Algunas prácticas ilustrativas son: el uso de terminología despectiva; llamar abuelo/a a toda persona mayor sin existir relación de parentesco; infantilizar; ridiculizar; la cultura ‘anti age’; el abuso financiero (p. ej. phishing), sustituir su voluntad; excluir en actividades deportivas, etc.

8. Geronto-arquitectura

En cada ciclo vital, infancia-adolescencia-adulthood-vejez, la noción de vivienda es percibida de forma distinta. Un prestigioso arquitecto estadounidense, Adolf de Roy Mark⁵¹ sostuvo que la voluntad de la mayoría de las personas mayores es la de continuar viviendo en su casa.

La geronto-arquitectura aporta un nuevo enfoque atendiendo a la persona mayor en cuanto a sus necesidades y preferencias y enfatiza la idea de procurar la funcionalidad de sus ocupantes⁵². Los aportes de la psicología⁵³ identifican los aspectos a través de los cuales, es posible distinguir la construcción material “casa”, como el espacio en el que habita la persona, de la representación mental intervenida por las experiencias vividas que pueden transformar el aspecto físico o material en un concepto más complejo que es el “hogar”. La identidad y la salud de cada persona se ven impactados por la noción de vivienda en todos los ciclos vitales, tanto en la niñez como en la vejez. De modo que, “el hogar siempre termina

⁴⁹ *Age-ism: another form of bigotry*, The Gerontologist, N°9 (4), Winter 1969, pp. 243-246.

⁵⁰ *Psicogeriatría. Teoría y clínica*, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 23.

⁵¹ Especialista en restauración de estilo extravagante de edificios antiguos en la década de 1960 en Philadelphia, Pennsylvania, Estados Unidos (cfr. Bono, Gustavo A; “Derechos Patrimoniales y protección jurídica de la vivienda en la vejez”, Universidad Nacional de Córdoba, 8 de diciembre de 2019).

⁵² Jurado, Miguel, “Tiene 87 años. Rodolfo Livingston: el arquitecto que reinventó a los arquitectos”, diario Clarín, 11 de enero de 2018. Livingston, autor de “*Cirugía de casas*” propuso el nuevo modelo de enseñanza denominado “el método” que introduce la importancia de enseñar tanto sobre el diseño de una “vivienda nueva” como sobre “reformas”, ... método para la formación de un “arquitecto de familia”. Dice “Hay que pensar la película familiar futura y diseñar la primera etapa y las subsiguientes acompañando la evolución familiar. Una casa no es un objeto. Es un proceso. La casa es el escenario de la vida”.

⁵³ Maero Suparo, Vanesa, licenciada en psicología, Jefa del Departamento de Psicología del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación, “De la casa al hogar”, inédito.

siendo parte y sostén de la propia identidad” y que “al inicio y al final de la vida adquiere una relevancia vital”. El hogar, como lugar de pertenencia también define el rol que uno tiene dentro de él⁵⁴. A la par, el derecho ha definido a la vivienda familiar como el lugar físico en que de modo permanente la familia desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que ella concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa⁵⁵. De esto modo, informa uno de los elementos fundamentales para la dignidad humana, la salud física y mental y la calidad de vida que permite el desarrollo de la persona. Constituye el “ámbito en el cual toda persona se desarrolla como tal; en el orden jurídico, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y, en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad”⁵⁶.

Durante la vejez, la noción de vivienda adquiere la misma importancia que tiene en otras etapas de la vida, de ubicación de los objetos que fragmentan la historia personal, la seguridad y amparo del entorno conocido. Para las personas mayores, *“la problemática del hogar reviste mayor envergadura que en otras edades de la vida. Los recuerdos del propio pasado habitan allí, ... El traslado de la vivienda familiar para un anciano puede provocar un daño incommensurable, ... que impacta negativamente en la esfera del ejercicio de sus derechos”*⁵⁷. Adelantamos que la me-

⁵⁴ Cfr. Maero Suparo, ob.cit., Durante la infancia, la necesidad de contar con una vivienda que le dé marco de orden y contención a las relaciones familiares, se torna indispensable para desarrollar, en inter-juego constante con el entorno, la personalidad del niño. Por ello, las actividades básicas de alimentación, juegos, descanso y el constante cuidado de los padres o las figuras de apoyo y sostén, resultarán fundantes del psiquismo. En la adolescencia, momento en el que se produce la caída de las figuras de autoridad, cobran vital importancia los pares. Una de las tareas a la que suelen dedicarse con gusto los adolescentes es la experiencia con sus pares, compartiendo espacio e intercambio verbal. La co-construcción que se da a nivel del lenguaje producirá la conformación de la identidad y definirá su sentido de pertenencia sobre los espacios y grupos en los que transita su vida. Debido a ello, el significado de hogar comienza a ocupar un lugar relativo. El entorno corre la misma suerte que la supremacía de las figuras parentales cuestionadas. Padres y hogar, participan del cuestionamiento y la crítica. El descuido de lo material. Durante la adultez, la construcción del hogar tiene un profundo sentido cultural y refleja el deseo de plasmar el propio mundo sobre lo real. La búsqueda de un lugar de pertenencia, de la casa propia para transformarla en hogar que verá depositadas las significaciones construidas identificando la casa como un espacio de amparo, seguridad y tranquilidad.

⁵⁵ Assandri, Mónica – Rossi, Julia; “La vivienda y los adultos mayores”, Thomson Reuters, RDF: 80, 17/07/2017, 267, AR/DOC/3756/2017 quienes citan a Lloveras, Nora; “La protección constitucional de la vivienda familiar”, LL 1993-E-812.

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aida; *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 29.

⁵⁷ Cfr. Girauo Esquivó, Nicolás y Dabove, María Isolina, “La protección jurídica de la vivienda en la vejez: desafíos y herramientas”, SJA-2012/05/23-35; JA-2012-II. Y en Fanzolato, Eduardo I., “Protección habitacional de menores, incapaces y ancianos”, Foro de Córdoba n° 108, Córdoba, 2006, p 71 para quien La persona mayor puede sentir o vivir el alejamiento de su hogar como un “entierro anticipado”, que existen “más posibilidades de que la vejez sea más saludable si la persona transcurre en el mismo

dicalización de las residencias gerontológicas en esta etapa evolutiva de nuestra sociedad y orden jurídico, tiene como consecuencia inmediata la necesidad del consentimiento informado de la persona mayor para su ingreso.

Recordemos que la noción de vivienda está directamente vinculada al grado de bienestar y satisfacción de las necesidades de la persona en esta etapa desde el punto de vista biológico. El condicionamiento ambiental se torna más significativo con la disminución de las capacidades físicas y de salud⁵⁸.

La noción de vivienda está estrechamente vinculada con el factor de la dependencia y el grado de satisfacción de bienestar que es percibido por la persona mayor. Cuanto mayor sea la capacidad de satisfacer sus propias necesidades y la percepción respecto de su calidad de vida, mejor será el proceso de envejecimiento⁵⁹.

9. Garantía de interdisciplinariedad

Sentado ello, el criterio para evaluar la situación jurídica de la persona mayor en relación a la vivienda, no puede desconocer algunas de las observaciones de las distintas disciplinas involucradas. Tanto antes de la unificación de los códigos civil y comercial, como después, la jurisprudencia ha tenido en cuenta el dato diferenciador de la vejez para resolver⁶⁰.

entorno geográfico, cultural y afectivo (...) ya que esa morada por su cercanía (...) suele facilitar su participación en los centros de su propia fe religiosa o en los que desarrolle su dimensión ético-espiritual, o le permita mantenerse inserto en los ambientes deportivos de su afición, o continuar proveyéndose de lo necesario en los mismos negocios o establecimientos 'de toda la vida'"

⁵⁸ Recordemos el sufrimiento de algunas personas mayores alojadas en residencias de larga estadía debido al acontecimiento pandémico de COVID19.

⁵⁹ En el lado opuesto aparece la institucionalización de la persona mayor en residencias geriátricas que, tal como están concebidas en la profusa normativa existente en la actualidad, elegimos la alusión del médico Daniel Matusевич que señala que la institución, en ocasiones "*rompe la lógica de la vida cotidiana: todas las actividades se desarrollan en un mismo lugar; no existe separación espacial, una misma autoridad rige para todo, las personas están permanentemente acompañadas por otras personas, haciendo juntas lo mismo, las actividades están programadas y las secuencias de las mismas están impuestas a través de normas explícitas y del personal especializado; el plan de actividades responde al objetivo de la institución, sin discriminar de acuerdo a las necesidades específicas y personales...*" (cfr. Dr. Daniel Matusевич, *Envejecimiento e institucionalización geriátrica*, Envejecimiento y vejez. Colección Interdisciplinaria. Ed. Atuel. p. 124).

⁶⁰ El fallo ponderó la autonomía y el poder de decisión de una anciana de vender su vivienda a la persona que la había cuidado durante los últimos años por un precio irrisorio según el denunciante, eventual heredera del inmueble quien, a su vez, había cuestionado la capacidad jurídica de aquélla. Y además desestimó la denuncia por insania incoada. Ver Fernández Mele, Soledad y Goizueta, Perla, "Ancianidad e insania", Comentario a fallo "N. H. en nombre y representación de L. M. L. s/ Curatela",

La protección de la vivienda⁶¹ es uno de los derechos fundamentales que se ha visto fortalecido con el nuevo CCC tanto en el diseño de sus instrumentos jurídicos de tutela como por la adopción de un criterio más ajustado a una realidad social más diversa⁶². Integra el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales y está reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Con la reforma constitucional el instituto fue ampliado⁶³ y se define como el derecho a vivir en un sitio seguro, con paz y dignidad⁶⁴.

La Convención Interamericana prescribe que la persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades (cfr. art. 24). A continuación referiremos algunas herramientas jurídicas que las personas mayores pueden usar para resguardar su vivienda.

La figura del bien de familia (ley 14394) fue sustituida por la del régimen de vivienda que garantiza la inejecutabilidad por deudas de causa posterior a la inscripción, salvo que los acreedores sean titulares de créditos expresamente enumerados por la ley. El Código actual permite la afectación de la vivienda en amparo de todas las formas de organización familiar⁶⁵.

Sup. Trib. Justicia de Corrientes del 22/11/2012, sobre derecho a la ancianidad para la Rev. Derecho de Familia, vol. Jurisprudencia III/2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 130-144. Y en 2017, un caso resuelto en San Isidro con cita del artículo 6 de la Convención Interamericana. La Cámara confirmó la resolución que le atribuyó al cónyuge (93 años) el uso de la vivienda conyugal por el término de un año y fijó un plazo para que su esposa (72 años) se retire del inmueble, seleccione una vivienda a su gusto, cuyo costo de alquiler y expensas se lo atribuyó al primero hasta un valor límite. Considerando que surgía del expediente que eran personas mayores que mantenían un vínculo deteriorado y una convivencia conflictiva bajo el mismo techo, lo que justificó que los jueces adoptaran todas las medidas necesarias para garantizarles a ambos el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días. (Cám. Civ. y Com. San Isidro, 28/09/2017, “B.B. c. O. de B. M. del C. s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250 del CPCC”. IUSDC285667A).

⁶¹ Puede ampliarse en nuestro comentario “**Protección jurídica de la vivienda en la vejez: perspectiva interdisciplinaria**”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Thomson-Reuters-Abeledo-Perrot, 2020-95, p. 115-124.

⁶² Tal criterio era propiciado por gran parte de la doctrina. Ver en tal sentido, Bono, Gustavo A., “La reciente reglamentación cordobesa de la unidad económica ante la necesidad de una ley general de ordenamiento territorial con base en un criterio multidimensional de abordaje”, Thomson Reuters, LLC2013 (abril) 237, AR/DOC/1203/2013.

⁶³ El derecho a la vivienda está previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, 1; Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 11; Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 14, párr. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27, párr. 3; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. III, Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 28; Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, arts. 12, 24, 26.

⁶⁴ Observaciones generales N° 4 y 7 del Comité DESC.

⁶⁵ Dabove, Isolina; “Vivienda y derecho de la vejez: perspectiva jurídica trialista”, ob. cit., p. 29.

En un caso en el que el fallido, un hombre de 67 años y con discapacidad, solicitó la desafectación del régimen de vivienda de su inmueble en el entendimiento de que la vivienda no se encontraba sujeta a desapoderamiento, para adquirir otro de menor valor a fin de destinar el remanente a su subsistencia, el juez resolvió de conformidad. En Cámara, la disidencia sostuvo “Cuando se trata de cuestiones tan sensibles, siendo el deudor una persona de 67 años de edad, discapacitado, con los riesgos que el caso acarrea, la interpretación normativa debe guiarse, ... por los superiores derechos tutelados, correspondiendo en el caso atemperar el rigor falencial ponderando con una visión más amplia los derechos del ser humano y sus necesidades básicas, tales como el acceso a una vida digna⁶⁶.”

El instituto del derecho real de habitación⁶⁷ es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, sea en el todo o en parte material. El titular de este derecho no puede constituir derechos reales ni personales y no es transmisible por actos entre vivos ni por causa de muerte, es *intuitu personae*⁶⁸. La tutela consiste en que es inejecutable por los acreedores. La utilidad está dada porque es un derecho que ajusta la finalidad habitacional al contenido específico del derecho. No afecta la disponibilidad de la nuda propiedad del bien. Por ejemplo, un viejo peón de campo que ha trabajado y vivido en el mismo predio, podría continuar haciéndolo bajo esta figura sin comprometer el negocio jurídico de los propietarios.

10. Administración patrimonial y disposición de bienes

La perspectiva de la vejez cobra mayor importancia en la gestión del patrimonio y la disposición de bienes, pues la historia personal de cada uno, impregnará la noción que tenga de vivienda. Las situaciones que puede atravesar una persona mayor encuentran algunas respuestas también en las previsiones del CCC si consideramos las variables de la falta de liquidez, pero con capital o la falta de recursos, sin capital. El contrato oneroso de renta vitalicia es una de ellas (*cfr.* art. 1599).

⁶⁶ CNCom., Sala F, 09/04/2019, LL 13/05/2019, 8 – LL 2019-B, 599 – RCCyC 2019 (junio), 57; AR/JUR/4687/2019.

⁶⁷ Arts. 2158 a 2161, CCC.

⁶⁸ Alterini, Jorge H. (dir. general), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, La Ley, Buenos Aires, Tomo X, 2015, p. 319.

El usufructo más la afectación al régimen de vivienda. El fideicomiso, los pactos sobre herencia futura, la partición de la herencia en vida, la donación, el testamento, el legado, la mejora a favor del heredero con discapacidad.

11. Ingreso y estadía en residencia gerontológica

Sin perjuicio de algunas de las herramientas antes mencionadas, la persona mayor puede decidir ingresar a vivir a una residencia geriátrica.

Si asumimos la medicalización de las residencias geriátricas y la persona es capaz, es competente, decidirá su ingreso haciendo valer su autonomía y libertad para cuidar de su salud como el estado completo de bienestar (*cf.* OMS) porque es la misma persona mayor la más indicada para definir su propio bienestar⁶⁹. No se trata de defender una ética individualista que deje a la persona mayor sola y desprotegida para tomar la decisión⁷⁰ pues podrá hacerlo junto a sus parientes o allegados de confianza. Pero ¿bajo qué forma? En virtud de las facultades no delegadas a la Nación, existe en el territorio argentino una profusa, y confusa normativa, en relación al funcionamiento de los establecimientos geriátricos. ¿Será bajo la forma de un contrato de hospedaje, de hotelería? La negativa se impone desde que asumimos que la persona mayor ingresa a una residencia para recibir cuidados de salud y en la que trabajan profesionales de la salud. Por cuanto, en la actualidad es la declaración del consentimiento informado la forma más ajustada.

La Convención Interamericana define “Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo” y “Servicios socio-sanitarios integrados”⁷¹ y garantiza en el art. 11, el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado⁷².

⁶⁹ Casado, María, *Cuestiones bioéticas en torno al envejecimiento*, Rev. Bioética (Impr.), 2011, 19 (3): pp. 697-712.

⁷⁰ Ver sobre la gratitud Ricardo Iacub en *La gratitud como lazo fundamental*, diario Clarín del 27/02/2023.

⁷¹ “Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.” Y “Beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar y promover su independencia y autonomía.” Ambos en art. 2°.

⁷² La normativa de CABA, ley 5670, prevé la declaración del consentimiento libre e informado no solo para el ingreso (art. 5°) a la institución -claro, preciso y de fácil comprensión- sino también para

12. Reflexión final

Sin perjuicio de que solo el 1,5 o 2% de la población de personas mayores estaría⁷³ institucionalizada en nuestro país, existe un problema ético que aparece cuando la persona mayor no puede otorgar el consentimiento para ingresar a una residencia o, residiendo ya en ella, no puede otorgarlo para su permanencia o para los tratamientos médicos, sin mencionar el dilema de la aplicación de las sujeciones físicas que ocasiona⁷⁴. A ello se suma, la confusión en la responsabilidad del control –¿administrativo, judicial?- del eventual atropello de los derechos de la persona mayor institucionalizada.

¿Será hora de asumir la responsabilidad social de la que habla la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, en su art. 14? Opinamos que sí. Responsabilidad que atañe a todos: al Estado, a la sociedad común y a los empresarios⁷⁵. Al fin y al cabo, cualquiera de nosotros, podremos llegar a estar en esa situación si seguimos cumpliendo años.

Apéndice jurisprudencial

- CSJN
- Fallos: 322: 1616 del 10 de agosto de 1999.
- Fallos: 325:2968 del 12/11/2002.
- Superior Tribunal de Justicia de Corrientes
- “N. H. en nombre y representación de L. M. L. s/ Curatela”, Sup. Trib. Justicia de Corrientes del 22/11/2012, sobre derecho a la ancianidad para la Rev. Derecho de Familia, vol. Jurisprudencia III/2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 130-144.

todo “cambio de diagnóstico y tratamiento médico y/o medicación que deberá asentarse expresamente y deberá ser comunicado a residente a los fines de obtener su consentimiento escrito” y aunque, innecesario, refiere al art. 59, CCC para las excepciones (cfr. art. 32).

⁷³ Zolotow, David, “Hogares de Ancianos en Argentina: Datos Estadísticos”, disponible en <https://gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/Hogares-de-ancianos-en-Argentina.pdf>

⁷⁴ Ley CABA 5670, art. 33, prevé la aplicación de sujeciones físicas con pretales por el plazo de 21 días hasta recibir la autorización judicial que podría extenderlo.

⁷⁵ Celebramos que, por estos días, existen varios proyectos de ley a nivel nacional, tendientes al mayor respeto de los derechos de las personas mayores consagrados en la Convención Interamericana: proyecto de ley nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos (S-0669/2022), proyecto de ley nacional de Contrato de Servicios Gerontológicos Integrales, proyecto de ley sobre la Limitación al Uso de Sujeciones Físicas de las Personas Mayores en Residencias (1107-D-2021).

- Cámara Civil y Comercial de San Isidro.
- “B.B. c. O. de B. M. del C. s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250 del CPCC”, Cám. Civ. y Com. San Isidro, 28/09/2017, IUSD C285667A.
- CNCom., Sala F, 09/04/2019, LL 13/05/2019, 8 – LL 2019-B, 599 – RCCyC 2019 (junio), 57; AR/JUR/4687/2019.

La defensa pública y el derecho a la vejez. Análisis de un caso

Damián L. Lembergier*
Nicolas A. Pantarotto**

I. Introducción

El presente trabajo tiene como norte analizar y reflexionar, a la luz de un caso concreto, la incorrecta y abusiva utilización de los procesos judiciales sobre capacidad en personas adultas mayores. Es decir, cómo una actuación judicial cuya naturaleza consiste en la protección de una persona, puede causar un efecto absolutamente contrario con consecuencias perjudiciales, muchas veces irreversibles.

La situación en análisis implicó determinada intervención que motivaron distintos interrogantes que devienen necesarios ser resueltos.

¿Existen controles para aquellas personas adultas mayores alojadas en instituciones, cuya internación no sea por razones de salud mental?

¿Puede un familiar y/o referente obligar a una persona adulta mayor o anciana con un proceso judicial sobre restricción al ejercicio de su capacidad acotar su libertad y autonomía?

¿Cómo opera el derecho vigente frente a estas situaciones?

Para comprender algunas cuestiones y luego abordar el caso elegido, es necesario explicar brevemente el rol del/la defensor/a público/a curador/a, y exponer las normas locales e internacionales que protegen a las personas adultas mayores y ancianas.

A partir de un proceso judicial, en la causa “R.J.C. s/ Determinación de la Capacidad” que tramita ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil

* Defensor Público Curador, titular de la Defensoría Pública Curaduría N°2 (Ministerio Público de la Defensa).

** Abogado – Prosecretario Administrativo integrante de la Defensoría Pública Curaduría N°2 (Ministerio Público de la Defensa).

N°84, analizamos los hechos, valoramos la prueba y evaluamos distintas conductas que sucedieron a lo largo de la tramitación del expediente. Todo ello, en concordancia con el Código Civil y Comercial de la Nación¹, que aportó significativos avances en materia de derechos de las personas (ya sea niños, niñas, mujeres, personas adultas y personas con discapacidad), la Ley Nacional de Salud Mental² y los tratados internacionales adoptados por nuestro país, tal como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de Personas Mayores⁴. Los mismos cuentan con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

II. Marco normativo de actuación

A modo general y simple, debemos recordar que los denominados procesos sobre determinación de la capacidad (antiguamente procesos de Insania e Inhabilitación) son aquellos tendientes a lograr una sentencia que implemente un sistema de apoyo de asistencia y/o representación para que intervenga en los actos específicos para los cuales la persona con una discapacidad relacionada a su salud mental no puede llevarlos a cabo con autonomía plena. Siempre partiendo sobre la base del principio del ejercicio de la capacidad.⁵

En este sentido, corresponde recordar que la regla actual consiste en que toda persona es capaz y que lo excepcional es la incapacidad o su limitación, la que debe ser expresamente restringida por una sentencia judicial firme dictada por Juez/a competente⁶. En la misma se pueden restringir determinados actos jurídicos, y como consecuencia de ello se designa un sistema de apoyo y salvaguardias.

¹ LEY 26.994 sancionada el 1 de octubre de 2014. Entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015.

² LEY 26.657 del 25 de noviembre de 2010. Ley Nacional de Salud Mental.

³ LEY 26.376 sancionada el 21 de mayo de 2008.

⁴ LEY 27.700 sancionada el 2 de diciembre de 2022.

⁵ Art. 31 inc. a) del Cód. Civil y Comercial de la Nación.

⁶ Art. 32 del Cód. Civil y Comercial de la Nación reformuló el sistema de limitación de la capacidad de ejercicio de las personas por su salud mental, estableciendo que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, y a ese fin deben designarse los apoyos necesarios conforme al art. 43 Cód. Civil y Comercial.

La persona siempre es titular de sus derechos, por cuanto lo único que se condiciona es su ejercicio y no el goce de aquellos. Por eso, hoy en día gracias a las distintas reformas jurídicas que se suscitaron en nuestro ordenamiento civil, debemos afirmar que las personas son “sujetos de derechos” sin excepción alguna. Este giro radical se pudo visibilizar en las distintas sentencias emanadas desde los tribunales de nuestro país según los paradigmas actuales⁷.

Ahora bien, las buenas prácticas, además de la normativa pertinente, también juegan un rol trascendental en la tramitación de los expedientes donde se encuentra cuestionada la capacidad jurídica de una persona. Es por ello que, como primera medida, el/a Juez/a -en el auto de apertura a prueba- designa a un/a abogado/a defensor/a, sostenido en la figura prevista en el artículo 36, párr. 2º del CCyCN. La correcta intervención del/a abogado/a defensor/a debe ser de manera respetuosa de la voluntad, deseos y preferencias de la persona asistida. En esa primera instancia comienza la actuación del Defensor/a Público/a Curador/a si la persona carece de medios económicos suficientes⁸.

La referida defensa es habitual en personas adultas mayores con su capacidad puesta en tela de juicio. Conforme lo establece ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa, la intervención del/a Defensor/a Público/a Curador/a, implica considerar de manera rigurosa la opinión del/a defendido/a en todo momento del proceso y abordarla de un modo interdisciplinario. Para que esto resulte posible, es indispensable el contacto directo con la persona cuya defensa se va a ejercer, y así garantizar el derecho a ser oído y un real acceso a la justicia.

Como bien lo describe el Código Civil y Comercial de la Nación, la finalidad de la intervención del Ministerio Público⁹ es la protección de derechos y asistencia de las personas y no la anulación de su participación en los procesos. Asimismo, facilitar su autonomía, su libertad, su derecho protagónico de ser escuchada, entre otros. Así, se refuerza el legado del caso “*Furlan vs. Argentina*” que deja en claro que las personas con discapacidad tienen el derecho a un verdadero acceso a la

⁷ Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Córdoba. “B. L. C. s/ Demanda de Limitación a la Capacidad”, Fecha 25 de octubre de 2021, ID SAIJ: FA21160038

⁸ Art. 46 de la ley 27.149

⁹ Art. 120 de la Constitución Nacional que sostiene: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación, y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibles de sus remuneraciones.” Su actuación se encuentra actualmente –desde el año 2015– regulada por la ley 27.149.

justicia y a ser beneficiarias de un debido proceso legal en condiciones de igualdad. El proceso debe identificar y dar una solución a los factores de desigualdad, eliminando o reduciendo los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa de los intereses.¹⁰

El marco normativo brevemente descripto nos parece de suma importancia mencionarlo, por cuanto consideramos que en todos los procesos sobre determinación de la capacidad jurídica y en los controles judiciales de internación (art. 42 del CCN), se encuentran involucrados derechos como la toma de decisiones sin injerencias y la libertad.

La Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad¹¹ y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Allí se incorporan y robustecen en el derecho interno principios como: la autonomía personal, el reconocimiento de la capacidad, la toma de decisiones, la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores, la valorización de ese grupo, su rol en la sociedad y contribución al desarrollo, la dignidad e independencia.

III. El caso en análisis

Los hechos relevantes del caso seleccionado son los siguientes:

Por un lado, una persona (Sr. R), cercana a los 90 años, jubilado y pensionado luego de toda una vida de trabajo, viudo de quien fuera su única cónyuge, la cual falleció en el transcurso de la peor etapa de la pandemia denominada COVID 19.

Por otra parte, tres hijas con las cuales no se evidenciaban conflictos trascendentes durante el desarrollo de la vida familiar, ni ausencia de vínculo.

Al fallecer la cónyuge del Sr. R, el mismo permanece solo en el domicilio familiar donde residió casi toda su vida, inmerso en una gran tristeza lógica a razón de la pérdida afectiva. Poco tiempo después el Sr. R sufre una caída con rotura de cadera.

¹⁰ Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de agosto de 2012.

¹¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

El Sr. R debe ser intervenido quirúrgicamente, frente a lo cual dos de sus hijas le ofrecen ingresar a una institución geriátrica a la espera de la operación y luego su rehabilitación. El Sr. R accede con el convencimiento de que se trataría de una situación provisoria hasta retornar a su vivienda y a su rutina.

Una vez repuesto de la intervención quirúrgica, de su estado de ánimo por la muerte de su esposa y aún con algunas dificultades motrices el Sr. R desea regresar a su vivienda pero le es impedido por dos de sus hijas y por personal del geriátrico. La tercera de sus hijas, que un primer momento también pensó que se trataría de una situación temporal, reclama junto a su padre y con asistencia letrada el egreso inmediato de la institución para adultos mayores e incluso ofrece hospedarlo en su hogar con los cuidados necesarios. Ínterin, el Sr. R es despojado de sus ingresos económicos, algunos bienes y pertenencias. Allí comienza un arduo pleito en el cual intervino la defensa pública.

¿Cómo llega el caso al sistema judicial y en particular a la defensa pública?

No conformes con la privación de la libertad del Sr. R, dos de sus hijas fueron por más y promovieron con asistencia letrada un proceso judicial tendiente que se declare la incapacidad de su padre y las mismas sean designadas curadoras para representarlo, sustituyendo así su voluntad. La presentación hacía referencia a términos erradicados en materia de discapacidad y a normativa derogada sobre la temática. La prueba ofrecida fue confeccionada por profesionales de la salud del mismo geriátrico que impedía el egreso del Sr. R. Asimismo, la letrada patrocinante nunca había mantenido contacto con aquella persona -el Sr. R-, a quien pretendía incapacitar de forma absoluta siguiendo el deseo de sus patrocinadas.

Un dato no menor consistía en que una de las hijas era trabajadora del geriátrico en cuestión.

Como punto aparte, consideramos que los/las operadores del sistema de justicia, más aún magistrados/as y funcionarios/as, debemos activar aquellos resortes previstos cuando advertimos con claridad malas prácticas por parte de los/as abogados/as que litigan. Corresponde que los regímenes disciplinarios no sólo funcionen como contralor en el ámbito público (como por ejemplo el Poder Judicial y el Ministerio Público), situación por cierta muy habitual, visible y en ocasiones mediáticas, sino también para la actuación privada si la misma deriva en daños insalvables que afectan derechos humanos.

Retomando, fue así como a raíz de la promoción del proceso sobre determinación de la capacidad, se designó en el auto de apertura a prueba a un Defensor Público Curador para que ejerza la defensa técnica del Sr. R¹².

Dentro del mismo proceso, debieron solicitarse medidas tendientes a que sus hijas cesen en el hostigamiento, perturbación, amenazas e intimidación hacia el Sr. R, bajo apercibimiento de dar intervención al fuero penal.

Como primera medida para ejercer una defensa eficaz, se tomó contacto personal con el Sr. R. Él mismo pudo relatar de manera enfática y clara su deseo de obtener el alta de la residencia para adultos mayores y vivir en su domicilio o en el de una de sus hijas que había ofrecido esa opción.

La escucha inicial atenta, sin condicionamientos de tiempo ni de otra índole y habitualmente acompañada de un equipo técnico u otros/as colaboradores/as, constituye el primer acto de defensa irremplazable, a partir del cual luego se desarrollará la línea completa de defensa. Es el puntapié para una estrategia seria que respete la voluntad del/la asistido/a.

Producida la prueba compuesta por pericias aportadas por las distintas partes, es indispensable destacar las conclusiones de la pericia oficial llevada a cabo por el Cuerpo Médico Forense en el caso. Allí concluyeron que: *“En relación a la evaluación de autonomía las expertas manifestaron que el Sr. R. para las cuestiones: de higiene: autónoma con ayuda. Alimentación: autónoma, asistido en la preparación. Habilidades ejecutivas: Fallas esperables acorde a la edad. Traslado y movilización por la vía pública: en silla de ruedas. Administración de dinero: autonomía, conoce el valor del dinero, es asistido para los cobros mensuales. Habla: conservada. Control de esfínteres: conservado. En correlación con el examen mental, los/as profesionales informaron: “Al examen psíquico remoto se presenta activo y con actitud de confianza. Se constata que aparenta estar correctamente vestido y aseado. Su estado de conciencia es vigil. Colaborador con el encuadre de evaluación propuesto. Se encuentra orientado tanto auto como alopsíquicamente. Lenguaje conservado y comprensible. Presenta conciencia de situación autobiográfica. Su atención es estable, logrando mantenerla durante toda la entrevista, con cierta latencia de respuesta. La sensopercepción no presenta trastornos actualmente. A la exploración de la memoria se advierte que la misma se encuentra con fallas leves en la evocación de recuerdos más recientes. Su pensamiento presenta un curso y ritmo conservado, contenido coherente. En la esfera afectiva revela un humor normal y en la volitiva,*

¹² Art.46 de la ley 27.148, art. 628 del CPCCN, y art. 36 del Cod. Civ. y Com. de la Nación.

denota cierto defecto de la voluntad. Juicio normal. Sueño normal. Resto de hábitos conservados.”

Es decir que nos encontramos, ni más ni menos, frente a una persona de avanzada edad con los acontecimientos psíquicos y físicos propios de la vejez que en modo alguno alteran o afectan el ejercicio de su capacidad.

La ancianidad constituye un grupo en constante crecimiento debido a la mayor expectativa de vida, que ha adquirido el reconocimiento de derechos de raigambre constitucional, los cuales deben ser observados por la sociedad entera. Su protección es superior al de otros colectivos.¹³

El Estado en todos sus niveles y formas, ocupa un rol crucial en el resguardo de esos derechos y debe mantener una conducta activa que implique educar a las distintas generaciones, ocasionando conciencia proactiva en las mismas.

Son muchas las naciones, colectividades, comunidades, pueblos originarios, y religiones que, desde tiempos muy lejanos, practican un respeto y protección hacia los individuos más añosos. La ancianidad, muchas veces, es equiparada a sabiduría. Los miembros más jóvenes aprenden de aquellos más viejos y pregonan un respeto casi sagrado, razón por la cual son extremadamente cuidados. Se trata de una devolución a lo que en el pasado fue una situación inversa –los actuales ancianos en su juventud protegieron a los jóvenes-. La situación de vulnerabilidad gira y una considerable mayoría de ancianos queda inmersa en esa frágil condición.

Esas culturas diversas con un punto coincidente, pueden haber sido la base para que algunas de las sociedades modernas legislen bajo esa premisa y de ese modo se expandan los derechos fundamentales del colectivo en cuestión que merece una especial protección.

Es un imperativo que los Estados motiven y materialicen con actos concretos y efectivos el tan necesario cambio cultural hacia la protección de las personas adultas mayores y ancianas. El rol de la Justicia como uno de los poderes del Estado también es responsable de alentar esa modificación cultural de la sociedad por intermedio de sus sentencias. En especial, focalizándose en el acceso a la justicia de la población más longeva. Por su parte, los Poderes Legislativos, en sus distintos niveles, son protagonistas al legislar en la materia y estar a la vanguardia de los estándares más elevados en materia de derechos para la vejez.

¹³ Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

Sobre el tema, la experta María Isolina Dabove afirma: “*que el derecho de la vejez, denominado también derecho de la ancianidad es una nueva especialidad transversal destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 años de edad en adelante, en el derecho interno, regional e internacional. Este derecho se propone también el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o abusos que puedan padecer estos sujetos, por el hecho de ser “viejos” pero, además, aborda el análisis de las herramientas jurídicas que permiten legítimamente la intervención y restitución de la autonomía, la libertad, la igualdad, la participación o la dignidad dañada en el caso.*”¹⁴

Por su parte, el especialista Alejandro Rabino sostiene que la ratificación de la ley 27.360, constituye en la actualidad la culminación de todo un complejo movimiento que visibiliza a los adultos mayores como sujetos de derechos y de búsqueda de una mayor protección de sus derechos, así como también se instituye en un instrumento que representa el punto de partida de un proceso de reformas normativas e institucionales orientadas a que este nuevo enfoque termine impactando en la realidad y la vida de las personas mayores.¹⁵

En contraposición, existen sociedades en las cuales la vejez es despreciada. Se la considera un estadio de la vida inevitable que se niega y al cual se lo ignora. La persona de avanzada edad resulta una carga en diversas formas (económica, familiar, física, material, etc...).

Día tras día observamos esa situación en nuestra realidad cotidiana. Las distintas actitudes y acciones hacia los ancianos por parte de su familia generan una vulneración de sus derechos más esenciales y, como consecuencia, un desplazamiento de la persona del seno familiar y comunitario, quedando su vida asociada solamente a la enfermedad y a la soledad.

Esto conlleva a una vulneración¹⁶ inadmisibles de derechos elementales, ya no solo protegidos en la legislación especial de vejez, sino en otros instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos

¹⁴ DABOVE, María Isolina y Barbero, D. O., *Igualdad y discriminación en los actos de autoprotección. Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables*. Revista del Instituto de Derecho e Integración, Bs. As., Año 2009, págs. 13-46

¹⁵ ROBINO, Alejandro D., *Análisis de la ley 27360. Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, Junio 2018, p. 397.

¹⁶ Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad enuncia, además de la edad y la discapacidad, como posibles causas de vulnerabilidad las circunstancias sociales, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla 4).

Las conductas, ya sean por acción u omisión, por parte de la familia o referentes de la persona adulta mayor pueden llegar a los extremos de crueles y degradantes. En cuantiosos casos, vemos también que existe maltrato¹⁷. Ese maltrato, aunque en modo alguno podría ser un justificativo, muchas veces reviste una especie de represalia con el comportamiento que en el pasado tuvo la persona que ahora se tornó añosa.

Además, corresponde tener especial consideración que la persona de edad avanzada en cuestión pertenece a un grupo vulnerable. Por lo que la intervención del Ministerio Público de la Defensa es protagónica. La vulnerabilidad, más allá de su definición técnica, implica debilidad y fragilidad de una especie, persona, grupo o comunidad, asociándose además a su indefensión o desprotección ante un riesgo o daño cierto o potencial.

En referencia a lo anterior, podemos hacer mención del caso “*Poblete Vilches y otros vs. Chile*”¹⁸. En el mismo, la CIDH, entendió que: “*las personas mayores son sujetos protección en virtud de su vulnerabilidad. Sin embargo, los factores de riesgo que hacen más vulnerables a los adultos mayores son: vivir en regiones deprimidas económica, social y geográficamente aisladas, no contar con acompañamiento de una persona para su cuidado...*”.

IV. Claro ejemplo de lo descripto es el caso en análisis

Volviendo al caso que se analiza, como vemos en los hechos, estamos en presencia de una persona mayor cercana a los noventa años que representa una carga para sus hijas, quintándole el goce de los derechos más elementales de los cuales es titular sin duda alguna. Ello, al punto extremo de actuar contra su voluntad manifiesta, privándolo de su libertad, además de sus bienes materiales. Ahora bien, en los informes que surgen de la causa utilizada como referencia de tantas otras similares, no se vislumbró en ningún momento que el Sr. R. posea algún tipo de discapacidad cognitiva/psíquica que amerite restricción judicial alguna. Tampoco se evidenció un padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o

¹⁷ El maltrato a los adultos mayores es una de las aristas que tiene la violencia familiar y requiere un tratamiento legal específico. Es por ello que la Ley 5420 da una serie de definiciones, tal como que se entiende por “adulto mayor” y por abuso o maltrato a los adultos mayores.

¹⁸ Corte IDH, “*Poblete Vilches y otros vs. Chile*”. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

prolongada de cierta entidad que amerite la restricción al ejercicio de ningún acto.¹⁹ El defendido se encuentra en una situación psíquica y física propia de su avanzada edad (incluso notablemente mejor a gran parte de la población a esa misma edad o menor), y de ningún modo puede asociarse la vejez con un proceso judicial de restricción al ejercicio de la capacidad. De ser así, todos los adultos mayores precisarían una sentencia restrictiva, lo cual es un sin sentido que no resiste el menor análisis.

Cabe citar la siguiente jurisprudencia que se utilizó en los argumentos de la defensa del Sr. R.

El Sr. R. es visto por la jurisprudencia y doctrina como un sujeto prevalente de derecho, condición que nuestra Corte Suprema de Justicia ya había señalado: *“... interpretando la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, [la Corte Suprema] ha consagrado como ‘sujetos de preferente tutela constitucional’ a... las personas de edad avanzada... por aplicación de los arts. 41, 42, 75, incs. 22 y 23, del texto constitucional reformado en 1994. El reconocimiento de sujetos de derecho prevalentes o de ‘preferente tutela’ lleva a admitir la existencia de derechos subjetivos ‘diferenciados’, ya que el mismo texto constitucional impone una norma desigual en beneficio de aquellas personas que el derecho considera necesitados de una mayor protección específica”*.²⁰

*“Con seguridad, el sometimiento de la nombrada a una exhaustiva batería de tests neurocognitivos arrojará algún tipo de deterioro propio de cualquier persona de edad, mas ello en modo alguno significa que existan problemáticas vinculadas con la salud mental; mucho menos que se trate de una situación que demande la protección por parte de la ley y del aparato jurisdiccional por verificarse la existencia de riesgo para sí o para terceros”*²¹.

Resulta fundamental un abordaje basado en el modelo social. Este implica que *“la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus de-*

¹⁹ Art. 32 del Código Civil y Comercial Nacional. Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes

²⁰ CSJN, “Vizzotty” y “Aquino”, Fallos: 327:3677 (2004) y 327:3753 (2004).

²¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 92, Capital Federal, CABA, “S. L., s/Determinación de la capacidad” 18/03/2021. Consultado en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/256/000097256.pdf>

rechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas... ”²²

Las consecuencias que puedan derivarse de la vejez²³, en especial, sus limitaciones en sus distintas formas deben ser rigurosamente atendidas desde la óptica anteriormente descripta.

No cabe duda de que en el caso se evidencia maltrato hacia el adulto mayor en diferentes formas (psicológica, económica, física). Al respecto, podemos encontrar que el art. 3 de la ley 5420 entiende “*por abuso o maltrato a los adultos mayores a toda acción u omisión que provoque un daño a los mismos, sea esta intencional o consecuencia de un obrar negligente y que atente contra su bienestar general, vulnerando derechos*”.

Tanto del caso en estudio, como de tantos otros en los cuales están involucradas personas de avanzada edad y en los que interviene la defensa pública, se desprende con certeza que la vulneración a los derechos de ese grupo de la sociedad no es propia de ninguna clase social, sino que atraviesa a todos los estratos. Situaciones similares suceden con personas con discapacidad, independientemente de su edad. Aquí nos encontramos frente al Sr. R titular de cierto patrimonio, lo cual podría constituir el móvil del accionar de sus hijas con una finalidad económica. Sin embargo, en otras causas se han detectado patrones de conductas similares en desmedro de personas con ausencia de patrimonio y/o beneficiarias de recursos previsionales y/o asistenciales escasos.

Uno de los factores que integraron el maltrato del defendido fue la afectación de su libertad al ser institucionalizado bajo una excusa falaz y luego desoído en lo relativo a su deseo de ser externado, incluso privándolo de salidas recreativas.

Allí se abre el interrogante acerca de qué hubiese sucedido si quienes intervinieron al Sr. R. no hubiesen promovido el proceso de restricción a su capacidad, oportunidad en la cual recién se pudo visibilizar esa situación extrema.

El Ministerio Público de la Defensa actúa (de conformidad con la legislación vigente y las resoluciones reglamentarias) en aquellos casos en los cuales las per-

²² Corte IDH del 28/11/2012, Serie C, N° 257, párr. 291.

²³ Desde hace poco tiempo, se viene utilizando término “derecho de la vejez” como una nueva especialidad transversal, ligada a este fenómeno demográfico y social, que es el envejecimiento global y multigeneracional. Está destinada al estudio de las PM, su integridad jurídica, capacidad, autonomía, libertad, y el goce y ejercicio de los DH, en un marco de inclusión y participación social, en el derecho interno, regional e internacional. DABOVE, María Isolina (Dir.). Derechos Humanos de las personas mayores, Astrea, 2017, 2° Ed.)

sonas cursan internaciones involuntarias por razones de salud mental²⁴. En esos supuestos se ejerce una defensa proactiva, inmediata y especializada. Sin embargo, nuestra opinión es que existe una asignatura pendiente en lo que respecta a los/as adultos/as mayores y ancianos/as que son institucionalizados/as sin un consentimiento pleno y que, además, no cuentan con un proceso relativo a su capacidad en cual intervenga la defensa pública como garantía del cumplimiento de sus derechos.

Para finalizar el análisis del caso, contamos que luego de una intensa actuación el Sr. R. pudo egresar de la institución en la cual se sentía privado de su libertad, vivir junto a una de sus hijas, al mismo que tiempo que se logró el rechazo la pretensión inherente a que restrinja el ejercicio de su capacidad. Por su parte, la defensa pública solicitó la regulación de honorarios para el MPD con cargo de que sean abonados por las hijas denunciantes, siendo resuelto de manera favorable.

V. Conclusiones

De lo expuesto en el presente, en especial del caso descripto, creemos que con nuestro trabajo podemos aportar a que se concreten cambios notables de manera progresiva.

Desde nuestra posición de garantes de la defensa pública y del respeto al cumplimiento de los derechos elementales de los/as más vulnerables y de las minorías, intentamos que quienes puedan interesarse por este material acompañen el análisis aportado y puedan implementar ciertas prácticas en aquellos asuntos judiciales o extrajudiciales en los que se encuentren comprometidos los derechos de personas adultas mayores y ancianas.

²⁴ La “Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657” tiene como objetivo brindar este servicio de defensa técnica para personas mayores de edad, que no se encuentren bajo proceso de determinación del ejercicio de su capacidad jurídica, internadas en forma involuntaria por razones de salud mental, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Con la creación de la Unidad se apunta a garantizar a las personas el goce de sus derechos mientras dure la internación, así como la inmediatez en la cobertura del servicio mediante el contacto rápido y directo con la situación, materializando el derecho a ser oído y el acceso a la justicia de estas personas en especial situación de vulnerabilidad.

Bibliografía

- DABOVE, María Isolina, *De los derechos humanos al derecho de la vejez: acceso a la justicia y protección internacional*, en Dabove, M.I. (dir.). Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2015, págs. 9-43.
- DABOVE, María Isolina, *Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque jurídico de los viejismos*. Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 6 - N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre), págs. 125-180
- DABOVE, María Isolina (Dir.), *Derechos Humanos de las personas mayores*, Astrea, 2017, 2° Ed.
- DABOVE, María Isolina, *Derecho de la Vejez, Fundamentos y alcances*, Astrea, 2021,
- DABOVE, María Isolina, *En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas*, “consultado en...” <http://www.lexis-nexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=8846&tipo=2>
- DABOVE, María Isolina y Barbero, D. O., *Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección. Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables*. Revista del Instituto de Derecho e Integración, Bs. As., Año 2009, págs. 13-46
- DABOVE, María Isolina, *Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque jurídico de los viejismos*, Revista Derechos en Acción; Universidad Nacional de La Plata, Año: 2021 vol. 20 p. 111 – 129. Consultado en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/12837>
- IULIANO, Rodolfo (Coord.) *Vejez y envejecimiento. Aportes para la investigación y la intervención con adultos mayores desde las ciencias sociales, la psicología y la educación*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Año 2009 (Andamios; 6. Serie Perspectivas). Consultado en: [<https://www.libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/152>]
- TOLEDO, Ángel Moreno. “Viejismo (Ageism) Percepcion de la población acerca de la tercera edad: estereotipos, actitudes e implicaciones sociales” Revista «Poíesis». FUNLAM. N° 19 – junio de 2010. Consultado en: [<http://www.funlam.edu.co/poiesis>].

- DISCRIMINACIÓN POR EDAD, VEJEZ, ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS. Edición Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación. Disponible en: [<https://www.conabip.gob.ar/sites/default/files/Discriminacion-por-Edad-Vejez-Estereotipos-y-Prejuicios%20PARA%20CLASE%201.pdf>]
- ONU: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), (2008). *Folleto informativo N°33: Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Consultado en:
 - https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf
- OEA: Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores. Consultado en: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A70_derechos_humanos_personas_mayores.asp]
- ONU. Asamblea General. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Resolución aprobada por la Asamblea General, 18 de Marzo de 2008, A/RES/62/170. Consultado en: <https://www.refworld.org/es/docid/47e1275f2.html>
- ONU. Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Año 2018. Consultado en:
 - <https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/LEGISLACION/Observacin%20General%20No.%201.pdf>
- Ley 26.657. Ley Nacional de Salud Mental. Publicada en el Boletín Oficial, 28 de diciembre de 2006. Argentina. Decreto Reglamentario 603/2013.
 - Ley 5420 (CABA)
- Código Civil y Comercial de la Nación, Consultado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Dossier Estadístico de las Personas de Edad. INDEC. Consultado en: [<https://www.algec.org/wp-content/uploads/2021/10/Dossier-estadistico-personas-de-edad-2021.pdf>]

Jurisprudencia nacional

- Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Córdoba, B. L. C. s/ Demanda de Limitación a la Capacidad, 25 de Octubre de 2021 Publicada en SAIJ: FA21160038. Consultado en: [<http://www.saij.gov.ar/juzgado-civil-comercial-conciliacion-familia-local-cordoba—demanda-limitacion-capacidad-fa21160038-2021-10-25/123456789-830-0611-2ots-eupmocsollaf?>]
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral. Curuzú Cuatía, Corrientes, R.G.E s/ restricción de la capacidad, 9 de agosto de 2019. Publicada en SAIJ: FA19210004. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-laboral-local-corrientes—restriccion-capacidad-fa19210004-2019-08-09/123456789-400-0129-1ots-eupmocsollaf>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 84, Capital Federal, CABA, “R, J. C. s/Determinación de la capacidad” 18/03/2021. Publicado en: <https://www.diariojudicial.com/nota/92229>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 92, Capital Federal, CABA, “S. L., s/Determinación de la capacidad” 18/03/2021. Publicado en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/256/000097256.pdf>

Jurisprudencia internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlán y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C No 246.

DISCAPACIDAD

Discapacidad. El ser humano como valor principal y centro de atención. La singularidad de la persona

Mariano Gabriel Galetta*

I. Introducción

Hace décadas, venimos adoptando como sociedad un pensamiento amplio de derechos humanos, pensados en una concepción general y universal, a la vez que de a poco vamos construyendo y extendiendo el horizonte hacia los más vulnerables, los excluidos, aquellos con capacidades diferentes, cuyo colectivo minoritario comienzan a disfrutar un sentido de pertenencia, visualizándose, adquiriendo igualdad de derechos como una unidad real poblacional, donde la dignidad humana se reafirma en los principios de no discriminación, inclusión y oportunidad, partiéndose de un piso como estándar mínimo del que no tiene techo, intentándose un verdadero equilibrio entre la calidad de vida y derechos de todas y todos, abriendo caminos a las personas con “*discapacidades*”, es decir, con diferentes capacidades.

Y esta construcción que nos pertenece y compromete a la sociedad en su conjunto encuentra su razón de ser en una búsqueda constante de modelos basados en la inclusión como derivación directa en la integración de aquellas personas con diferentes capacidades que por su especificidad requieren de mayores habilidades psicosociales para desarrollarse en plenitud, es decir, se trata, ni más ni menos de empatizar, comprender, generar oportunidades, de habituarlas.

Y ese camino al que vengo haciendo referencia se ve reflejado por distintas organizaciones, secretarías y ministerios que van dictando y creando acciones positivas en pos de hacer efectivo ese derecho fundamental igualitario e inclusivo. Así, podemos destacar desde el otorgamiento de pensiones no contributivas o tratamientos multidisciplinarios hasta la reciente propuesta de la provincia cuyana de Mendoza, que acaba de inaugurar el primer espacio “categoría tipo A”, medida

* Defensor Público Oficial ante TOCF Tucumán.

formalizada por Resolución 70/2023 de la Agencia Nacional de Discapacidad, que pone en marcha un hogar modelo para personas con discapacidad, destinado al abordaje de todas las demandas a partir del trabajo interdisciplinario, hogar familiar y permanente como así también de seguimiento y apoyo necesarios de equipos de salud, permitiendo avanzar sobre logros personales y grupales, desde un diseño pensado en potenciar habilidades y destacar capacidades.

II. Breve introducción. Marco normativo. Principios rectores. Objetivos e interpretación de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad. Corte Interamericana de DDHH

Mucha agua ha pasado bajo el puente, desde la creación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), en adelante CDPD, cuyos principios generales se enmarcaron desde sus orígenes en *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; así como la igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”*, texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su Sede en Nueva York, aprobado por la Asamblea General, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008. Cabe recordar que la CDPD fue aprobada mediante la Ley 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio de 2008.

Así dentro del sistema Interamericano se destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), que establece -Artículo XVI- Los derechos a la seguridad social: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”*

En dicha línea el Protocolo de San Salvador. *“Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*, (PDESC): donde se ratificó la Protección de los Minusválidos: *“Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a re-*

cibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial: a. Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d. Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.”.

En dicha dirección debemos resaltar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -Aprobada en 1999-, (CIADDIS), que en su preámbulo establece: “*REAFIRMANDO que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano...*”. Por su parte la presente Convención, define el término en su art. 1. Así establece: “*Para los efectos de la presente Convención, “Discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.*

Los objetivos primordiales trazados por la Convención quedaron enmarcados entonces en “*la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.*”.

A través de dichos estandartes, se expidió luego la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016) -OEA- en la cual se reafirmaron tales derechos mediante los AG/DEC. 50 (XXXVI-O/06), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006, resolución que se adoptó bajo el lema: ‘*Igualdad, Dignidad y Participación*’, con los objetivos de lograr el reconocimiento y el ejercicio pleno de los de-

rechos y la dignidad de las personas con discapacidad y su derecho a participar plenamente en la vida económica, social, cultural y política y en el desarrollo de sus sociedades, sin discriminación y en pie de igualdad con los demás.

En cuanto a la jurisprudencia interamericana me interesa resaltar el caso “Furlan vs. Argentina” Corte IDH, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31/08/2012, p. 133, con cita de la Observación General N° 9 del Comité sobre los Derechos del Niño. Los derechos de los niños con discapacidad. 27/02/2007, CRC/C/GC/9, p. 5, 37 y 39; Asamblea General de la ONU, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, GA/RES/48/96, 04/03/1994, Cuadragésimo octavo período de sesiones, p. 3; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación, por cuanto se reafirma:*

1) Definición del término “Discapacidad”: “...LA CIADDIS define el término ‘discapacidad’ como ‘una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social’. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad ‘incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás’”.

2) Un modelo social. Se tiene en cuenta para abordar la discapacidad. “...la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.”

3) Se establece una mirada como Persona en situación de vulnerabilidad. Titular de una protección especial; Priorización en atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades: “...la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte

del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [...] el Tribunal considera que en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos.”

4) Se fijan la Adopción de medidas positivas por parte de los Estados. Debido acceso a la justicia: “...No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, entre ellas, igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad; Adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole. Debido acceso a la justicia...”. “...El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras. Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación.”

Sin embargo, todas estas declaraciones de derechos y construcción desde la jurisprudencia no podrían prosperar a esta altura, si no son abordadas desde una “mirada singular”, empatizando con aquellas personas que poseen deficiencias físicas, mentales, viscerales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y que, al interactuar con diversas barreras, se ven impedidas en su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Y esta idea centralizadora de una visualización única, muchas veces desapercibida por los operadores de sistema en todo ámbito de actuación, encuentra sus bases desde un abordamiento basado en la persona, en el otro/a y en el reconocimiento, aceptación y normalización de sus capacidades, constituyendo un sistema de ideas y realizaciones cuyos componentes esenciales e imprescindibles sean los seres humanos como valor principal y centro de atención de cualquier idea o acción, tendiente a establecer una mejor calidad de vida de acuerdo a esas aptitudes.

Coexiste en la actualidad miradas y tendencias que ofrecen variadas explicaciones y abordajes de los comportamientos a seguir respecto de las personas con discapacidad, pero llevados a la práctica encuentran barreras a la hora de centralizarse en “*la persona*” y no en “un tratamiento”, que a su vez incrementan su dificultad cuando de desarrollo de potencialidades humanas basadas en el sentido de la propia existencia se trata.

Esta visualización singular de lo humano, es esencial a tener en cuenta para que la personas sean identificadas como tal y como son, desapoderándonos del sentido de “cómo queremos que sean”, dado que las personas diferentes dejarían de ser distintas de los demás, pues al fin y al cabo todos y todas somos diferentes y bajo este anhelo lógico, el concepto de discapacidad tradicional desaparecería y por tal la estigmatización y etiquetamiento, abriendo espacios en referencia a una nueva valoración de las capacidades distintas.

Concentrándonos en este enfoque, quiero detenerme en aquellas personas que poseen condiciones diferentes denominadas “*invisibles*”, o sea, las que no pueden percibirse a “*simple vista*” o mejor dicho que por diversas circunstancias “*no son evidentes*”, y que pasan inadvertidas por romper el esquema literal o visual de la discapacidad, por lo tanto padecen un agregado a sus capacidades con barreras que a menudo, implican un límite sobre el reconocimiento de constructos sociales establecidos y los excluye de toda posibilidad de socializar, ser distinto no es sinónimo de no encajar.

III. Discapacidades invisibles. La inclusión como principio y la integración como fin. El enfoque centrado en la persona y no en una *etiqueta*

Para adentrarnos en el desarrollo del rumbo pretendido no podemos pasar por alto el concepto del término Discapacidad y los objetivos que fueron trazados a

sus fines, los cuales aparecieron en sus albores desde una concepción supralegal, pero desde una perspectiva social e inclusiva prescindiéndose de la singularidad de la persona.

Ahora bien, tomando como referencia el concepto de “*Discapacidad*” fijado normativamente, parecería sencillo distinguir cuándo estamos frente a una persona con una capacidad diferente o, mejor dicho, cuándo su condición especial es visible, para ello tomemos como ejemplo básico el símbolo universal que refleja en una persona con movilidad reducida (*silla de ruedas*), centrándonos en sentido figurado, literal y exclusivo, pero justamente hoy, se replantea dicho significado ya que su interpretación es mucho más abarcativa: “*por ausencia de verdadera autonomía*”.

Sin embargo, debido a prejuicios, sea por desinformación, desinterés o falta de empatía, se pierde de vista un colectivo de personas con discapacidades tales como “*viscerales, sensoriales o mentales*”, es decir, aquellas que no se ven, hablamos de aquellas que hacen referencia a las deficiencias en las funciones y estructuras corporales que implican restricciones físicas, psicológicas o mentales, no relacionadas con el sistema locomotor, asociadas a limitaciones que presentan los individuos al realizar una tarea o acción en un entorno. Aquí comienza a plantearse un problema de difícil pero de temprana apreciación, lo cual por defecto no sabemos cómo empatizar y debido a que los seres humanos somos por naturaleza sociables, donde debemos pertenecer, queda expuesto que si no encaja se excluye.

Para comprender, el sentido de lo que vengo direccionando, hablo por ejemplo de la discapacidad auditiva, algunas lesiones cerebrales como la -Afasia-, las psico/sociales, de algunos trastornos de salud mental o dolor crónico o aquellas definidas más recientemente como “*neurodiversidad, neurodivergencia o neuro atípicas*”, entre ellas podemos encontrar individuos con autismo, dislexia, TDAH, síndrome de Tourette, disgrafía, etc., las cuales describen las diferencias dentro del funcionamiento del cerebro de las personas, y que de acuerdo a sus bases, construyen una diferente manera de expresarse, relacionarse e interactuar en la sociedad, es decir, algunas más que otras imperceptibles desde el punto de vista literal, ya que quienes la manifiestan como estructura, no dan muestra de sus diferentes capacidades sino de una forma diversa, y aquí lo difícil, es encontrar un móvil o mecanismo social para no etiquetarlas y posibilitar conductas adaptativas para mantener un equilibrio entre la masa social y aquel/la diferente, permitiéndoles “*ser*” y no sólo “*pertenecer*”, lo que amerita un llamado de atención para

acompañar desde un intercambio integrativo más que inclusivo, naturalizando las diferencias, sin encasillar dichas condiciones.

La diferencia a mi juicio entre “inclusivo” -como lo establece la CDPC- e “integrativo” es notoria y desde un punto de vista semántico pareciera utilizarse por igual.

Así, mientras que la “*inclusión*” plantea el reconocimiento y valoración de la diversidad como un derecho humano, lo cual sitúa sus objetivos como prioritarios a todo nivel, la “*integración*” se basa en la normalización de vida de las personas con necesidades y habilidades especiales.

Dicho de otra manera “integrar” es abarcativo de “*hacer que alguien pase a formar parte de un todo*” o también “*completar un todo con partes que faltan*”, sin embargo, “incluir” es simplemente “*poner alguien o algo dentro de una cosa o un conjunto, o dentro de sus límites*”.

Entiendo que, de acuerdo con estos conceptos, nos debemos replantear la mirada de lo inclusivo -*como termino parcelario*- para dar sustento real a lo integrativo -*normativizando al otro como parte*-. Queda claro que, a diferencia de la integración, la inclusión busca que todas las personas participemos y compartamos los mismos ámbitos, es decir, si sólo nos concentramos en incluir, nos estaríamos centrandos en el individuo, pero poniéndose énfasis en el ambiente y, contrariamente, eso es lo que debe adaptarse a las personas con habilidades especiales.

En esta idea juega un rol preponderante la mirada ajena de quienes poseen una diferencia, de las personas que no encajan por padecer una condición o rasgo propio ajeno a la masa, donde en algunas funciones suelen ser muy incompatibles y distan de ser naturalizadas por los demás. De allí que se desprende como relevante la importancia de integrar, ya que el ser humano trae innato la necesidad social de pertenecer, de encajar, de ahí que hoy se habla de la necesidad de convivir con las diferencias o con la diversidad y no sólo de incluir.

Y bajo esta premisa los invito a pensar, ¿estamos capacitados los denominados “típicos” para compatibilizar con los que son “diferentes”?, creo oportuno resaltar la enorme dificultad que poseemos para darnos cuenta y ante la mínima duda de lo diferente conviene excluir. Entonces qué pueden modificar aquellos/as quienes decimos ser “normales”, para que el otro “diferente” se sienta bien, desde esta perspectiva estaríamos naturalizando la diversidad, las diferencias, empatizando, conviviendo con la persona, estableciendo un vínculo, valores, pero no

desde un lugar vertical, *es decir*, sin quitarles ese valor. En la medida que valide-mos al otro/a estamos utilizando nuestros propios recursos para convivir, para naturalizar o para integrar. Lo primero sería reconocer, no esconder, negar, para luego alcanzar una aceptación y lograr un verdadero acercamiento. Se trata de comprender al otro/a como persona en un todo, como sujetos de derecho con sus condiciones y capacidades diferentes, no desde una patología, diagnóstico o eti-queta de persona con discapacidad, a fin de que todos/as puedan tener sus propias elecciones, decidir sus recursos, vinculándose con el otro/a no excluyéndose, siendo empático consigo mismo, no disimulando su diferencia, sino siendo au-téntico, habituando y siendo aceptado, perteneciendo, creando hábitos, dando una verdadera oportunidad que permita visibilizar sin presión de pertenecer sea como fuere.

Solo con aptitudes, sin barreras, mayor información y constancia se puede desplegar potencialidades que permitan convalidar esas capacidades diferentes con procesos posibles y medidas positivas en sociedad, estableciéndose un con-cepto de integración basado en la normalización en la vida cotidiana de aquellas necesidades, para así integrar, con fundamento en el reconocimiento y valoración de la diversidad como derecho humano, lo cual permitiría situar esos objetivos como prioritarios a todo nivel.

IV. A modo de conclusión. La singularidad de la persona y la integración como presupuesto de no discriminación

El término “*discapacidad*” debe ser entendido desde la integración en torno a la amplitud de capacidades diferentes de la persona, y desde la singularidad humana, partiendo como estándares de la integración, compatibilidad, habitualidad y na-turalidad.

La condición de persona con algún tipo de vulnerabilidad (visibles y no vi-sibles), deben ser atendidas desde su conocimiento como capacidades integrantes de las estructuras sociales, entendiéndose así un verdadero derecho de inclusión y no discriminación, con un reconocimiento en sí mismo y grupo social al que pertenecen en su contexto conglobante. En esa dirección, la integración requerirá que las mayorías, es decir, la gente “normal” supere la discapacidad que les impide dejar atrás prejuicios y conceptos vetustos y estigmatizantes que a la vez etiquetan

y excluyen. La discapacidad sería entonces la inhabilidad como sociedad para ser empático con las personas diferentes capacitadas. Todos y todas pertenecemos a la misma especie, no hay dos formas ni cerebros iguales, por lo que coexisten entre las personas *discapacidades* que deben ser normalizadas para una construcción integradora de la sociedad en su conjunto.

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

La defensa pública en el laberinto del sistema penal juvenil

Damián R. Muñoz*

1. A modo de introducción

Constituye un verdadero lugar común sostener que la *cuestión del delito adolescente* configura un campo social, jurídico e ideológico atravesado por diversas pujas que, invariablemente, impactan en la gestión de la intervención punitiva. Esas pujas o tensiones que siempre operan en contextos históricos y sociales concretos condicionan la labor de los/las operadores/as judiciales que intervenimos en el enjuiciamiento penal de adolescentes.

Y es precisamente en ese marco en el que, de manera cotidiana, la defensa pública especializada en adolescentes litiga -muchas a veces a tientas- en un laberinto de normas, prácticas y jurisprudencia, por el que se entra y se sale de distintos modos y con distinta suerte.

Un laberinto construido sobre una contradicción, a esta altura, demasiado prolongada, entre una normativa por demás deficitaria (ley nro. 22.278) y un marco constitucional inmejorable como lo es la Convención sobre los Derechos del Niños (en adelante CDN).

Y desde hace tiempo, los/as operadores/as que trabajamos en este laberinto del fuero especializado descubrimos (y aprendimos tropiezo a tropiezo) que, por el momento, una de las formas de afrontarlo es mediante la búsqueda permanente de nuevos y mejores argumentos que, por un lado, maximicen la erosión de la aplicación de la ley n° 22.278 (“*régimen penal de la minoridad*”) y, por el otro, refuercen la efectividad de los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia adolescente.

* Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores de la CABA y Cotitular de la Comisión de Seguimiento de Niños, Niñas y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación.

Este año se cumplieron once años del dictado de la sentencia en el caso “*Mendoza y otros vs. Argentina*”¹. En este precedente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) determinó que la ley n° 22.278 contiene previsiones incompatibles con los principios y estándares internacionales. Y por eso obligó a nuestro país a que adecue la normativa local conforme dichos estándares y principios. Sin embargo, a diez años, el Estado argentino continúa incumpliendo tal obligación.

Es decir, en la Argentina continuamos imputando, defendiendo, juzgando y condenando adolescentes por la infracción a la ley penal mediante una norma violatoria de la Constitución Nacional. En otras palabras, el Estado –declarado internacionalmente responsable- continúa juzgando a las personas menores de edad a través de una normativa, cuyas deficiencias en punto a las exigencias convencionales sustentan aquella responsabilidad internacional. La complejidad del laberinto es grande.

Desde esta perspectiva la defensa pública especializada debe asumir un compromiso explícito para intentar, en el día a día, mejorar los estándares que se aplican en los casos concretos.

Se trata de ir tensionando la aplicación de la ley nro. 22.278. De establecer una agenda de cuestiones a litigar. Un listado de temas quizás poco ambiciosos pero que, en nuestro contexto, adquieren una relevancia particular.

Es obligación de los/las operadores del fuero especializado, en general, y de la defensa pública en particular propiciar nuevas posibilidades de la realidad normativa. Es nuestra obligación postular creaciones jurídicas que garanticen de mejor modo los derechos de los/as adolescentes.

2. Un punto de partida posible: el *principio de especialidad*

A modo de brújula y en el medio de este laberinto, el *principio de especialidad* adquiere una centralidad de la que se dispara una serie de prescripciones que delimitan los contornos específicos de este proceso.

Se trata de un principio que, de un tiempo a esta parte, fue utilizado -por ejemplo- para la sanción de leyes procesales penales juveniles de diversas provin-

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013.

cias; la redacción de protocolos que regulan la aprehensión y traslados de adolescentes por parte de las fuerzas de seguridad; la creación y/o regulación de dispositivos penales juveniles de privación de libertad; entre otras tantas cuestiones. El campo de aplicación del principio resulta particularmente vasto y posee una innegable y concreta incidencia en la vida de las personas menores de edad imputadas.

El principio de especialidad también ha tenido una trascendental importancia en nuestro país, al momento de analizar, interpretar y aplicar la ley n° 22.278, debido a los serios y graves déficits que dicha norma presenta con los estándares internacionales de la materia. Esto permitió intentar -con mejor o peor suerte- algunas soluciones de compromiso que posibilitaran reducir aquellas incompatibilidades con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Así, por ejemplo, se fue erosionando una aplicación pre CDN del artículo 4°, ley nro. 22.278, y *reinventando* a partir de ciertas interpretaciones en clave convencional la respuesta penal juvenil. Se construyó o se intenta construir una dogmática especializada que fue producto de la intersección del principio de especialidad con la dogmática jurídico-penal clásica.

3. Un *debido proceso específico para el enjuiciamiento penal adolescente*

Como segundo presupuesto y también a modo de brújula, resulta necesario afirmar y definir los contornos de lo que debe ser un *debido proceso reforzado para los/las adolescentes*, cumpliendo la exigencia de establecer especiales mecanismos de protección hacia el colectivo.

Existe un postulado básico y obvio, al que se puede denominar *principio de equiparación más plus de derechos*, que afirma que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos y garantías que los adultos más un plus por su condición de personas en situación de vulnerabilidad por su edad².

² Este principio, insisto, toda una obviedad, ha sido reconocido –entre otros organismos- tanto por la CoIDH como por la CSJN. Así, a modo de ejemplo, vale citar lo expresado por la Corte nacional al expresar que: “Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, **los niños poseen los**

De ahí, entonces, que los/las adolescentes tienen derecho –como estándar mínimo- al *debido proceso* con el alcance de las reglas clásicas –invariablemente referidas a los adultos- más un catálogo de regulaciones específicas propias de los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia.

Ahora listaré un breve repaso, tan sólo ejemplificativo y no taxativo, de las diversas cuestiones centrales que, a mi criterio, deben configurar las exigencias mínimas del *debido proceso adolescente*. Y esto, principalmente, desde una perspectiva convencional, partiendo de la matriz normativa de los arts. 8, 19 y 25, CADH; y 37 y 40, CDN, a la que hace referencia la CoIDH.

a. Principio de trato diferenciado

Una premisa tan básica como obvia. El trato dispensado a los/as adolescentes sometidos/as a un proceso penal jamás podrá ser homologado al que se les brinda a las personas mayores de edad imputadas. Este estándar de diferenciación se debe cristalizar mediante la operatividad del plus de derechos y garantías que posee el colectivo. Y este trato diferenciado jamás podrá encubrir, por vía de los llamados *fraudes de etiquetas*, retaceos de derechos.

b. Principio de especialidad

La exigencia del trato diferenciado impone su formalización. Es decir, un sistema específico que debe regir en todas las fases del proceso penal adolescente. Desde su inicio con la intervención policial hasta el agotamiento de la ejecución de las medidas o sanciones. Siempre la aplicación de este principio estará fundada en la edad del adolescente al momento del hecho, sin perjuicio de la edad alcanzada mientras se sustancie el proceso o, en su caso, se ejecute la sanción.

derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)”, CSJN, “Maldonado”, sentencia del 7 de diciembre de 2005, Fallos, 328:4343.

c. El principio de proporcionalidad específico

Este principio pensado en clave de la especificidad adolescente supone que nunca podrá operar sobre este colectivo la misma regla de proporcionalidad que rige en el derecho de los adultos.

Esto impacta, por ejemplo, en que la respuesta punitiva siempre estará condicionada a la menor culpabilidad que poseen las personas menores de edad.

Esta particular regla de proporcionalidad no sólo rige para la determinación de la respuesta punitiva, también debe operar para la adopción de medidas cautelares, supongan o no la privación de libertad del adolescente, como así también para la determinación del plazo razonable del proceso penal.

d. arbitrariedad de la sanción penal

La privación de libertad de los/las adolescentes se encuentra sujeta a determinados presupuestos, cuya inobservancia genera una causal específica de arbitrariedad. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes reglas mínimas:

- *principio de ultima ratio y de máxima brevedad* de la privación de libertad;
- *principio de delimitación temporal* desde el momento de su imposición;
- *principio de revisión periódica* de la privación de libertad, fundado en la innecesariedad de la continuación de la sanción o, en su caso, de la medida cautelar.

e. Derecho a ser oído y su vinculación con el interés superior del niño

La exigencia de garantizar el derecho a ser oído de la persona menor de edad y que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver la cuestión en litigio (conf. art. 12, CDN) resulta medular en la configuración de un debido proceso adolescente.

f. Exigencia de la motivación específica en normativa especializada

Como derivación lógica y necesaria de los principios de trato diferenciado y especialidad, resulta obvio que todas las cuestiones que involucren a los/las adolescentes y se sustancien en el discurrir del proceso penal deben ser resueltas conforme la normativa especializada. De ahí que, si son resueltas sin fundarlas en el cuerpo normativo específico, se incurre en una causal de arbitrariedad por falta de fundamentación en el derecho especializado.

La puesta en acto del poder punitivo contra una persona menor de edad obliga a que el órgano judicial como los diversos operadores del proceso planteen, litiguen y resuelvan conforme a la normativa específica, quedando de este modo obturado todo *diálogo litigioso* que omita el *idioma jurídico adolescente*.

g. derecho al recurso amplio y flexible contra toda decisión que afecte al adolescente

De manera análoga a lo señalado en el punto anterior, tampoco en este tema pueden ser aplicables a los/las adolescentes las limitaciones propias del régimen recursivo de los adultos.

La CDN establece el derecho del/la adolescente que ha sido declarado/a infractor a la ley penal a que esa decisión “*y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley*” (art. 40.2.b.v, CDN).

Por su parte, la ley n° 26.061 (de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes), a la hora de establecer las garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos, establece –con mayor amplitud– el derecho del adolescente a “*recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte*” (art. 27, inc. e).

4. La justicia restaurativa y el derecho penal adolescente

La denominada *justicia restaurativa* se erigió de un tiempo a esta parte en un eje medular del sistema penal juvenil. En una perspectiva de intervención que, por cierto, excede el proceso penal adolescente, pero que en su laberinto encuentra tierra fértil para crecer.

En mi opinión, se trata de un concepto maleable y con alcances difusos, poco claros. Esta flexibilidad y amplitud en su conceptualización permite que los enfoques restaurativos gocen de un amplio (casi unánime) consenso por parte de los/las operadores/as del sistema penal juvenil. Y ante esta particularidad, resulta válido preguntarse si esta homogeneidad de opiniones refiere al mismo objeto y con idénticas finalidades. ¿O será que cada quien alude a conceptos y alcances distintos cuando habla de enfoque restaurativo? ¿Será que cada operador/a busca finalidades diversas cuando pretende su aplicación?

Son varias las cuestiones pueden ser abordadas en esta temática. Por ejemplo, si la justicia restaurativa aplica al colectivo de las niñas, niños y adolescentes no punibles o sólo en el caso de las/los adolescentes punibles.

Si su aplicación opera como mecanismo para evitar el proceso penal, como medida alternativa a la sanción punitiva o, incluso, como dispositivo morigerador de la ejecución de la pena. Por supuesto que no se tratan de tres opciones excluyentes, sino que aplican en distintas etapas. Pero lo cierto es que, de manera frecuente, se observan ciertas confusiones al respecto.

Otra cuestión por considerar es si, más allá de que su aplicación debe estar condicionada a la voluntad del/la adolescente imputado/a –en tanto derecho a optar por tales medidas-, debe existir algún presupuesto de mérito en punto a requisitos mínimos de elementos probatorios de cargo.

Y también la cuestión de analizar la procedencia de su aplicación ante la imputación de delitos de cierta gravedad y no reducir su aplicación sólo a supuestos de nula o escasa lesividad. En mi opinión el enfoque restaurativo debe operar como mecanismo reductor del poder punitivo y no como una práctica ampliatoria de la intervención penal.

Este es, quizás, uno de los puntos que más tensiones provoca. Hay operadores/as judiciales que, por diversos motivos que exceden el objeto de estas elementales aproximaciones, apoyan y fortalecen una *deriva bagatelar de la justicia restaurativa*.

En este escenario la defensa pública especializada debe propiciar el uso de la justicia restaurativa para los conflictos de cierta entidad, en los que las intervenciones no punitivas tiendan a recomponer los vínculos individuales o comunitarios involucrados en el caso. Y, al mismo tiempo, propender a que se logre (o, al menos, se intente) que operen en el/la adolescente involucrado las finalidades que se predicen del derecho penal juvenil. Desde esta perspectiva, resulta fundamental pensar los casos por el tipo de conflicto y no por vía de un catálogo de tipos pe-

nales que habiliten o no, de manera abstracta y previa, la adopción de medidas restaurativas.

Y, por su parte, no sólo se deben propiciar los enfoques restaurativos a los conflictos de cierta entidad, sino además robustecer las decisiones desincentivantes por motivos de insignificancia en aquellos casos de escasa lesividad. Resulta toda una obviedad afirmar que, en estos supuestos, el derecho penal juvenil no está llamado a intervenir.

A mi criterio, en el marco del proceso penal juvenil, la justicia restaurativa sólo puede aplicar en casos de adolescentes punibles. Ya sea como alternativa al proceso, a la sanción o como morigeradora de la ejecución de la pena.

Desde esta propuesta, reitero, resulta fundamental la correcta selección del caso (en función de un conflicto real, concreto y de cierta entidad). Y con particular prioridad para aquellas situaciones conflictivas en curso, a fin de evitar consecuencias más gravosas que las que motivó la intervención.

Y, por último, la adopción de medidas con este enfoque debe, al menos, intentar una mínima relación entre el efecto responsabilizador y las finalidades que orientan al sistema penal juvenil conforme las previsiones del art. 40, CDN.

5. A modo de conclusión

Este laberinto en el que acusamos, defendemos y juzgamos cotidianamente adolescentes por la presunta comisión de delitos nos obliga, también de manera cotidiana, a repensar nuestras prácticas, interpretaciones e intervenciones. Sus contenidos, sus finalidades y, en especial, sus consecuencias vitales en las biografías de las personas menores de edad involucradas.

Este laberinto nos interpela todos los días. O, al menos, debería hacerlo. Con interrogantes tales como ¿qué es la justicia juvenil? ¿Cómo es y cómo debería ser? ¿Cuál debe ser su finalidad en un país como el nuestro? ¿Qué cambios podríamos hacer en la diaria que permita mejorar nuestras prácticas? ¿Es posible hacer una agenda judicial en materia penal juvenil?

Plantearse en serio y de manera comprometida cambios en nuestras intervenciones concretas nos impone con vehemencia la necesidad de discutir y reformular (de manera permanente) todas las conceptualizaciones de los dispositivos jurídicos que involucra a los/las adolescentes.

Si de verdad asumimos que los adolescentes poseen los mismos derechos y garantías que los adultos más un plus de derechos y garantías específicos, no sólo debemos exigir el cumplimiento de aquel piso mínimo de garantías, sino que además tenemos que ir por ese plus de manera efectiva.

Desde esta perspectiva, el intento por estructurar un eje elemental conformado por el *principio de especialidad*, un *debido proceso penal adolescente* y un *enfoque restaurativo* capaz de reducir la respuesta punitiva en el enjuiciamiento del delito adolescente, puede constituir un programa que guíe nuestras prácticas de manera acorde a los principios y estándares internacionales en la materia. O, en otras palabras, que continúe erosionando la ley nro. 22.278.

La incomprensible vigencia de esta ley, como se sabe, nos coloca en un contexto normativo tan deficitario como de flagrante responsabilidad internacional, tal como lo resolvió la CoIDH en el caso “*Mendoza*” ya citado.

Es por eso que resulta indispensable desplegar todos los esfuerzos argumentales posibles para delinear un proceso penal adolescente que, de manera obligatoria, garantice un enjuiciamiento criminal que efectivamente importe un resguardo reforzado de los derechos fundamentales del imputado menor de edad.

Por lo demás, los avances y retrocesos que puedan verificarse en el litigio cotidiano, en punto a la mayor o menor vigencia de este plus de derechos y garantías que debe operar en la justicia penal juvenil, dependerá de las diversas tensiones ideológicas y jurídicas que se disputan la hegemonía sobre el discurso de la *cuestión del delito adolescente*.

La adolescencia en conflicto con la ley penal es (y debe seguir siéndolo) un tema central en la agenda de la defensa pública especializada.

La existencia de un fuerte compromiso por mejorar y reforzar el servicio de defensa pública de adolescentes es una de las maneras de garantizar el estatus privilegiado de las personas menores de edad en el juzgamiento especializado.

La necesidad de abordar el principio constitucional de igualdad material a la hora de ejercer la defensa técnica de las y los adolescentes víctimas de la desigualdad estructural y del narcotráfico

María Fernanda Rita Tugnoli*

1. Introducción

He decidido escribir este artículo a raíz de la preocupación que me ha generado la situación de las y los adolescentes imputados por hechos vinculados al narcotráfico en la ciudad de Rosario.

En este contexto voy a compartir mi experiencia como Defensora Pública Coadyuvante¹ de Menores ante los Tribunales Federales de Rosario y San Nicolás, al ejercer la defensa del colectivo mencionado en el marco de la ley 23.737² en la jurisdicción federal de Rosario, y en función de ello, explicaré por qué me he convencido que para valorar la conducta de estas/os jóvenes resulta indispensable abordar el concepto de igualdad material como consecuencia de haber internalizado la noción de pobreza estructural y con ello las obligaciones del Estado y de los operadores jurídicos de propiciar acciones positivas en pos de eliminar esas desventajas.

Concretamente, en la actualidad la mayoría de las personas pertenecientes al mundo jurídico y a la sociedad en general están anoticiadas y preocupadas por los efectos adversos que se han producido en la ciudad de Rosario y sus alrededores a causa del narcotráfico.

* *Abogada, Profesora Superior en Abogacía, Abogada Especializada para la Magistratura (por la Pontificia Universidad Católica Argentina), Magister en Magistratura y Derecho Judicial (por la Universidad Austral), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos –orientación en Protección de Minorías y Grupos Vulnerables (por la Universidad de Bologna), Doctorando en Derecho (por la Universidad Nacional de Rosario), Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación, Supervisora de la Unidad de Defensa de Niños, Niñas, Adolescentes y Personas con Capacidad Jurídica Limitada de la Jurisdicción de Rosario.*

¹ Art 15 inc. b) de la ley 27.149.

² Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes, B.O. 11/10/1989.

En esta inteligencia, es dable señalar que la gran mayoría de las personas investigadas por los delitos previstos en la citada norma penal, pertenecen a los sectores más marginales de la jurisdicción, y en muchas oportunidades suelen ser menores de edad, en estos casos claramente nos encontramos frente a asistidas/os que presentan varias capas de vulnerabilidad o como también decimos una interseccionalidad de vulnerabilidades (minoridad y pobreza), situación que voy a desarrollar de manera especial a lo largo de este trabajo.

Como he venido detallando en los informes anuales presentados ante la Defensoría General de la Nación³, en mi carácter de Defensora Pública Coadyuvante de Menores, no puedo dejar de señalar que en el ámbito penal la aparición de estas/os adolescentes como imputadas/os en causas por infracción a la ley 23.737, ha sorprendido a la jurisdicción, puesto que no existe una justicia penal especializada y además tradicionalmente era impensado que un adolescente podía ser vinculado a una investigación por narcotráfico puesto que estamos hablando de un delito un tanto complejo. Así, puedo sostener que la especialización de esta defensa, en estos diez años, ha contribuido notablemente a la hora de exigir el respeto del plus de derechos y garantías de los adolescentes y gracias a eso, los juzgados y tribunales de la jurisdicción, han respetado paulatinamente mi trabajo, en esta área, para muchos, desconocida y menospreciada.

Desde mediados del año 2011 hasta el 2015, aproximadamente, las causas contra menores se incrementaron en un 800 %, aunque luego esa curva ascendente ha ido disminuyendo lentamente pero desafortunadamente continúan llegando casos⁴.

Ahora bien, después de relatar el fenómeno lamentable que se ha presentado en los últimos diez años en el gran Rosario, debo abordar el concepto de desigualdad estructural puesto que es la única forma de comprender acabadamente la problemática presentada ya que, el universo de mis asistidas/os, pertenecen al sector social más desventajado de esta ciudad.

2. Concepto de desigualdad estructural y pobreza

En primer lugar, es preciso recordar que cuando hablamos de desigualdad estructural hacemos alusión a heredades de un largo pasado, que están interiorizadas

³ Informes Anuales DGN 2012 al 2021.

⁴ Ídem.

por la sociedad pese a que no resultan legítimas, o más bien, podría afirmar que es una realidad que constituye una situación de injusticia extrema, en otras palabras, a la desigualdad estructural también se la puede definir como la reproducción sistemática de relaciones asimétricas por parte del Estado frente a determinados grupos.

En esta sintonía, debo recurrir para una mayor comprensión de la temática abordada, a las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, receptadas por la Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concretamente a la Regla (15) que reza que: *“La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”*, en concordancia con ello Joaquín Delgado Martín ha explicado que: *“En un primer acercamiento, por pobreza podemos entender la carencia de recursos necesarios para satisfacer las necesidades físicas y psíquicas básicas humanas; pero una adecuada conceptualización ha de ir más allá de la falta de ingresos y recursos para garantizar unos medios de vida sostenibles, debiendo abordarse como un problema de derechos humanos. Entre las distintas manifestaciones de la pobreza figuran el hambre, la malnutrición, la falta de vivienda digna y el acceso limitado a otros servicios básicos como la educación o la salud; así como la discriminación y la exclusión social, que incluye la ausencia de la participación de los pobres en la adopción de decisiones, especialmente aquellas que les afectan”*.

*“Las personas que se encuentran en situación de mayor pobreza (de gran pobreza o de pobreza extrema) tienen una serie de carencias en los distintos aspectos de su propia existencia: problemas de vivienda y deficiente habitabilidad, malas condiciones de vida, precaria atención sanitaria, desempleo, carencia de inscripción en los registros públicos (registro civil...), insuficientes recursos educativos, etcétera. Cada uno de estos elementos está interrelacionado con los restantes, de tal manera que se crean relaciones de **pobreza estructural**, que afectan no solamente a personas individuales sino también a grupo de población, y que se perpetúan en el tiempo de tal manera que los afectados encuentran enormes dificultades para poder salir de ella”*⁵, el resaltado me pertenece.

⁵ DELGADO MARTÍN, Joaquín *“Guía comentada de las Reglas de Brasilia”*, Herramientas Eurosocial N°23/19, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Madrid 28 de junio de 2019, pág. 56.

Efectuadas estas aclaraciones, para poder establecer el hilo conductor de esta propuesta es necesario que pensemos en la interrelación entre la desigualdad estructural, la pobreza, la necesidad de acuñar el concepto de igualdad material, la obligación del estado de realizar acciones positivas en pos de intentar establecer un equilibrio y las implicancias de estas realidades a la hora de valorar la conducta de un adolescente (vulnerable por su condición de persona en desarrollo y por su situación de pobreza) implicado en una investigación por narcotráfico, donde adelanto desde ya, que éstos son víctimas de la criminalidad de una cadena perversa.

Por otra parte, necesitamos recordar que es frondosa la doctrina constitucional que ha abordado esta noción al tratar la pobreza como condición de vulnerabilidad, limitación de acceso a derechos humanos básicos y con ello, la necesidad y/o obligación del estado de entablar acciones positivas en pos de equiparar estas situaciones de desventaja.

Desgraciadamente el constitucionalismo del siglo XXI ha tenido que desarrollar estas nociones puesto que los escandalosos índices de pobreza que afectan a América Latina y el Caribe los ha llevado a establecer un vínculo entre aquellos índices y la afectación de derechos reconocidos en constituciones y tratados internacionales.

En este sentido, el Dr. Roberto Saba, ha sostenido que: *“...es posible identificar al menos tres grandes bloques de argumentos tendientes a poner en evidencia la relación entre pobreza y derechos. En primer lugar, se puede mencionar posturas que conectan la condición de ser pobre con la imposibilidad de desarrollar un plan de vida autónomo.”*

“En segundo término, existe una perspectiva que relaciona la pobreza con la incapacidad de satisfacer necesidades básicas tales como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda. En tercer lugar, es posible individualizar una posición que asocia la pobreza con una injusta distribución de la riqueza. Estas tres formas de entender el fenómeno de la pobreza creen encontrar en el reconocimiento de diferentes derechos los argumentos necesarios para exigir cambios en las políticas públicas, y se relacionan con diferentes modos de entender cuáles son las obligaciones estatales respecto de aquellas personas que se encuentran en condiciones de pobreza.”

“De este modo, aquellos que relacionan la pobreza con la consiguiente limitación inadmisibles de la autonomía personal o de libertad individual requerirán del Estado acciones tendientes a evitar o compensar esa pérdida de autonomía”⁶.

⁶ SABA, Roberto “Pobreza, Derechos y Desigualdad estructural”, Colección, equidad de género y democracia, vol. 3 – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, 60 p. ISBN de colección:

Entonces, al partir de la base que mis asistidas/os son jóvenes que han nacido y crecido privados de derechos, cabe preguntarnos cuáles son las obligaciones que tiene el estado frente a ellos, especialmente cuando son utilizados por el crimen organizado o a veces simplemente por personas adultas que también son y fueron víctimas de la desigualdad estructural.

3. El principio de igualdad material como condición indispensable o como garantía constitucional, a la hora de valorar la conducta de un menor imputable en el marco de la ley 23.737

A mi entender, resulta de gran interés para la sociedad argentina, en virtud de la manda constitucional, que los magistrados, funcionarios y/o empleados que formamos parte de la justicia federal de Rosario asumamos un compromiso en pos de realizar acciones positivas a los fines de compensar la desigualdad estructural que afecta a las personas en condición de vulnerabilidad⁷ (por minoridad y pobreza) y que resultan investigadas por hechos encuadrables en la ley 23.737, especialmente cuando se trata de personas en desarrollo.

En este rumbo, como he propuesto más arriba, debemos partir de la base que el colectivo de personas mencionadas son utilizadas por las grandes empresas criminales y que lamentablemente son los únicos que aparecen en escena frente a las investigaciones puestas en marcha por las fuerzas de seguridad.

Concretamente, no debemos perder de vista que el derecho a la igualdad y no discriminación a la luz de los derechos humanos (art. 75 inc. 22 y 23) ha superado la visión de la igualdad formal y que exige al estado (representado en cualquiera de sus poderes) la concreción de la igualdad material; en este rumbo recuerdo algunas explicaciones brindadas por la doctrina sobre esta temática tan relevante, a saber: *“La igualdad material se refiere a la formulación del derecho en cuanto al contenido mismo y a las consecuencias. Apunta a la aproximación, a las desigualdades reales, a las discriminaciones expresas o encubiertas. Importan los términos y resultados de las leyes, políticas, prácticas y programas. Tiende a la búsqueda de medidas”*⁸.

978-607-7989-15-8. ISBN: 978-607-7989-58.5, 1. Pobreza. 2. Derechos 3. No-discriminación.

⁷ Conforme las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

⁸ CAYUSO, Susana Gabriela, *“El Principio de Igualdad. Problemas e Interrogantes. El Sistema Consti-*

Por su parte, el profesor Saba, ha explicado en diversos artículos, e incluso en el marco de clases dictadas en capacitaciones brindadas por el Ministerio Público de la Defensa a sus magistrados, funcionarios y empleados, una visión “estructural” de la igualdad, la que implica: “...que, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido. Además, intentaré demostrar, a la luz de las modificaciones introducidas en 1994, y en particular en su nuevo artículo 75 inc. 23 que la visión “estructural” de la igualdad ha sido incorporada a la Constitución...”⁹.

En base a lo reseñado, en la actualidad, nos encontramos exigidos como operadores jurídicos, a recoger las enseñanzas del concepto de igualdad material que se viene abordando desde la doctrina constitucional y con ello de los nuevos estándares de protección en materia de discriminación estructural.

Sabido es que, desde el constitucionalismo y en el orden internacional de los Derechos Humanos se han dedicado a tratar la igualdad y la veda de la discriminación proclamándola de manera enfática, tanto en constituciones, leyes, convenciones, declaraciones, etc., es decir, en un gran número de instrumentos, pero sin embargo no es necesario afinar la vista para constatar una realidad plagada de grupos de personas marginadas, excluidas en el goce de sus derechos, entre ellos las personas que padecen una pobreza extrema, con discapacidad, los adultos mayores, los migrantes, las minorías sexuales y los niños, niñas y adolescentes, todos tienen hoy un protagonismo especial.

Estos sectores de la población son quienes protagonizan la realidad que denominamos y estudiamos como discriminación estructural, es decir una situación sistemática de exclusión, marginación, subordinación que le impide, a un grupo de personas acceder a las condiciones básicas de desarrollo humano y es justamente hacia la modificación de tales condiciones estructurales sistemáticas que debemos proyectar las respuestas jurisdiccionales.

Si bien tales situaciones de discriminación estructural no son novedosas, su conceptualización, su recepción teórica y su tutela en el orden jurídico es algo

tucional Argentino”, UNED. Revista de Derecho Político N°75-76, mayo-diciembre de 2009, pág. 359 a 383; pág. 363

⁹SABA, Roberto, “Desigualdad Estructural” en Jorge Amaya (ed) Visiones de la Constitución 1853-2004 UCES 2004, pp.479-514. pág. 4 y Capacitación del Ministerio Público de la Defensa, en Género, en el marco de la Ley N°27.499, conocida como ley Micaela.

nuevo, comprender entonces a la discriminación estructural nos exige desentrañar qué entendemos por igualdad y de qué hablamos cuando hablamos de igualdad y no discriminación.

4. Conclusión y propuesta

Después de haber afirmado que la población de asistidas/os son víctima de la desigualdad estructural y por ello utilizados por los “narcotraficantes” que escasas veces aparecen en el centro de las investigaciones criminales, debo abordar como he prometido, la estrategia de defensa (como acciones positivas de un poder del estado, Ministerio Público de la Defensa¹⁰) y la respuesta que frente a ello deberían brindar los fiscales y jueces como magistrados, también obligados, a la aplicación del principio de igualdad material.

Ahora bien, con la finalidad de desvincular al menor imputado del proceso penal he planteado en reiteradas oportunidades, la aplicación del art. 5 de la ley 26.364¹¹, que pese a la modificación que ha sufrido la mencionada norma mediante la ley 26.842, sigue vigente, pero dicha estrategia no ha tenido acogida por parte de los tribunales de la jurisdicción, salvo en un caso específico de trata¹².

Cabe memorar, sin extenderme del propósito articulado, que el art. 5 de la Ley 26.364 establece que: “*Las víctimas de la trata de persona no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata...*”, es decir que el precepto citado trajo consigo una cláusula de no punibilidad para las víctimas de ese delito que cometieran ilícitos como resultado directo de haber sido objeto de la trata, situación que no siempre se presenta o se puede probar en relación a las/os adolescentes ligados a la tenencia y/o venta de estupefaciente, por esta razón entiendo que tenemos que pensar en otras estrategias que logren contemplar, a la hora de valorar la conducta imputada, la vulnerabilidad de éstos, la reducción de la capacidad de decidir, el grado de influenciabilidad,

¹⁰ Art. 120 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹¹ Mediante la sanción de la ley N°26.364 de abril de 2008, el Estado Argentino dio cumplimiento al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (“Protocolo de Palermo”), anexo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada por la República Argentina mediante la ley N°25.632, en el año 2002) y en fecha 19 de diciembre de 2012 se sancionó la Ley Nro. 26.842, modificatoria de la ley 26.364.

¹² “Imputado: Belizan, Andrea Verónica y otros s/infracción art. 145 Bis- Conforme ley 26.842”, Juzgado Federal N°2 de San Nicolás, FRO 14969/2013, Res. del 30 de diciembre de 2015.

especialmente, por la caracterizada historia personal ligada a la pobreza estructural y con ello, a la limitación de acceso a derechos humanos básicos como para poder decidir libremente el propio destino.

Concretamente, es dable efectuar una defensa con perspectiva en la desigualdad estructural en aplicación del derecho penal juvenil a la luz de los derechos humanos¹³ y no del viejo paradigma que impone la cuestionada ley 22.278, y para ello, estamos obligados a recurrir a dos principios fundamentales que deben regir en esta materia, como son el de “especialidad” (art. 5.5 de la Convención Americana y art. 40.3 de la Convención de los Derechos del Niño) y “excepcionalidad” (art. 37 b de la Convención de los Derechos del Niño, art. 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana)¹⁴; pero no obstante ello, una propuesta más superadora nos orienta a recurrir también al principio de “igualdad material” que debe actuar como una garantía especial que claramente nos exija a los operadores del estado a la puesta en marcha de acciones positivas en pos de superar o equilibrar esa desigualdad y específicamente esas acciones deben estar direccionadas no a castigar con una pena a estas/os jóvenes sino a brindarles una respuesta restitutiva de derechos.

¹³ El llamado *Corpus Iuris* en materia de niñez, exige el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales a los fines de garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, consecuentemente, de acuerdo con el derecho internacional relativo a la interpretación de los tratados internacionales; la Convención Americana y la CDN forman parte de un conjunto de normas de protección de los derechos direccionadas a la aplicación de medidas de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Bajo este orden de ideas, los operadores del sistema de justicia, no escapamos de dicha obligación y justamente como representantes del estado debemos arbitrar los medios para hacer efectivas esas protecciones, que lejos están del sometimiento a un procedimiento judicial. A mayor abundamiento, vale remarcar que la protección de los derechos del niño en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos, con lo cual corresponde al Estado precisar las medidas que adoptara para atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de aquella (véase, Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No, párr. 53 y 137).

¹⁴ La estrategia de referencia ha tenido acogida en el marco de la causa: “Medina, Milagros s/ infracción ley 23.737”, FRO N° 8715/2013/TO1/10. Concretamente, en este caso, solicité sobreseimiento porque entendí que la extrema condición de vulnerabilidad que había caracterizado la trayectoria vital de la encausada impedía efectuar cualquier mérito sobre su responsabilidad penal.

Para probar la traza señalada realicé un trabajo interdisciplinario con el equipo “La Estación, espacio red”, dependiente de la Municipalidad de Rosario.

A los efectos que hubiere lugar destaco que, la resolución fue dictada por el Dr. Eugenio Martínez, quien actuó como juez unipersonal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°3 de Rosario en el marco de dicha causa, sin perjuicio de que la Fiscalía interviniente no prestó oposición ante dicha solución.

Por esta razón, quiero aclarar que, en la actualidad la mayoría de estas causas contra menores de edad, se finalizan con un juicio abreviado que implica la declaración de la responsabilidad penal sin imposición de pena, ya que se tiene en cuenta el informe social confeccionado como el resultado de un acompañamiento extrajudicial que pongo en marcha como Defensora de Menores (aunque con muchas limitaciones debido a la carencia de recursos humanos y materiales); en dicho documento la Lic. en Trabajo Social, María Eva Martínez, integrante del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación jurisdicción Rosario, da cuenta de la trayectoria vital del joven adulto, puesto que cuando llegan al final de la etapa del proceso suelen ser mayores de edad, pero desafortunadamente esta respuesta resulta tardía ya que el adolescente suele estar vinculado a un proceso penal por un largo tiempo (de tres a diez años aproximadamente, depende de los casos), con todo el desgaste jurisdiccional que ello implica.

El camino reseñado como solución a la problemática de los menores imputados en el marco de la ley 23.737 constituye una herramienta para intentar arribar a la solución más justa posible en el contexto de estas causas y con las escasas y tardías herramientas con las que contamos, pero lejos está de brindar a estos adolescentes una solución que les permita encausar sus vidas y acceder a mejores condiciones de desarrollo humano, puesto que para ello necesitamos una ardua y coordinada labor entre los distintos poderes del estado, ya que como solemos decir los que pretendemos trabajar por el respeto de las garantías constitucionales en el proceso penal, el derecho penal es la “última ratio” del ordenamiento jurídico.

Para ir finalizando, debo afirmar que el desconocimiento o la falta de aplicación de los principios constitucionales citados, constituye “cuestión federal” puesto que implica la violación de nuestra Carta Magna, específicamente del art. 16, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, con lo cual, esta “propuesta” se transforma en una obligación constitucional/convencional para el estado y con ello para los Magistrados intervinientes.

A modo de corolario, me permito memorar una frase de un importante filósofo del derecho que nos enseña que: “El lenguaje de los derechos es sumamente poderoso. Ser titular de un derecho equivale a poseer una carta de triunfo capaz de derrotar la voluntad de las abrumadoras mayorías alineadas detrás de una política o de una decisión legislativa” (Ronald Dworkin, *taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press 1997) con lo cual, entiendo que para seguir

con esta enseñanza debemos trabajar desde el derecho y como operadores judiciales para intentar modificar estas realidades que tanto nos afectan como seres humanos y en ese camino efectuar día a día un aporte jurídico y/o humano en aras de reducir “las injusticias extremas”¹⁵ como la compartida en este artículo.

Efectuadas dichas afirmaciones, entiendo que no podemos aceptar una decisión judicial indiferente a la desigualdad estructural que padecen las/os adolescentes que por razones estrictamente ligadas a interseccionalidad de vulnerabilidades son vinculadas a un proceso penal relacionado con la infracción a la ley 23.737. Desentendernos de esa triste realidad no constituye una postura acorde al modelo propio de un estado de derecho que se goza de contar con una constitución nacional cargada de normas y principios de protección de los derechos humanos.

¹⁵ Véase, VIGO, Rodolfo Luis “*La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*”, coeditado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Editorial La ley, Año III- Edición 57, 21 de octubre de 2004.

Suspensión del trámite del proceso por incapacidad sobreviniente en casos de enfermedad mental incurable. Algunas reflexiones sobre las incongruencias de la literalidad del art. 77 del Código Procesal Penal de la Nación.

Enrique María Comellas*

I. Introducción

El objetivo del presente artículo es analizar la problemática que surge ante un caso de incapacidad sobreviniente durante el transcurso del proceso, pero en el que se constata una puntual –y muy común– particularidad: que la dolencia mental que padece el imputado es de carácter irreversible.

En tal caso, una aplicación literal del art. 77 del Código Procesal Penal de la Nación conllevaría a convalidar una suspensión indefinida del proceso, lo que provocaría una serie de incongruencias, que seguidamente se analizarán.

Finalmente, y partiendo de la premisa anterior, se intentarán ofrecer algunas soluciones legales viables que no han sido expresamente previstas para el caso, y que permitirían una conclusión definitiva de un proceso penal que –precisamente a raíz de la particularidad referida– jamás podrá ser reanudado.

II. El régimen legal del art. 77 del CPPN y su vacío legal

La citada norma se refiere al supuesto en que sobreviene una incapacidad en el imputado con posterioridad al momento de la comisión del hecho que dio origen a las actuaciones¹. Constatada la dolencia, “*el tribunal suspenderá la tramitación de la causa*”, lo que “*impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el mo-*

* Defensor Público Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal.

¹ El art. 76 del CPPN, en cambio, se refiere al supuesto de incapacidad durante la comisión del hecho, lo que derivará en la solución de fondo prevista en el art. 34 del CP.

mento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados”.

Ahora bien, mas allá de la facultativa imposición de las cuestionadas medidas de seguridad en caso de caso de peligrosidad para sí o para terceros², lo cierto es que el texto legal solamente prevé “*si se curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto*”.

Puede advertirse, entonces, que el legislador contempló únicamente la hipótesis de reanudación del proceso en caso de que el imputado recobre su capacidad, lo que otorga coherencia a la continuidad de las investigaciones hasta la necesidad de convocar a declaración indagatoria o realizar el juicio oral. Es decir, partiendo de la premisa de que existe una incertidumbre con relación a si el incapaz podrá ser finalmente juzgado, el ordenamiento dispuso que las pesquisas avancen –con las limitaciones señaladas-, previendo la posibilidad de que finalmente desaparezca el obstáculo que motivó la suspensión del proceso con respecto al enfermo mental. En definitiva, esa misma incertidumbre con relación al pronóstico de salud del encausado es lo que motiva el dictado de una suspensión, puesto que una eventual recuperación podría ocasionar la reanudación del trámite del proceso.

La particularidad que se advierte es que el art. 77 del CPPN nada dice con relación a aquél incapaz del que existe la certeza de que nunca recobrará su capacidad (tal como sucede en casos de enfermedad de Alzheimer o demencia senil, secuelas irreversibles de un ACV o traumatismos, enajenación mental incurable, estados vegetativos permanentes, etc). Nos referimos a situaciones en las que *a priori* se conoce la inviabilidad del art. 77 –*in fine*- del CPPN, es decir, supuestos donde se sabe que jamás se “*curare el imputado*”, y, por consiguiente, jamás “*proseguirá la causa a su respecto*”.

Adviértase que, si nos atenemos a la literalidad de la norma, lo cierto es que en tales casos debería suspenderse el proceso indefinidamente, hasta el día de la muerte del imputado, oportunidad en la que –recién ahí- correspondería proceder conforme lo estipula el art. 336, inc. 1, del CPPN, en función del art. 59, inc. 1º, del CP. (sobresimiento por extinción de la acción penal).

² Al respecto, se ha sostenido su inconstitucionalidad, por fundarse exclusivamente en una peligrosidad originada azarosamente y por cuanto se traduce en una verdadera pena sin culpabilidad, motivos que justificarían el apartamiento de estos casos de la órbita penal, para que sean adecuadamente analizados por la justicia civil, que cuenta con una legislación más adecuada y específica (cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro; “*Derecho Penal, Parte General*”, 2da. edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, págs. 925 y ss.).

III. La problemática consecuente a la imprevisión legal mencionada

Si se procediese conforme lo reseñado en el párrafo anterior, consagrándose una suspensión *sine die*, podrían alegarse numerosos dilemas.

En primer lugar, por más que el instituto impida la realización de una declaración indagatoria o de una audiencia de debate, lo cierto es también implica mantener una vinculación del imputado a un proceso penal, y que se extendería de un modo indefinido. Claramente, entendemos que dicha situación genera un punto de tensión con la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), puesto que toda persona tiene derecho a obtener un pronunciamiento que resuelva definitivamente su situación procesal en un plazo prudencial³. En este sentido, se ha sostenido que cuando el proceso alcanza una excesiva magnitud de tiempo transcurrido sin que se arribe a una decisión definitiva, se produce una violación de la defensa en juicio y el debido proceso, por lo que debe hacerse cesar a la potestad punitiva estatal, para así salvaguardar el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas⁴. Específicamente, se ha propugnado que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan⁵.

Por otro lado, una suspensión indefinida del proceso con relación a un incapaz provoca una situación de absurdo o contradicción con respecto al temperamento que asume el mismo ordenamiento legal con un imputado capaz. Advértase que, en este último supuesto, el justiciable necesariamente obtendrá un pronunciamiento que resolverá definitivamente su situación procesal (un sobreseimiento, una absolución o una condena). Por ello mismo, si el imputado que padece una incapacidad mental irreversible se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad que aquél otro imputable, no se advierte la sensatez de impedirle que pueda obtener una desvinculación definitiva del proceso, incluso sabiéndose que nunca se podrá reanudar el proceso a su respecto.

³ CSJN Fallos 334:1882; 334:1264; 333:1987; entre muchos otros.

⁴ CSJN Fallos 332:2604.

⁵ CSJN Fallos 329:4931; del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

Además, el análisis de la estructura establecida en el art. 77 del CPPN revela que se ha establecido una clara vinculación entre un estado de incertidumbre como fundamento del dictado de una suspensión del proceso (es decir, como no se sabe cómo evolucionará el enfermo mental, entonces se suspende el trámite a su respecto, a la espera de una posible recuperación). De este modo, el dictado de la suspensión prevista en el art. 77 del CPPN en un caso en el que *ab initio* se conoce el carácter irreversible de la incapacidad mental, tornaría en infundada y arbitraria a la correspondiente resolución judicial, por cuanto de las constancias de la causa ya no existe ese estado de incertidumbre que el instituto reclama para su justificación.

En este punto, entonces, corresponde plantear un simple interrogante: ¿qué temperamento corresponde adoptar cuando ya no existe incertidumbre alguna, sino una puntual certeza? (esta es, que el enfermo es incurable, y que el proceso jamás podrá proseguir).

IV. De las posibles soluciones legales

Partiendo de las inquietudes planteadas, seguidamente se esgrimirían una serie de posibles medidas procesales adecuadas a la presente problemática, y que no han sido expresamente previstas para el supuesto bajo análisis.

4.1. Sobreseimiento por prescripción y su ineficacia

En primer término, el primer instituto que se evidencia como posible solución es la prescripción de la acción penal. Toda vez que la suspensión prevista en el art. 77 del CPPN no es una causal de suspensión del curso prescriptivo (cfr. art. 67 del CP), una vez transcurrido el lapso temporal correspondiente al art. 62 del CP, podría dictarse un sobreseimiento, a tenor del art. 336, inc. 1), del CPPN.

Sin embargo, dicha hipótesis no resultaría satisfactoria en casos de delitos conminados con una escala penal cuyo máximo legal sea elevado, pues resultaría un despropósito aguardar hasta un lapso de doce años para recién poder sobreseer al imputado, del que ya se sabe desde hace mucho tiempo que jamás recuperará su capacidad para estar en juicio. Simples razones de economía procesal revelan

lo innecesario de postergar tanto tiempo una decisión que ineludiblemente se dictará: un sobreseimiento.

Por ello, entiendo que la verdadera cuestión que aquí debe analizarse es que más allá de la breve o extensa cantidad de tiempo que debería dejarse transcurrir para que prescriba la correspondiente acción penal, lo cierto es: ¿qué sentido tiene postergar –por poco o mucho tiempo– una decisión que de antemano se sabe que resultará inevitable?.

Además, otro caso en el que tampoco resultaría viable esta solución es en los delitos de “lesa humanidad”, atento el carácter imprescriptible de los ilícitos que se investigan.

4.2. Sobreseimiento por “duda insuperable”

En segundo término, durante el trámite de la instrucción, una posible solución legal podría ser el dictado de un sobreseimiento a tenor del art. 336, inc. 2 (“*el hecho investigado no se cometió*”) o inc. 3 (“*el delito no fue cometido por el imputado*”) del CPPN, aplicando la doctrina de la “*duda insuperable*”.

Si bien el Código Procesal Penal de la Nación no tiene expresamente prevista esta causal de sobreseimiento -aunque si lo hace el actual Código Procesal Penal Federal⁶-, se ha sostenido que dicho temperamento desincriminatorio no sólo puede fundarse en una certeza negativa, sino que también admite la duda que - una vez agotada la investigación- no podrá ser superada⁷. Son casos en los que se ha sostenido que “*con relación a los posibles estados cognitivos de “duda” y “certeza” frente a una determinada imputación que aún se está investigando, bien puede plantearse la hipótesis de que la única certeza adquirida es que con el material probatorio reunido no se puede acreditar la existencia del hecho denunciado, y, asimismo, que*

⁶ El Código Procesal Penal Federal establece como causal de sobreseimiento, en su art. 269, inc. e, que “*agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio*”. A su vez, también el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (ley 8.123), establece en su art. 350: “*El sobreseimiento procederá cuando sea evidente: (...) 5) Que habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas (337 y 346), no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (354) y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas*”. Idéntica redacción asume el Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán (ley 6.203).

⁷ Cfr. MAIER, Julio B. J., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I “*Fundamentos*”, 2da. edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 496; y CLARIA OLMEDO, Jorge A., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo III, actualizado por Jorge Raúl Montero, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, pág. 16.

la pesquisa ya se encuentra agotada, por cuanto ya no restan pruebas por producir. De tal modo, se alcanza un punto en el que la “probabilidad” de la imputación investigada cede frente a una particular “certeza”: que feneció la posibilidad de perseguir penalmente, por cuanto ya no se puede seguir investigando”⁸.

El motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia aceptaron su aplicación fue el de “evitar, acertadamente, burocráticos e injustificados trámites de la prórroga extraordinaria de la instrucción o sobreseimiento provisional, máxime cuando la estadística y experiencia ha enseñado que todos los casos en donde hubo duda insuperable han terminado en sobreseimiento definitivo. Con ello se perfecciona el trámite de la investigación penal al acelerar y acortar el procedimiento, no prolongándolo en el tiempo sin razón valedera alguna, permite reinvertir energías investigativas en causas que verdaderamente lo demanden y se consagra la garantía constitucional, en orden a aquello de que “Toda persona tiene derecho a la liberación del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, a través de una sentencia que establezca de una vez por todas su situación penal” (C. S. J. N., Fallos: 22:138; 300:1102)”⁹.

Teniendo en cuenta tales premisas, se advierte que en el supuesto planteado en este trabajo también se plantea, en definitiva, un caso de duda insuperable: el imputado se encuentra mentalmente incapacitado de un modo irreversible, y jamás se podrá afirmar o no su responsabilidad penal con relación a los hechos que se le imputan, dado que nunca podrá reanudarse el trámite del proceso a su respecto, ni ser llevado a juicio.

Es decir, existiendo la certeza de que nunca podrá arribarse a un temperamento definitivo sobre el fondo de la cuestión, no se advierten una diferencia sustancial con la “duda insuperable” fundante del sobreseimiento.

4.3. Sobreseimiento por excepción de falta de acción de carácter perentorio

Por último, también durante el trámite de la instrucción -e incluso una vez elevadas las actuaciones a etapa de juicio, conforme lo autoriza el art. 358 del CPPN-, podría plantearse una excepción de falta de acción, a la luz del art. 339, inc. 2, del CPPN, que prevé la “falta de acción, porque no se pudo promover o no fue le-

⁸ Cfr. causa Nro. 15.427 del registro de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, Reg. Nro. 1255/12, rta. el 02/08/12.

⁹ Cfr. CLARIA OLMEDO, ob. cit., pág. 19.

galmente promovida, o no pudiere ser proseguida, o estuviera extinguida la acción penal” (el resaltado me pertenece).

Resulta necesario tener en cuenta que la capacidad mental del imputado resulta un presupuesto procesal ineludible para poder llevar a cabo el procedimiento. En este sentido, se ha señalado que *“se requiere que ese imputado capaz de ser tal pueda intervenir efectivamente en el proceso con aptitud para defenderse en forma válida. Debe tratarse de persona con mente sana y suficientemente desarrollada: salud y suficiencia mental (...) la incapacidad para intervenir nos pone frente a un imputado cuyas condiciones psicobiológicas no le permiten defenderse personalmente por carecer de suficiente poder de entender o de querer con respecto a la actividad procesal: en el proceso no puede ejercer sus derechos o hacer valer sus intereses jurídicos. Se trata de una absoluta incapacidad para obrar conforme lo requiere la ley procesal”*¹⁰.

De este modo, si la capacidad mental resulta indispensable para que un individuo pueda ser tratado como un “imputado”, entonces cuando se sabe que su incapacidad es de carácter irreversible, debe concluirse que siempre se carecerá de un presupuesto procesal para poder avanzar -a su respecto- con el trámite de las actuaciones. Así, resulta innegable que la acción penal *“no puede ser proseguida”* contra un incapaz irrecuperable, es decir, contra alguien que no cuenta -ni contará jamás-, con la capacidad suficiente para intervenir de un modo eficaz durante el proceso penal.

Además, la propia naturaleza de una incapacidad mental incurable torna a la excepción planteada de un carácter perentorio (es decir, no dilatorio), por lo que la solución ineludible resultaría el sobreseimiento previsto en el art. 343 del CPPN.

Esta fue la decisión adoptada por un tribunal oral federal, afirmando que *“a la luz de una hermenéutica de la normativa aplicable, entendemos que definitivamente estamos ante un impedimento procesal que puede encuadrarse en la excepción de falta de acción prevista en el art. 339 inc. 2 del ritual. Precisamente el supuesto de que la acción no puede ser proseguida. Y en tal caso, siendo perentoria, tal como lo dispone el art. 343 del CPPN, corresponde sobreseer en el proceso, y hacer cesar, firme que sea (art. 345 ibidem), las medidas restrictivas de carácter patrimonial. Con la declaración de que la formación del proceso, nuevamente principio pro homine mediante, no afecta su buen nombre y honor (art. 336 in fine de ese*

¹⁰ Cfr. CLARIA OLMEDO, ob. cit., Tomo II, pág. 66.

texto) (...) la acción penal no puede proseguirse al determinarse con basamento probatorio contundente la inimputabilidad sobreviniente de carácter irreversible que conduce a que no pueda sostenerse el impulso indefinido de la persecución del Estado en clara afectación de garantías constitucionales”¹¹, correspondiendo en consecuencia dictar el sobreseimiento del encausado, en los términos del art. 336 CPPN.

Sin embargo, este mismo criterio adoptado en la jurisdicción federal de Mar del Plata fue, luego, rectificado por la Cámara Federal de Casación Penal, cuando se señaló que “...el caso en estudio guarda más relación con los supuestos de inimputabilidad, inculpabilidad o de excusa absolutoria, previstos en el art. 336, inc. 5to, que con un supuesto de extinción de la acción penal. En efecto, la incapacidad mental sobreviniente no extingue de ningún modo la acción penal; ésta se mantiene vigente pero con la particularidad de que la persona sometida a proceso o cumpliendo pena no puede comprender sus alcances. Del mismo modo que corresponde sobreseer a quien no pudo comprender la criminalidad de sus actos y, por tanto, motivarse por la norma, cabe la misma solución respecto del condenado cuya incapacidad mental no le permite internalizar el sentido y la finalidad de la pena impuesta (tanto sean estos retributivos o de prevención especial o general) (...) De lo expuesto es posible concluir que el temperamento adoptado por el a quo resulta pertinente, con la aclaración de que el sobreseimiento debe ser dictado en los términos del art. 336 inc. 5 del código de rito”¹².

V. Conclusión

Mediante las presentes reflexiones se ha pretendido delinear posibles caminos legales para poder dictar un sobreseimiento que desvincule definitivamente de un proceso penal a un enfermo mental que jamás se recuperará.

Lo cierto es que, más allá de las disquisiciones aquí realizadas, lo verdaderamente importante –además de intentar proteger del modo más integralmente posible a un enfermo mental crónico– es evitar que meros formalismos se erijan en un pretexto para convalidar permanentemente su innecesaria vinculación a un proceso penal.

¹¹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, causa FMP 93003277/2001/TO1/6/1/CFC3, rta. el 14/02/2020. Idéntico temperamento adoptó el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 6 de Capital Federal en CCC 2002/2010/TO1/CNC1, rta. el 07/10/2015.

¹² CFCP Sala II, Reg. Nro. 2168/20, rta. el 16/12/2020.

Las soluciones aquí propuestas no sólo intentan afianzar el derecho de toda persona a ver resuelta de manera definitiva su conflicto con la ley en un tiempo que no resulte irrazonablemente prolongado (garantía que jamás podría respetarse mediante una suspensión indefinida que vincule procesalmente al imputado hasta el día de su muerte), sino que también pretenden evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

En definitiva, repárese que un enfermo mental nunca recuperará la capacidad suficiente para poder ser llevado a juicio, por lo que no puede esgrimirse ningún argumento válido que amerite la continuación de su sometimiento al proceso, pese a que se apele al eufemismo de “*suspensión del trámite del proceso a su respecto*”. Pues resulta inentendible que una persona mentalmente incapaz de un modo incurable no pueda ver resuelta definitivamente su situación procesal, y que por ello se la obligue a permanecer supeditada al proceso, el cual jamás se reanudará atento –precisamente– el carácter crónico de su dolencia.

Personas privadas de libertad y telefonía celular: una prohibición irracional

Guillermo Todarello
Leandro Destefano*

“Lasciate ogni speranza, voi ch'entrare”
DANTE ALIGHIERI, *La Divina Comedia*
(“Infierno”, Canto tercero, verso noveno)

*“No le está permitido al legislador obrar de modo de destruir
lo mismo que ha querido amparar y sostener”*
JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Organización de la
Confederación Argentina*” p.176 y art.20 de su Proyecto de Constitución-

*“...no sabía si irme o no, pero cuando pensé
que esa noche iba a poder darle un beso a mi hija
cuando se fuera a dormir, no dudé más...”*
-De la declaración indagatoria de un preso
recapturado luego de la fuga del Complejo Penitenciario
Federal I de Ezeiza, del 19 de agosto de 2013-

I. Introducción

Iniciaremos esta presentación por su conclusión: en nuestros días, en el estado actual de cosas, las personas privadas de libertad deben tener acceso al uso de celulares en prisión para garantizar su derecho al mantenimiento de las relaciones

* *Integrantes del Ministerio Público de la Defensa. Guillermo Todarello es Defensor Público Oficial Adjunto ante la Cámara Federal de Casación Penal y Leandro Destefano es Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Ambos son Cotitulares de la Comisión de Cárceles del mencionado organismo.*

familiares y sociales, y no hay ningún motivo que justifique que no lo tengan. Ello, salvo la prohibición que al respecto establece la ley, que es inconstitucional. Seguidamente analizaremos las circunstancias fácticas, lógicas y de derecho que justifican la afirmación anterior.

II. El derecho a las comunicaciones de las personas privadas de libertad desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos” (Reglas de Nelson Mandela)¹, consagran el derecho de las personas privadas de libertad a “comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos” (Regla 58).

A su turno, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas² aseguran a ellas el derecho a estar comunicadas con el exterior, de conformidad con la ley (Principio XVIII).

Del mismo modo, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión³ establece que toda persona detenida o presa tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior (Principio 19).

También, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)⁴, establecen que se alentará y facilitará por todos los medios razonables

¹ El 17 de diciembre de 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 70/175, aprobó un documento revisado y actualizado de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, que a su vez se había aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31/7/1957 y 2076 (LXII) del 13/5/1977. Ese nuevo texto se denomina “Reglas Nelson Mandela”, en reconocimiento al expresidente sudafricano. Respecto de estas reglas, ha dicho la Corte Suprema que si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad y configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención (Fallos, 328:1146).

² CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08, en su 131º. período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008,

³ ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

⁴ ONU, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, Nueva York, Estados Unidos de América, 21 de diciembre de

el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos (Regla 26).

Finalmente, el derecho a las comunicaciones familiares y sociales, a nivel interno, está reconocido por los artículos 158 y siguientes de la Ley 24660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad⁵.

III. La presencia del celular en el mundo de las comunicaciones

Los medios tecnológicos de comunicación han ampliado el espacio y agilizado el tiempo en que se desarrollan los vínculos entre las personas, generando formas novedosas de interacción social. Las nuevas tecnologías modificaron los hábitos y los modos de conocerse, de relacionarse y de interactuar. Y en ello, ha cumplido un rol fundamental el teléfono celular, porque su bajo costo comparativo lo hace accesible a todos los estratos sociales, su sencilla utilización lo deja al alcance de todos los grupos etarios, y la cantidad de utilidades ofrece libera a su portador de la necesidad de llevar infinidad de objetos, simplificando sus actividades.

En lo que atañe a nuestro país, no hay prácticamente ninguna persona, cualquiera sea su edad, su clase social, o el lugar donde viva, que no utilice el teléfono celular como una herramienta primaria de comunicación y como el elemento multifunción por excelencia. Esta constatación, que no requiere de mayor demostración por ser un hecho notorio, se ve igualmente confirmada por datos precisos. Según lo informa el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)⁶, al último trimestre del año 2021, en nuestro país, 88 de cada 100 personas usaban teléfono celular. Y ese porcentual, indica el organismo, se distribuye de modo casi uniforme en todo nuestro territorio⁷, sin que

2010.

⁵ B.O. 16/07/1996.

⁶ Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina. Informes Técnicos, Vol.6, nro.89; Ciencia y tecnología. Vol. 6, n° 1, *Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación*. EPH, cuarto trimestre de 2021; Publicado el 16/5/2022. Para el cuarto trimestre de 2021, es decir, cerrando el año anterior, el INDEC incluyó el módulo de acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación (MAUTIC) en la Encuesta Permanente de Hogares (EPH). De ahí se pudieron obtener cifras vinculadas al uso de la tecnología por parte de la población argentina mayor de 4 años, que son las que se traen aquí. Consultado en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_22843D61C141.pdf. La misma fuente se utiliza en las demás notas que integran este párrafo.

⁷ Un 85,8% lo usa en el noroeste, un 89% en el noreste, un 87,7% en cuyo, un 88,2% en la región pampeana, un 925 en la Patagonia, y un 88,1% en GBA

existan diferencias sustanciales entre los distintos aglomerados urbanos⁸. Del mismo modo, lo usan prácticamente por igual todos los géneros⁹, y personas de todas las edades (niños, adolescentes, jóvenes, adultos, y adultos mayores¹⁰). Asimismo, abarca todos los niveles educativos, desde el colegio primario hasta la universidad¹¹, y no excluye a las personas sin instrucción¹². Y lo utilizan también, parejamente, las personas de todas las clases sociales¹³, pues aventaja por mucho a los demás mecanismos de comunicación debido a los menores costos que irroga¹⁴.

Incluso, el caso argentino se destaca respecto de los demás países de la región, pues se ha constatado que nuestro país es uno de los que tiene mayor penetración de la telefonía móvil, ya que hay más celulares que habitantes. En tal sentido, en el año 2020, se calculó que hubo unas 120,2 líneas activas por cada cien personas, es decir, más de una línea por persona en promedio (54,8 millones de líneas)¹⁵.

⁸ Así, el que representaba el mayor porcentaje en el uso del teléfono móvil era la ciudad de Buenos Aires, con el 94,2%, y el que menos es Salta, con el 81,9%, lo que también demuestra que la utilización de esta tecnología abarca, efectivamente, todas las regiones.

⁹ El INDEC simplifica entre hombres y mujeres, que lo usan, respectivamente en porcentajes del 87,9 y del 88,2%.

¹⁰ De 4 a 12 años: 62,8%; de 13 a 17 años: 91,2%; de 18 a 29 años: 97,2%, de 30 a 64 años: 96,2%, y de 65 años y más: 74,7%. En efecto, el teléfono móvil resulta ser la tecnología de uso más extendido para la población joven y adulta: Utilizan celular entre el 97,2% y el 96,2% de las personas de 18 a 29 y de 30 a 64 años y el 74,7% de la población de 65 años y más. A partir de los 18 años se utiliza más el teléfono móvil que la computadora e internet (sólo los niños, niñas y adolescentes de entre 4 y 12 y de 13 a 17 años constituyen los grupos en que la utilización de internet supera la de celular -y también la de la computadora-. Entre los 18 y los 29 años (97,2%), las personas hacen mayor uso del teléfono celular que los demás grupos etarios; también se advierte un uso extendido entre los 30 y los 64 años (96,2%). Los mayores de 65 años son las personas que más tienen acceso al celular sin acceso a internet, con una diferencia porcentual de 15,6 entre el acceso a ambas tecnologías.

¹¹ Primaria incompleta: 88,1%, primaria completa: 67,3%; secundaria incompleta: 93,7%, secundaria completa 95,7%; superior o universitaria incompleta, 98,9%, superior o universitaria completa, 97,9%.

¹² 46,2%.

¹³ No podría ser de otro modo, pues de acuerdo con el informe técnico sobre condiciones de vida relativo al primer semestre de 2021, elaborado por el NDEC, el porcentaje de población argentina por debajo de la línea de pobreza fue del 40,6% (INDEC (2021), Condiciones de vida. Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos. Primer semestre de 2021.

¹⁴ Según el INDEC, mientras el celular es usado por el 88,1% de la población, sólo el 42,3% utiliza computadora, es decir, menos de la mitad. A su vez, el 87,2% usa internet, pero ese alto porcentaje se debe a la posibilidad de contar, precisamente, con un celular que permita el acceso.

¹⁵ Cfr. Informe de Sociedad Digital (ISD) 2020-2021 para Latinoamérica, presentado el 22 de marzo de 2022, por la Fundación Telefónica Movistar. Allí se indica que en Argentina, para las empresas de telefonía móvil, "los ingresos no han parado de crecer en los últimos años. Desde 2014, el ritmo medio del incremento de los ingresos de los operadores del sector ha sido del 26,6%. En 2020 ha aumentado un 33,1% y ha superado los 308 mil millones de pesos argentinos, unos 3160 millones de dólares". El crecimiento de ingresos en 2020 se ha situado por debajo de la inflación de dicho año (38%). Esa penetración de la telefonía celular ha ido acompañada de una disminución en la utilización de la telefonía fija (en 2019, la telefonía fija experimentó la mayor caída de los últimos 9 años hasta situarse en una

A esta altura de nuestro tiempo, entonces, el celular no es siquiera es un artefacto útil, sino que es indispensable. Tenerlo es una *necesidad* sociocultural real, y quien no lo posee, además de que pierde un mecanismo altamente eficaz para la resolución de diversas tareas o actividades, se queda sin el método universal más generalizado de vinculación no presencial con el prójimo. Nunca antes un aparato tecnológico había sido un elemento tan importante en la vida diaria de las personas.

En definitiva, se puede concluir que el celular *es para todos, en cualquier momento, y en cualquier lugar*.

Pero...hay una excepción. Porque esa realidad que acabamos de describir, y que se impone universalmente, es frenada en un único lugar: las puertas de las cárceles federales. Allí los celulares están prohibidos de modo permanente y para todas las personas privadas de libertad, sin distinguir edad, género, estado de salud, naturaleza del delito imputado, conformación del núcleo familiar (si tienen o no hijos menores que viven fuera de la cárcel, por ejemplo), ni ninguna otra particularidad o circunstancia.

Graves e indiscutibles debieran ser las razones para establecer semejante prohibición. Ya hemos adelantado que no las hay. Intentaremos seguidamente dar razón de esa afirmación.

IV. La prohibición en la ley 24660 del uso de celulares en las cárceles federales. Los motivos que no son

El artículo 160 de la Ley 24660, modificado por la ley ley 27.375¹⁶, establece la prohibición de que las personas privadas de libertad utilicen celulares en prisión, y manda además colocar inhibidores de esos aparatos en los establecimientos penitenciarios federales. Agrega la norma que la violación de esa prohibición constituye una falta grave en los términos del art 85 de la Ley de Ejecución. Y el artículo 85, precisamente, establece como falta grave el hecho de “...poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos...” (inc. c).

penetración de 17,3 accesos por cada 100 habitantes, y lo mismo en 2020, cuando se restó un punto a la penetración del año anterior). Es decir, que el celular gana terreno mientras el teléfono fijo lo va perdiendo a grandes pasos. <https://www.fundaciontelefonica.com.ar/wp-content/uploads/2022/03/Informe-de-Sociedad-Digital.pdf>

¹⁶ BO.28/7/2017

La prohibición no existía en el texto original de la ley 24.660, lo que se explica porque a la época de su entrada en vigencia, en 1996, no era masivo el teléfono celular. Su uso se generalizó a partir de, al menos, unos diez años después, con lo cual algo debió haber ocurrido en las prisiones federales desde ese momento -digamos, 2006- hasta la sanción de la ley 27.375, en el año 2017, para que se haya justificado el establecimiento de la medida prohibitiva. Y para averiguarlo, lo primero que conviene hacer es indagar acerca de la voluntad del legislador, por aquello de que *la exposición de motivos de las normas constituye un valioso criterio interpretativo acerca de la intención de sus autores*¹⁷.

De los antecedentes normativos de la ley 27.375 surge que la prohibición se funda en que el uso de celulares en prisión afecta la *seguridad pública*, pues “*muchos delitos se cometen en las cárceles utilizando estos aparatos*”, sosteniéndose, asimismo, que la decisión de impedirlos no afectaría el derecho a la comunicación de las personas privadas de libertad, porque tienen acceso a las visitas y a las líneas telefónicas fijas¹⁸.

Es decir, que el legislador consideró que si las personas privadas de libertad cuentan con celulares, cabe presumir, sin admitir prueba en contrario, que la generalidad de ellas (de otro modo no establecería una prohibición de orden general) los usarán para cometer delitos¹⁹. La prohibición, así, es absoluta y

¹⁷ G.307.XXIV. “Gil de Giménez Colodrero, Dolores y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ daños y perjuicios”, sentencia del 5 de agosto de 1993.

¹⁸ Diputado Brügger. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. 21ª REUNIÓN – 20ª SESIÓN ORDINARIA (ESPECIAL) 23 de noviembre de 2016. PERÍODO 134º. PÁGINAS 55, 68 Y 154. Y también: 12ª REUNIÓN – 7ª SESIÓN ORDINARIA (ESPECIAL), 5 de julio de 2017. PERÍODO 135º. PÁGINA 34. En la Cámara de Senadores la cuestión fue menos debatida, y quien abordó el tema fue la congresista Elías de Pérez, que no discute la pertinencia de la prohibición, limitándose a señalar que la inhibición de la señal telefónica móvil no debe abarcar la totalidad del establecimiento penitenciario, sino sólo los pabellones y módulos, de modo de que también haya lugares dentro de ellos donde, con el suficiente control, los celulares puedan utilizarse (conf. “in re”, exposición de la senadora Elías de Pérez, diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 5ª reunión, 3ª sesión especial, 26 de abril de 2017). Esta postura de la senadora Elías de Pérez llevó a la Suprema Corte de la Provincia de Salta (autos “*Acción de Habeas Corpus correctivo colectiva interpuesta por Mario Alberto Juliano, en su carácter de Director Ejecutivo de la Asociación de Pensamiento Penal*”. CJS- 41178/ 21, fallo del 27/4/22). a entender que la instalación de los inhibidores sólo en pabellones denotaba que no quería prohibirse su uso en general por parte de las personas privadas de libertad, a partir de lo cual afirmó que la interpretación literal del art. 160 de la ley 24660 resultaba impertinente, debiendo recurrirse a una armónica con las demás normas del ordenamiento y con los derechos en juego (en el caso, a las comunicaciones por parte de las personas privadas de libertad). Entendemos que frente a una prohibición tan precisa no es posible apartarse de la letra de la norma, y que la única vía de sortear el obstáculo es mediante su declaración de inconstitucionalidad, que es lo que el citado tribunal debió haber hecho para sostener su decisión.

¹⁹ Entre estos, se suelen mencionar como delitos perpetrados por vía telefónica hacia el exterior los secuestros virtuales, constitutivos de extorsión o de estafa (según cómo se los tipifique), la extorsión

permanente, sin distinguir personas, ni situaciones, ni oportunidades. Toda comunicación por celular, de toda persona privada de libertad, está prohibida.

Entonces, la pregunta inicial que la cuestión genera es si en el mundo de los hechos ocurre lo que la ley pregona, en cuanto a que es prácticamente *inevitable* la delincuencia carcelaria mediante el uso de celulares, como presume el legislador. A partir del análisis de lo que ocurre en las cárceles se constata la falta de acierto de esa premisa.

V. La situación en las cárceles provinciales y en dependencias de las fuerzas de seguridad. Celulares sin delito

Debido a la pandemia de Covid 19, el Gobierno Federal dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio²⁰, que provocó en el ámbito carcelario federal y en el de todas las provincias la interrupción de las visitas de familiares a las personas privadas de libertad, como así también la suspensión de sus salidas transitorias y extraordinarias. Ante ello, en quince provincias se habilitó el uso de celulares para establecimientos penitenciarios locales, por decisión judicial o administrativa. Así, según informa el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura²¹ por resoluciones judiciales se autorizó el uso del celular en Chubut, Mendoza, Tucumán, Entre Ríos, San Juan, y Salta. Y por vía administrativa, lo hicieron los Servicios Penitenciarios de Santa Cruz, Jujuy, Corrientes (en ésta, lo dispuso también el Ministerio de Gobierno para las personas alojadas en comisarías y alcaldías), Formosa, Santiago del Estero, Chaco y La Rioja. En la Pampa, donde no hay servicio penitenciario provincial, fue autorizado por el Jefe de Policía de la provincia. En Neuquén, en las unidades del área de la capital, el Servicio Penitenciario Provincial los había habilitado y luego fueron retirados en marzo de 2022, debido a la apertura de las actividades y el restablecimiento de las visitas, pero en las cárceles del interior continuaron por decisión judicial. En Río Negro ya estaban autoriza-

a familiares de otros detenidos para que entreguen bienes de naturaleza patrimonial, a otros presos o a sus familias, la instigación a terceros a cometer delitos fuera de la cárcel, el manejo de organizaciones criminales, la venta de droga desde el penal, las amenazas y el grooming. Asimismo, se ha considerado que pueden afectar la seguridad interna del penal, mediante la organización de fugas o motines.

²⁰ DNU 297/20 (BO 34334, del 20/3/2020).

²¹ Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. *Impacto del COVID-19 en lugares de encierro de la República Argentina 2020-2021 -marzo de 2022-*. Consultado en https://cnpt.gob.ar/2022/wp-content/uploads/2022/04/Informe-Ampliado-COVID-19_mar2022_vf-110422.pdf.

dos desde el año 2019, es decir, desde antes de la pandemia. Y no se habilitó en Córdoba, Santa Fe y San Luis.

De entre las provincias que admitieron los celulares, importa destacar la de Buenos Aires, por la gran cantidad de personas privadas de libertad que aloja (más de 51.000 a diciembre de 2022). En sus unidades penitenciarias se encontraba prohibido el uso de teléfonos móviles, y al suspenderse las visitas con motivo de la pandemia recrudesció el problema del insuficiente y mal servicio de comunicación mediante los teléfonos fijos. Fue así que la defensa oficial ante el Tribunal de Casación Penal provincial interpuso un hábeas corpus colectivo para que se habilitara la telefonía celular. El tribunal hizo lugar al requerimiento (es de destacar que otros jueces inferiores, a su vez, también lo hicieron), admitiéndola mientras subsistiera la situación de excepción y la consecuente vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio²².

La pandemia pasó, el aislamiento social también, pero los celulares continúan en las cárceles de la Provincia de Buenos Aires. La autorización de esa permanencia no está en ningún texto legal ni en ninguna resolución judicial, pero sus motivos pueden inferirse fácilmente: en un sistema carcelario colapsado como el de esa provincia, con una alarmante sobrepoblación del 115%²³, los servicios que se brindan a los internos son escasos y deficientes (telefonía fija, entre ellos), con lo cual, una vez que las personas privadas de libertad lograron la comunicación con sus familiares por esta vía, quitársela podría generar una situación de grave conflicto.

Pero más allá de eso, necesariamente tiene que haber jugado un papel preponderante en la decisión de mantener los celulares la verificación de que no se han utilizado para delinquir. De otro modo, por más oposición que las personas privadas de libertad, los organismos de control y las defensas hubieran planteado, se los habrían quitado.

A mayor abundamiento, la Comisión de Cárceres de la Defensoría General de la Nación consultó a la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires²⁴ si existe un registro de denuncias o de procesos llevados por delitos cometidos con celulares en prisión, y la respuesta fue negativa.

²² Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala II. Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ Habeas Corpus Colectivo”

²³ Cfr. Comisión Provincial por la Memoria. Consultado en <https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/carceles/#:~:text=Con%20una%20tasa%20general%20de,la%20secci%C3%B3n%20Tasas%20de%20encarcelamiento>

²⁴ Titular del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Eso viene a ratificar que no hay una particular criminalidad mediante esta modalidad, como para justificar un registro especial o siquiera una estadística.

La misma situación de permanencia sin riesgos de la telefonía celular se replica en otras diez provincias: Santa Cruz, Chaco, la Pampa, Río Negro, Entre Ríos, San Juan, Mendoza, Chubut, Corrientes y Neuquén, en otra demostración empírica de que esta modalidad de comunicación no supone un peligro general. Acaso surgiría la pregunta de por qué en las otras seis provincias donde se la había habilitado se la dejó sin efecto. Pero la respuesta hay que buscarla más en la circunstancia de que cesó el motivo de excepción que se había invocado para disponerla que en otras razones.

En conclusión, a la fecha, las personas privadas de libertad en los penales de las provincias mencionadas cuentan con celulares, y no ha habido problemas, ni durante la pandemia ni ahora, vinculados a la comisión de delitos mediante su utilización.

A la misma conclusión se arriba respecto de los destacamentos de las fuerzas de seguridad que reciben a personas privadas de libertad (Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Policía Federal). Estos establecimientos tienen lugares de detención transitoria, esto es, celdas o calabozos destinados a alojar personas hasta que sean llevadas ante el juez, lo que normalmente, según establecen las normas procesales, debe ocurrir en un lapso de tiempo exiguo (24 a 48 horas) desde que las reciben. Pero la sobrepoblación carcelaria ha determinado que gran cantidad de estas dependencias se hayan vuelto de alojamiento permanente, por meses e incluso años, a la manera de una cárcel. Ahora, muchas de ellas (si no todas), debido a su destino natural de lugares transitorios, carecen de telefonía fija para las personas privadas de libertad. Entonces, a fin de permitirles las comunicaciones con el exterior, habilitaron el uso de teléfonos celulares²⁵. Y tampoco en estos ámbitos de jurisdicción federal se han reportado delitos mediante los móviles, a pesar de que, incluso, en muchos casos la práctica consiste en que los aparatos son entregados a las personas detenidas por la mañana y retirados a última hora, dejándose que entre ellas administren su uso.

²⁵ Podemos citar como ejemplo la Superintendencia de Investigaciones Federales (denominada coloquialmente “Madariaga”) y el Cuerpo de Policía Montada (“Cavia”), que son dependencias de la Policía Federal ubicadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También las alcaldías y comisarías de esa misma ciudad, o los destacamentos de Gendarmería y Prefectura del interior de país.

VI. Los celulares en las cárceles federales están prohibidos...salvo que sean ilegales

El uso de celulares en el ámbito federal está vedado por la reglamentación penitenciaria, que los considera “elementos prohibidos” porque entiende que son potencialmente riesgosos para la *seguridad* y el normal desenvolvimiento de actividades dentro del establecimiento, ya que su tenencia facilitaría el acceso a distintos tipos información que podría ser utilizada en forma indebida²⁶.

No obstante esa prohibición, y la legal del artículo 160 de la ley 24660, nadie desconoce que los celulares circulan en gran cantidad en los penales federales, donde entran gracias al tráfico ilegal.

Aunque la presencia de los aparatos allí es un hecho notorio para quienes trabajamos en este ámbito (organismos de control, jueces, fiscales, defensores, fuerzas de seguridad), existe un dato fehaciente y objetivo acerca de ello, y tiene que ver con los móviles secuestrados por el servicio penitenciario en los procedimientos de requisa. Al respecto, la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación requirió de la División Comunicaciones del Departamento de Informática y Comunicaciones del Servicio Penitenciario Federal, que es el organismo donde se envían los celulares secuestrados, que informara cuántos recibió durante 2022, y la respuesta fue que al 28 de diciembre de dicho año le fueron enviados 2161 celulares, lo que arroja un promedio de 180 secuestrados al mes²⁷.

Obviamente, estos datos son sólo indicativos de la importante presencia de los aparatos en los penales federales, pero no dan siquiera indicios de la cantidad existente, porque no todos los celulares se logran secuestrar, ni todos los secuestrados se registran. Pero lo que nadie discute es que están en gran número, lo que en parte se demuestra con la información que traemos aquí, provista por la misma autoridad penitenciaria.

²⁶ Boletín Público Normativo 638 del SPF. Actualización del Reglamento de Comunicaciones de los internos y nómina general de elementos permitidos, prohibidos y restringidos, punto 5 del Anexo II. Consultado en <https://boletines.spf.gob.ar/PublicSPF/filtrado?numeroBoletin=638&titulo=&anio=&area=0>

²⁷ De forma complementaria, se solicitó, a título de muestreo, que ocho penales federales del país (se consultaron los cuatro del AMBA, más otros repartidos en el interior, procurando abarcar las distintas zonas del territorio), informaran sobre la cantidad de celulares que habían secuestrado durante los últimos 12 meses (de noviembre de 2021 a noviembre de 2022, según la fecha de la encuesta). De ellos respondieron los siguientes, con estos datos: Complejo Penitenciario Federal de CABA: 1.050 celulares secuestrados; CPF I: 283 (informó de enero a noviembre de 2022); CPF II: 59 (informó de enero a noviembre de 2022); CPF III: 107; Unidad 4: no se secuestraron; Unidad 6: 67.

A partir de ello, debemos convenir definitivamente en algo: en las cárceles federales *ya hay* una gran cantidad de celulares en circulación.

Y esa constatación nos lleva a otra: cuando se afirma que se prohíbe su uso en prisión para garantizar la seguridad pública mediante la evitación de ilícitos, o la seguridad interna de los establecimientos carcelarios, lo que se quiere hacer es preservar el estado actual de cosas, el cual se da en un marco en el que los celulares *ya forman parte de la dinámica diaria de los penales federales*.

De ahí, forzosamente, se deduce también otra cosa: tiene que ser falsa la afirmación de que la presencia de celulares favorece la inseguridad del penal o la comisión de delitos, pues los móviles ya están, y no hay registro de una particular delincuencia carcelaria mediante su uso. Y ello sin contar que la existencia de los aparatos en prisión de modo oculto debería favorecer la criminalidad, pues la clandestinidad de su tenencia imposibilitaría o dificultaría la identificación de los autores de los hechos ilícitos.

Y un último dato que ratifica lo anterior: juntamente con la información acerca de la cantidad de celulares secuestrados, se requirió también a las autoridades de los penales (al igual que se lo había hecho con el Procurador de la Provincia de Buenos Aires) que hicieran saber si contaban con información o registros atinentes a delitos cometidos con celulares desde la cárcel, y en ningún caso los hay. Eso, otra vez, constituye un fuerte indicio en el sentido de que no concurre el presupuesto que sostiene la prohibición.

VII. Principio de racionalidad de los actos de gobierno, y un viejo fallo de la Corte Suprema

Al cabo de lo expuesto en los dos puntos precedentes, se arriba a la conclusión de que, existiendo numerosas jurisdicciones locales y federales donde los celulares están permitidos (en cárceles, comisarías, y dependencias de las fuerzas de seguridad), y habiendo comprobado que en las prisiones federales los móviles están *indudablemente* presentes aunque estén prohibidos, la afirmación de que se los usa para cometer delitos, con el carácter general que la ley presupone para dar sustento a la prohibición, es falsa.

Ahora, es sabido que el legislador debe demostrar la necesidad del dictado de una norma prohibitiva, es decir, la exigencia de que determinadas conductas estén vedadas, porque en un Estado de Derecho la regla es la *permisión*, conforme

al principio de legalidad constitucional establecido en el art. 19 de la Carta Magna, que reza que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*²⁸.

Desde esa perspectiva constitucional, la prohibición de una conducta debe estar justificada racionalmente para ser impuesta a los habitantes, lo cual implica que debe sustentarse en una *situación real* que haya generado la necesidad de dictar una ley que impida realizarla.

Por eso la Corte Suprema dice que, además de que los fines de la norma deben corresponderse con intereses que el Estado debe tutelar, también hay que analizar sus “causas determinantes”²⁹, esto es, los hechos que le sirven de antecedente, las *circunstancias que las originan, la realidad objetiva* a la que el legislador presta atención, y la disposición por parte de éste de mantener o modificar esa realidad hacia determinados fines, mediante el dictado de la ley³⁰.

Y de modo contundente reafirmó que la constatación de esos antecedentes o causa fundante de la prohibición debe ser cierta, no conjetural. Un caso paradigmático da prueba de esa exigencia: hace ya casi tres décadas (27 años, para ser precisos), la Corte analizó en el fallo “Dessy”³¹ si la autoridad penitenciaria federal podía leer, y en su caso censurar, el contenido de la correspondencia personal de las personas privadas de libertad, que ellas debían entregar en sobre abierto para que pudiera ser controlada antes de salir de la cárcel. El Servicio Penitenciario Federal lo hacía con base en la ley³², y *so pretexto* de asegurar el principio de reinserción social y la seguridad de los penales.

En ese fallo, los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, en su voto concurrente - que podríamos traer para nuestro caso, letra por letra-, dijeron que si bien está fuera de discusión que una fuga, la dirección de organizaciones criminales y otras actividades tendientes a la comisión de delitos, puedan planearse mediante la correspondencia (ahora, mediante celulares), no puede ser a partir de “simples probabilidades” que se siga una limitación tan amplia y generalizada a los derechos de la persona privada de libertad. Y agregaron, a propósito de lo que venimos di-

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo I, segunda reimpresión, p.514.

²⁹ Fallos 318:1894, “Dessy, Gustavo Gastón s. Habeas Corpus”, del 19/10/1995 (que citaremos recurrentemente a partir de aquí), consid.17, con remisión a Fallos 200:450; 247:121.

³⁰ Fallos 200:450; 247:121.

³¹ Fallos 318:1894, citado.

³² Lo habilitaba la ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58) y la reglamentación penitenciaria (Boletín Público Normativo nro. 1266).

ciendo, que el examen del conflicto entre el cercenamiento del derecho constitucional en juego y los propósitos de preservar la seguridad, exige que la realidad objetiva en las prisiones *demuestre* que es necesario, de modo consistente, restringir el derecho de la persona privada de libertad para asegurarla, pues “*no es del caso juzgar hipótesis, sino realidades...*”³³.

Esa demostración aquí no ha existido, pues la razón del dictado de la prohibición, que debiera ser la circunstancia comprobada de que todas o casi todas las personas privadas de libertad, si tienen acceso a celulares, cometen delitos, no es tal. La experiencia carcelaria y la información recabada así lo demuestran, y, más allá de ellas, no parece haber ningún estudio de campo, ni dictamen de comisión del Poder Legislativo, ni recopilación de antecedentes criminales o estadísticos de algún organismo, que permitieran sostener lo contrario.

De ahí que la prohibición resulta irracional desde el punto de vista constitucional, por carecer de motivo que la sostenga, en tanto su justificación ni siquiera se apoya en una simple probabilidad.

La falta de racionalidad de la norma, de todos modos, no se agota en ello. En efecto, hay otras circunstancias que emergen de la realidad de las cosas que muestran la falta de coherencia del artículo 160 de la ley 24660, y que fueron lúcida-mente relevadas en un trabajo de Juliano sobre el tema³⁴: si se quiere evitar que la persona privada de libertad delinca mediante celulares en prisión, también debería prohibirse el uso de teléfonos fijos, que están habilitados allí, pues no se explica la razón por la cual el riesgo está en la telefonía móvil y no en la fija; si de lo que se trata es de evitar el contacto con el exterior para que la persona privada de libertad no cometa delitos ¿por qué no se la incomunica absolutamente, si es sabido que aunque no tenga celular puede mantener contacto con el afuera por medio de las visitas, las cartas, o el abogado?; si mediante celulares se cometen delitos en prisión, más deben de cometerse en el mundo libre (por la sencilla razón -agregamos nosotros- de que hay más personas libres que presas y, por tanto, más celulares fuera que dentro de la cárcel), pero entonces ¿por qué no se prohíbe su uso a todos los habitantes?

³³ “Dessy”, citado, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos, consid.15 (resaltado propio).

³⁴ JULIANO, Mario. *¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?*. Consultado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36474-debe-habilitarse-uso-telefonía-celular-población-carcelaria>.

Las dos primeras inferencias muestran el absurdo de la prohibición, y ciertamente no podrían ser respondidas por quienes la sostienen. La tercera (el razonamiento de que el peligro es mayor en el medio libre porque hay más cantidad de celulares que en la prisión), seguramente sí nos sería respondida, pero recurriendo a una muy particular (por llamarla de algún modo) concepción sobre la persona privada de libertad, que es la misma que tácitamente sostiene el legislador para justificar la prohibición.

Recordemos, por si hiciera falta, que en nuestro Estado de Derecho rige el principio de que las personas privadas de libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo los que específica y válidamente se les hayan restringido³⁵, que su ingreso a una cárcel no las despoja de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución³⁶, y que además deben ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano³⁷, de la que no pueden ser privadas aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentren cumpliendo una pena privativa de libertad³⁸.

Ahora bien, a contramano de todo eso, el artículo 160 de la ley 24660, al prohibir los celulares para *todas* las personas, sólo puede partir de una idea en la cual el preso o la presa es un ser malo, incorregible e incontrolable, que *aprovechará cualquier ventaja que se le proporcione para seguir delinquir, pues esa es su naturaleza*³⁹, o, precisamente, por poseer esa naturaleza, no podrá evitar delinquir si tiene un celular. Únicamente bajo esa ontología tan peculiar puede concebirse una prohibición absoluta, sin salvedades, que presume que el vínculo entre una persona privada de la libertad y un teléfono móvil terminará inevitablemente en un delito.

Se parte así de una imagen estereotipada de la persona en situación de prisión, a la manera de un ente animalizado, poco menos que irracional, que si tiene un celular no podrá detenerse en la carrera delictiva. Y ello, en los términos de la norma, aplica tanto a quien efectivamente puede organizar un crimen desde la prisión (que ha de haberlo, no se discute) que a una mujer pobre, vulnerable, que fue utilizada como mula para un contrabando de drogas, y que sólo querría usar el aparato para hablar con su hijo.

³⁵ Fallos 327:388; 334:1216.

³⁶ "Dessy", citado, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, consid.9.

³⁷ Art. 5 DUDH, 5.2 CADH; y art. 7 PIDCP.

³⁸ Fallos 313:1262, disidencia del juez Fayt.

³⁹ JULIANO, obr.cit.

Bien ha dicho la Corte Suprema que “*cuando es alto el número de reprobados, no es ya cuestión de preguntarse por los destinatarios del sistema, sino por el propio sentido de éste*”⁴⁰.

La identificación automática entre la persona privada de libertad y la persona delincuente, hija de un positivismo criminológico hace tiempo abandonado por la ciencia, es la que preside la ley 27.375 en esta cuestión. Esta idea es falsa de toda falsedad, y demuestra también por sí misma la irracionalidad de la norma.

En conclusión, al comprobar que el supuesto de hecho que alentó la prohibición no es real, porque no se comenten delitos con celulares en la cárcel de modo generalizado, ni la persona privada de libertad es un ser cuya tendencia natural sea delinquir si lo posee, tenemos una primera y esencial violación constitucional, al artículo 1° de la Carta Magna. Éste, al establecer el principio republicano, impone con ello la racionalidad a todos los actos de gobierno de la República⁴¹, entre ellos de las decisiones legislativas. En el caso esa premisa no se cumple, pues los presupuestos que tomó en cuenta el legislador para justificar la prohibición no existen.

VIII. Principio de razonabilidad. El celular como *arma* que atenta contra la seguridad

La racionalidad de los actos de gobierno también se manifiesta en el principio de razonabilidad, establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Entendido en su vertiente de *adecuación de medios a fines*, dicho principio implica que si esa correspondencia no existe la ley inferior debe ceder en beneficio de la vigencia del principio republicano sentado en el primer artículo de la Carta Magna⁴².

Enseña Bidart Campos que la razonabilidad impone que el “medio” escogido para alcanzar un “fin” guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin, esto es, que haya razón valedera para fundar tal o cual acto de poder⁴³. La Corte Suprema, coincidentemente, ha dicho que las leyes resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran⁴⁴. Por eso, se sos-

⁴⁰ “Dessy”, citado, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, consid.24.

⁴¹ Fallos: 328:566, consid.10, Voto de los jueces Zaffaroni y Maqueda.

⁴² Ibidem, mismo considerando.

⁴³ BIDART CAMPOS, obr.cit., p.516/7.

⁴⁴ Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, 328:566, entre otros.

tiene que el principio de razonabilidad ha operado en la jurisprudencia como una práctica consistente en pedir razones que justifiquen las normas jurídicas del sistema⁴⁵.

El control de razonabilidad de la norma del artículo 160 de la ley 24.660 partiría de esta fórmula: para garantizar la seguridad pública y la de los penales (fin), dado que el uso de celulares en prisión las afecta porque con ellos se cometen delitos, es necesario prohibirlos (medio).

Ahora, habiendo visto que es falsa la premisa de que los celulares en prisión se usan para delinquir de modo generalizado, no hay en la norma una *adecuación de medios a fines*, pues no se logrará más o mejor seguridad mediante la prohibición de un hecho que no la pone en riesgo.

Lo expuesto bastaría para considerar violentado el principio en tratamiento, pero podemos decir más.

Una regla que nadie desconoce es aquella que indica que *seguridad y libertad* son dos magnitudes inversamente proporcionales, en el sentido de que un reforzamiento de la primera redundaría en una mayor limitación de la segunda -sabemos que a mayor control, menos derechos, y viceversa-. Ante ello, la Corte Suprema ha reclamado discreción y prudencia cuando se trata de garantizar la *seguridad* como interés estatal, pues en un Estado de Derecho la sola invocación de “razones de seguridad”, sin un criterio objetivo que la motive, no puede justificar nunca la privación del goce de los derechos constitucionales⁴⁶.

Y particularmente en lo que atañe a la vigencia del principio de razonabilidad puesto en relación con la situación de las personas privadas de libertad, indicó que las restricciones a sus derechos establecidas con base en la preservación del orden y la disciplina de las cárceles y en la prevención de los delitos han de ser fruto del estudio y la cautela, pues los asuntos relativos al régimen interno de los presidios *piden delicadeza*, ya que los excesos reglamentarios suelen incubar los males que pretenden evitar⁴⁷.

A la luz de estas premisas, se observa que en este caso el principio de razonabilidad no se ha respetado, pues el legislador no obró en base a un criterio objetivo que justificara la prohibición ni ella ha sido fruto del estudio y de la cautela,

⁴⁵ Cfr. PEDERNERA ALLENDE, Matías. “El principio constitucional de razonabilidad: entre las razones justificatorias y la relevancia del derecho”, consultado en <https://oaji.net/articles/2017/3865-1516465242.pdf>.

⁴⁶ Fallos 306:126.

⁴⁷ “Dessy”, citado, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, condid.16.

sino, antes bien, es hija de una presunción no comprobada sobre una particular modalidad delictiva que no es tal. Y para colmo de males, tampoco ha actuado con discreción ni prudencia a la hora de establecerla, pues la impuso a todas las personas detenidas, de modo irrestricto.

En definitiva, lo que ha ocurrido aquí es lo que la Corte ha dicho que debe evitarse: hay un exceso normativo que vulnera derechos sin razón que lo justifique, pues no hay un nexo racional entre la disposición prohibitiva y los fines de garantizar la seguridad, en tanto la prohibición de contar con celulares en prisión carece de vinculación razonable con el propósito de asegurar dicho interés del Estado.

IX. El principio de reinserción social, y la ley contradictoria

La pena se justifica sólo por el propósito de reinsertar socialmente al individuo, siendo ese el único objetivo válido de la privación de la libertad en nuestro derecho positivo⁴⁸. Conforme a la reciente interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-29/22⁴⁹, el principio de reinserción social exige que el sistema penitenciario no deba deteriorar a la persona más allá del efecto inevitable de la situación de prisión, el cual, además, debe tratar de ser minimizado en la mayor medida de lo posible.

Y en lo que nos interesa aquí, en esa opinión consultiva ha dicho el tribunal regional, con base en el caso *López c. Argentina*⁵⁰, que el principio de reinserción exige, entre otras cosas, que el Estado garantice a las personas privadas de libertad el máximo contacto posible con su familia, con sus representantes y con el mundo exterior, ya que ello es fundamental para su rehabilitación social.

⁴⁸ Cfr. art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-29/22. Allí indica que cuando los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP establecen el principio de reinserción, indicando que el régimen penitenciario consiste en un tratamiento cuya finalidad esencial será la *reforma* y la readaptación social de los penados, el vocablo “reforma” debe entenderse en el sentido de que procura inducir comportamientos socialmente adecuados y no lesivos de los derechos de las demás personas, de modo tal que puedan reinsertarse en la sociedad, conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley. Consultado en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “López y otros vs. Argentina”, sentencia del 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), p.118.

Que una de las concreciones del principio de reinserción es la comunicación de la persona privada de la libertad con el medio libre es cuestión que también viene desde antaño siendo afirmada por nuestra Corte Suprema. Así, y volviendo al fallo Dessy -que campea a lo largo de todo este trabajo-, dijo el Alto Tribunal que “...*las comunicaciones con el exterior constituyen un elemento que, por lo regular, coadyuva significativamente en el aludido proceso de adaptación, puesto que el destino de éste radica precisamente en el retorno del sancionado al exterior*”⁵¹.

Y agregó allí mismo que el derecho de los presos a mantener comunicación el exterior contribuye más que retarda los fines de la rehabilitación, ya que los escasos vínculos que los detenidos retienen con sus comunidades o familias son esenciales para el éxito en su posterior retorno al mundo exterior⁵².

Conforme a los lineamientos dados por la Corte Interamericana y por nuestra Corte Suprema, entonces, el aseguramiento de la comunicación con el exterior de la persona privada de libertad no es no sólo un derecho que le asiste individualmente (en nuestra normativa interna, establecido a partir del art. 158 de la ley 24660), sino también un deber del Estado, pues resulta un elemento fundamental para cumplir con el objetivo de reinserción social asignado por la Constitución Nacional a la pena privativa de libertad. Y en ello, claramente, hay comprometido un interés estatal.

Ahora, es evidente que la norma que coarta esa comunicación sin razón necesaria *aleja* a la persona privada de libertad de sus vínculos familiares y sociales, y así impide o dificulta la realización de uno de los pilares en que se asienta el principio de reinserción.

La Corte Suprema reparó en ello (fallo Dessy, nuevamente), indicando que “...*cen-surar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que deberá reintegrarse tras el cumplimiento de la pena...*” Y agregó que el carácter permanente y no individualizado de una restricción legal a las comunicaciones, su inocultable generalidad (en aquel caso, la apertura y censura de la correspondencia de *todas* las personas privadas de libertad; aquí, las comunicaciones por celular de *todas* ellas), termina envolviendo un contrasentido, pues entorpece el mismo camino que procura recorrer. Y sostuvo finalmente que agravar de ese modo el ya inevitable aislamiento que conlleva una condena, no es, por ende, método preparatorio para la reinserción social, sino que, al contrario, favorece la marginación⁵³.

⁵¹ “Dessy”, citado, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, consid. 13.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

Hemos comprobado que el artículo 160 de la ley 24660 aparta a la persona privada de libertad del medio social al cual, se supone, todo el plexo de esa misma norma pretende devolverlo mediante el tratamiento que da contenido a la pena. Esa contradicción vuelve inconstitucional a la prohibición, ahora por contradicción con el principio de reinserción social al que debe propender.

X. El interés superior del niño y la protección integral de la familia, principio y garantía constitucionales dejados de lado por la ley inferior

Lo dicho en el párrafo anterior nos lleva casi naturalmente a la consideración de otros derechos y garantías también vulnerados por efecto de la separación o alejamiento de la persona privada de libertad del mundo exterior, que son, en muchos casos, el interés superior del niño, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴, y la protección integral de la familia, consagrada en el artículo 14 bis de la Carta Magna.

El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en toda decisión estatal emanada de los poderes administrativo, legislativo y judicial que pueda producir efectos sobre los menores se deberá contemplar primordialmente el interés superior de éstos⁵⁵.

Sobre la importancia del principio del interés superior del niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “...*toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia ...*”⁵⁶.

Y la Corte Suprema de Justicia, en el mismo sentido, estableció que el interés superior del niño constituye una pauta de decisión ante un conflicto de intereses, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los menores, en el sentido de que la resolución que se tome habrá de definirse por

⁵⁴ “Convención sobre los Derechos del Niño”, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989.

⁵⁵ A nivel interno, la ley 26.061, que establece directivas en resguardo del niño y de la unidad familiar, entre otras, consagra el derecho del menor a mantener “*en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres*” (art.11).

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 17-02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28/8/2002.

lo que resulte de mayor beneficio para ellos⁵⁷, agregando que la salvaguarda de ese interés superior condiciona las decisiones que se adopten⁵⁸.

De lo anterior se deduce que los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño son obligatorios para las autoridades, y que lo que se decida en cualquier ámbito cuyos efectos pueden tener incidencia en el interés de los niños -incluido el legislativo, obviamente-, debe estar a lo que más conviene a ellos.

De haberse respectado este principio constitucional, la prohibición debió haber hecho salvedad, al menos, de la situación de mujeres y hombres privados de la libertad que tienen hijos menores de 18 años⁵⁹ que viven extramuros, en respeto a la regla de que el interés superior de éstos prevalece sobre cualquier otro del Estado, incluido el ejercicio del *ius puniendi*. Pero al establecer indiscriminadamente la prohibición ni siquiera se ha reparado en ellos.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 17/02, dijo que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que “...*el Estado se halla obligado ... a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*”⁶⁰.

En el fallo “López vs. Argentina”⁶¹, la Corte Interamericana reafirmó que la familia tiene derecho a la protección del Estado y que éste se encuentra obligado a adoptar acciones positivas y negativas para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su núcleo familiar.

Ahora bien, las consecuencias inevitables de la privación de libertad exigen reglamentar el derecho al contacto personal entre la persona detenida y sus familiares, lo que se hace por medio del régimen de visitas. Pero ese derecho no es irrestricto (al contrario, es bien limitado), con lo cual, desde siempre, se lo ha fortalecido por otras vías de comunicación. Así, en las cárceles federales, primero con la correspondencia, luego con la telefonía fija instalada en los pabellones, y en los últimos años, en algunos casos, mediante el sistema de videoconferencias.

⁵⁷ CSJN, causa “S., C.”, sentencia del 2 de agosto de 2005, LA LEY, 2005-D, 873.

⁵⁸ Fallos 324:975; 326:2906, citados en causa nro.33/12, CNCP, Sala de Feria, “Fernández, Ana María s. rec. de casación. 10/1/12”, voto de la Dra. Ledesma.

⁵⁹ Para la Convención de los Derechos del Niño, niño es toda persona menor de 18 años (art.1)

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, p. 66.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos “López y otros vs. Argentina”, citado, p. 98.

Pero con los celulares, inopinadamente, eso no pasó, a pesar de que cristalizan de modo sencillo la directiva impuesta al Estado de adoptar medidas positivas para favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, y, como reflejo de ello, de evitar *injerencias arbitrarias* en la familia, lo que ocurre cuando, como aquí, se coarta el vínculo sin razón valedera.

¿En qué favorece el fortalecimiento del núcleo familiar la posibilidad de que una persona privada de libertad posea un teléfono móvil? En cosas tan sencillas como cotidianas, que nosotros cumplimos en persona, pero que ellas por su falta de libertad no pueden hacer.

Sin intención de ahondar en la manera en que se desenvuelven los vínculos afectivos entre los seres humanos, por conocidos, y también para evitar la referencia a emociones lacrimosas, por innecesario (demasiado drama es la cárcel), el celular permite la posibilidad a un padre o a una madre detenidos de dar las buenas noches a un hijo en un marco de mínima intimidad, y, acaso, de ver su cara en una pequeña pantalla; a un hijo o a una hija, de dar sosiego a una madre preocupada haciéndole saber que se está bien, en un ámbito hostil como la cárcel; de demostrar el afecto a la pareja; de conversar con un amigo; de estar al corriente de lo que está pasando en la sociedad; de recibir una noticia familiar, buena o mala, que no admite demora; y, en definitiva, de recibir afecto y apoyo emocional para contener *algo de lo mórbido y de la falta de esperanzas producidas por la vida y el aislamiento de la prisión*⁶². En síntesis, se trata de tener *más cerca* a la familia y a los allegados, y así atemperar el rigor de la soledad, siempre presente en estos lugares, aunque se esté con otras personas.

Nadie de nosotros, en la vida libre, tiene afectados esos contactos espontáneos y naturales, pero necesarios, que podemos cumplir personalmente o por cualquier medio de comunicación. Quien está en detención no puede hacerlo en persona, por su situación de encarcelamiento. Claramente, la posesión de un celular podría disminuir la dureza que eso implica. Entonces ¿por qué no cuenta con esa posibilidad? Porque la ley lo prohíbe.

Se nos podría oponer que los contactos de que hablamos pueden establecerse por medio de un teléfono fijo (así lo dijo el legislador, y más de una vez la justicia, a la hora de decidir en contra de la admisión de celulares en prisión⁶³). Pero ade-

⁶² “Dessy”, citado. Consid. 10 del voto de la mayoría.

⁶³ Entre otros, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, FLP 10067/2020/CA1, fallo del 5/5/2020, ratificando la decisión del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Lomas de Zamora, Secretaría de Asuntos Penitenciarios, del 7 de abril de 2020.

más de que eso sería como reclamarnos que no usáramos una computadora para redactar este texto porque existen las máquinas de escribir, hay otra cuestión no menor: el acceso a las líneas fijas de las cárceles se da en un marco de dificultad e incomodidad enormes. Los teléfonos de las prisiones ordinariamente funcionan mal (los digitales no responden cuando hay inclemencias climáticas, y los analógicos fallan por el mantenimiento deficiente y las instalaciones precarias); desde el interior de la cárcel las personas privadas de libertad deben llamar con tarjetas prepagas, que no se consiguen fácilmente; no todos los teléfonos son bidireccionales (para efectuar y recibir llamados); el mecanismo de cobro revertido se puede realizar en llamadas a teléfonos de línea fija pero no a celulares, etc.

Y después de sortear esas dificultades materiales, si se puede, vienen las otras: para hablar hay que esperar que otras personas lo hagan, y luego, hay que hacerlo por no mucho tiempo, porque, a su vez, hay otras que esperan por lo mismo. ¿Se sabe que en las cárceles federales hay pabellones de hasta 50 personas, que cuentan sólo con dos o tres teléfonos para hablar, cada una de ellas, con su familia, su defensa, eventualmente su consulado, las oficinas públicas, etc.⁶⁴ Y luego, no existe un mínimo de privacidad o de tranquilidad, porque las líneas están ubicadas como teléfonos públicos en el medio de los pabellones, rodeadas de gente y de gritos. En mayor o menor medida, es así en todos o casi todos los penales federales.

Es posible que estas realidades, como tantas de la prisión, no sean conocidas por el legislador o por aquellos jueces que han rechazado pedidos de habilitación de celulares con el argumento de que el vínculo familiar no se encuentra afectado porque existe la telefonía fija. Pero esa ignorancia no los excusa, sino que refuerza su responsabilidad, porque si desconocen el ámbito donde ha de regir la ley que dictan o aplican, no debieran avanzar tan livianamente imponiendo restricciones a los derechos de las personas cuyas consecuencias ignoran.

Por lo demás, recordemos que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para *facilitar* el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares⁶⁵, con lo cual la objeción anterior tampoco sería útil, pues ciertamente la tenencia de móviles *facilitaría* el vínculo familiar, y, como vemos, ello ya genera el deber estatal.

⁶⁴ Estas situaciones son proclives a la conflictividad y los entredichos, que luego suelen atribuirse al *carácter inestable* de las personas privadas de libertad. Más valdría pensar qué actitud tomaríamos quienes estamos en el medio libre, si necesitaríamos establecer una comunicación en estas condiciones, que en la cárcel son moneda corriente.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, p. 407.

En suma, la protección integral de la familia y del interés superior del niño pueden ser mejor asegurados con un pequeño aparato insignificante que no causa daño, y que permite, al menos -pero nada menos-, que la persona privada de libertad tenga más cerca a quien no puede tener al lado.

Otra vez, la prohibición que nos convoca es inconstitucional, ahora porque vulnera la protección integral de la familia y el interés superior del niño.

XI. Otros principios constitucionales violentados

En los párrafos anteriores se han desarrollado las afectaciones constitucionales más burdas que se producen mediante la prohibición del art.160 de la ley 24660, de modo de demostrar la falta de lógica de la norma. Pero no agotan, por cierto, todas las posibles vulneraciones de derechos y garantías constitucionales que provoca. Por lo pronto, una disposición como la analizada violenta el principio de trascendencia mínima de la pena⁶⁶, que impone evitar que la sanción penal impuesta a una persona afecte a terceros, y que, al decir de la Corte Interamericana, busca justamente que los efectos de la privación de la libertad no trasciendan de la persona del condenado más allá de lo indispensable...⁶⁷. Aquí, ciertamente, se niegan los derechos de terceros inocentes (familiares, allegados) sin que ello resulte necesario, dada la irracionalidad de la prohibición.

Por otro lado, la presente cuestión también involucra un principio básico pero fundamental, que es el del trato digno que se debe a las personas privadas de libertad⁶⁸, que acarrea la consecuente prohibición de someterlas a tratos *arbitrarios*, lo que en el caso ocurre porque la norma que hemos tratado adolece, precisamente, de arbitrariedad (la arbitrariedad es lo opuesto a la racionalidad).

⁶⁶ Artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Y Otros Vs. Argentina, citado, p.93.

⁶⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5, inc. 2; en términos análogos, art.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En igual sentido, la Regla 1 de las Reglas Mandela, que establece que “*todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...*”.

XII. Una aclaración final

Se ha justificado también la pertinencia de celulares en poder de las personas privadas de libertad con el argumento de que resultan un medio eficaz para registrar los actos de violencia institucional de los agentes penitenciarios. Por nuestra parte, no hemos querido ahondar en la cuestión, porque la propuesta, aunque justa, puede traer más problemas que soluciones. Es que si se considera al celular como un medio para obtener prueba de los actos ilícitos del personal penitenciario, entraremos en un terreno que fomentará una mayor reticencia que la que ya existe, y posiblemente, enseguida, dará lugar a renovadas afirmaciones de que, como el aparato es destinado a fines distintos del mantenimiento de las relaciones familiares y sociales, puede poner en riesgo la seguridad de los penales, utilizarse para delinquir, etc. Y así empezaremos otra vez con las falacias, desandando el camino que hay que transitar. Lo dicho sin contar que la persona detenida está bajo el dominio absoluto de la autoridad penitenciaria, con lo que no parece tan sencillo que pueda registrar esos actos a voluntad o sin riesgo. Por cierto, sería deseable que pudiera hacerlo, como también lo sería que no sufriera violencia por parte de quienes, precisamente, tienen el deber de cuidar su integridad y su vida⁶⁹, pero la realidad de la cárcel es otra cosa. Hemos preferido, entonces, limitarnos a afirmar la *necesidad* de que las personas privadas de libertad cuenten con telefonía celular para garantizar los derechos que ya poseen, ellas y sus familias, y el absurdo de la imposibilidad de que los tengan. Con ello, consideramos, es suficiente para derivar que la prohibición no debería sostenerse.

XIII. Conclusión

No es dudoso que un mundo anómalo como la prisión no es fácil de gobernar, y puede exigir recaudos y limitaciones no trasladables al medio libre. Pero las restricciones a derechos constitucionales reclaman siempre, y también en las cárceles, la existencia en el Estado de un interés sustancial que lo justifique, y aun antes que eso, que exista una situación de hecho que deba ser remediada en aras de asegurar dicho interés. Nada de eso ocurre aquí, donde el uso de celulares por las

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales respecto de la República Argentina-Asunto de las Penitenciarias de Mendoza, p. 52.

personas privadas de libertad no provoca un peligro cierto para la seguridad pública o para la de los penales, ni, por tanto, su prohibición ayuda en algo para preservarlas.

También es cierto que el derecho a las comunicaciones en la prisión no es absoluto, como ninguno lo es. Por ello, en los casos particulares en los que hubiera razones fundadas para temer que la tenencia del celular por alguien pueda derivar en un delito, la prohibición se volvería adecuada a su respecto, previa disposición judicial. Pero eso es lo que debió establecer la ley, y no recorrer el camino inverso y considerar que toda persona alojada en una cárcel federal, por ese hecho, ya es permanente sospechosa de dirigir organizaciones criminales, de cometer variados ilícitos, y de planear fugas o motines. Ese razonamiento absurdo es impropio de la cautela con la que debe obrar la ley, pero no ha de sorprender que ocurra, pues cuando la prohibición es para quienes están en prisión, tanto da.

¿Es preciso recordar, todo el tiempo, que la persona privada de libertad sigue siendo titular de todos los derechos que no están alcanzados por la pena? Pareciera que ello nunca queda afianzado del todo, y que está habilitado que pueda vulnerarse cualquiera de sus derechos sin que ello necesite mayor reflexión ni conlleve mayor gravedad para quien lo hace.

A lo largo de este escrito hemos citado recurrentemente el fallo “Dessy” de la Corte Suprema, porque la cuestión que se analizó allí presentaba aristas parecidas a las del tema que nos convoca. A esta altura de la evolución de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia, las formulaciones de ese precedente sólo debieran ser objeto de interesante estudio acerca de cómo hace tres décadas hubo que batallar y llegar hasta el Alto Tribunal Federal para que éste pusiera las cosas en su lugar, frente a una *burda* restricción a los derechos de las personas detenidas, como significaba leer sus cartas antes de que las enviaran, e impedirlo si emitían juicios sobre los penitenciarios, o incluso si contenían lenguaje “obsceno”. Lamentablemente, su cita ha sido necesaria, no con propósitos históricos, sino porque hoy mismo ese fallo vuelve con las mejores respuestas que pueden darse frente a una renovada e igualmente tosca vulneración de sus derechos. La triste actualidad del precedente es evidencia de que la ley retrocede una y otra vez cuando se trata de regular la situación de las personas privadas de libertad.

Al inicio de este trabajo se anotó como epígrafe la frase “*lasciate ogni speranza, voi ch'entrare*”, que es la inscripción que Dante ubicó en la puerta de entrada al *Infierno*, en la *Divina Comedia*. Significa “*deja toda esperanza, tú que entras*”.

Ese aviso, más de quinientos cincuenta años después de la publicación de la obra maestra, se reedita constantemente como inscripción que preside las puertas de nuestras cárceles, no sólo por lo que pasa allí día a día, sino también -y esto es muy grave- cada vez que el legislador dicta normas como la que hemos analizado.

Bibliografía y jurisprudencia

- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo I, segunda reimpresión, p.514.
- JULIANO, Mario. *¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?*. Consultado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36474-debe-habilitarse-uso-telefonía-celular-poblacion-carcelaria>.
- PEDERNERA ALLENDE, Matías. “*El principio constitucional de razonabilidad: entre las razones justificatorias y la relevancia del derecho*”, consultado en <https://oaji.net/articles/2017/3865-1516465242.pdf>.
- -Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. 21ª REUNIÓN – 20ª SESIÓN ORDINARIA (ESPECIAL) 23 de noviembre de 2016. PERÍODO 134º. PÁGINAS 55, 68 Y 154. Y también: 12ª REUNIÓN – 7ª SESIÓN ORDINARIA (ESPECIAL), 5 de julio de 2017. PERÍODO 135º. PÁGINA 34.
- -Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 5ª REUNIÓN, 3ª SESIÓN ESPECIAL, 26 de abril de 2017.
- -Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. *Impacto del COVID-19 en lugares de encierro de la República Argentina 2020-2021 -marzo de 2022-*. Consultado en https://cnpt.gob.ar/2022/wp-content/uploads/2022/04/Informe-Ampliado-COVID-19_mar2022_vf-110422.pdf.
- Boletín Público Normativo 638 del Servicio Penitenciario Federal. Actualización del Reglamento de Comunicaciones de los internos y nómina general de elementos permitidos, prohibidos y restringidos, punto 5 del Anexo II.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opiniones Consultivas C-29/22; 17-02
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos “*López y otros vs. Argentina*”, sentencia del 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares,

Fondo, Reparaciones y Costas); “*Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*”.

- CSJN. G.307.XXIV. “Gil de Giménez Colodrero, Dolores y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ daños y perjuicios”, sentencia del 5 de agosto de 1993. causa “S., C.”, sentencia del 2 de agosto de 2005, LA LEY, 2005-D, 873. Y Fallos 200:450; 247:121; 318:1894; 327:388; 334:1216; 313:1262; 328:566; 306:126; 324:975; 326:2906;
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala de FERIA, “Fernández, Ana María s. rec. de casación”. causa nro.33/12; 10/1/12, voto de la jueza. Ledesma.
- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala II. Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ Habeas Corpus Colectivo”
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, FLP 10067/2020/CA1, fallo del 5/5/2020

Hacinamiento y condiciones de detención. Desafíos y horizontes de proyección de la eterna crisis

Romina Alicia Magnano*

1. Palabras preliminares. Habitar el encierro carcelario

El crecimiento constante de las tasas de encarcelamiento en nuestro país no resulta un hecho nuevo, pese a que fue posible transitar la pandemia por COVID-19 sin variaciones sustanciales en el tópic de referencia¹, actualmente esta situación conserva los atributos de alarmante e innegable².

El incremento exponencial del número de personas privadas de libertad resulta un fenómeno multicausal que puede ser conectado con diferentes circunstancias tales como políticas públicas, corrientes punitivistas, el recurso al derecho penal como bastión de solución de conflictos sociales, influencia de la opinión pública, déficits en la aplicación de mecanismos alternativos de la prisión preventiva, reformas normativas que limitan el egreso del sistema penitenciario al limitar el acceso a las salidas anticipadas al agotamiento de la pena -conf. Ley 23.735 del año 2017-, etc. pero que no serán aquí abordados, más que como causa eficiente de su lógica derivación la sobrepoblación carcelaria.

* *Abogada, Universidad de Buenos Aires, diploma de honor. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Morón.*

¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado un informe sobre “Pandemia y Derechos Humanos” que permite trazar e historizar el impacto del COVID-19 en diferentes poblaciones, entre ellos, las personas privadas de libertad. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PandemiaDDHH_ES.pdf

² El reporte de estadísticas del SPF informa que por ejemplo el día 17/4/2023 la población alojada asciende a 11.350 y la capacidad operativa es de 10.932 <https://reporteestadisticas.spf.gob.ar/>. Mientras que la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires detalla en su Informe Anual 2022 un incremento de población detenida en cárceles, alcaidías y comisarias: 50.148 personas en 2020 y 54.107 en 2021 (pag.28 informe disponible en https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2022.pdf).

Pese a no desconocer este horizonte y tener registro de que no puede soslayarse su influencia, la producción de estas líneas no se centrarán en el análisis acerca de la política criminal estatal, ni tampoco respecto de la idea que subyace en un Estado que decide adoptar una gestión del conflicto social mediante la pena de privación de libertad, sino antes bien en la necesidad de establecer límites con enfoque de derechos humanos al trato brindado a estas personas encarceladas, concretamente, al impacto de las decisiones del Sistema Penal en este habitar el encierro.

2. El déficit que se traduce en vulneración de derechos. De cupos y otros números que hacen a la dignidad de las personas privadas de libertad

El déficit en la cantidad de plazas disponibles para el alojamiento de personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios destinados provoca un incremento de población en estos espacios, en ocasiones, más allá de lo que en su construcción se supo proyectar y a partir de allí el hacinamiento.

No es un hecho controvertido que tal crisis existe, en efecto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos supo ya 2019 disponer la declaración de Emergencia en Materia Penitenciaria (Res. MJ 183/2019) por tres años, decisión que implicó un reconocimiento de una sobrepoblación mayor al 12%. Emergencia, prorrogada nuevamente en 2022 (Res. MJ 436/2022) por dos años más y en el año 2024 (Res. MS 254/2024). La Procuración Penitenciaria de la Nación ha publicado un informe de “Diagnóstico Penitenciario Federal³” en el que se formula un análisis de la situación actual de los establecimientos penitenciarios federales.

La población alojada en el Servicio Penitenciario Federal al día 17 de abril de 2023 es de 11.350, la capacidad operativa denunciada por el propio organismo es de 10.932 plazas⁴. Es dable destacar que existían 5462 personas procesadas y 5875 condenadas.

Esta situación fáctica cuantificable constituye un fenómeno multicausal y que puede ser estudiado desde muy diferentes planos de análisis, desde la historia, la

³ “*Diagnóstico Penitenciario Federal*” ¿Cuántas personas entran las cárceles del Servicio Penitenciario Federal? ¿En qué condiciones están detenidas?, / 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación, 2023. disponible en <https://dpf.ppn.gov.ar/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Final-DPF.pdf>

⁴ <https://reporteestadisticas.spf.gob.ar/>

criminología, la gestión actuarial, económica, la política criminal, la gestión de obras públicas, la política legislativa, entre muchas otras, y, en cuanto aquí importa, el abordaje judicial de la cuestión.

Ahora bien, la sobrepoblación carcelaria se traduce en vulneración de derechos e, incluso, en algunas situaciones es constitutiva de tortura. Al propio tiempo, que conforma un incumplimiento a la posición de garante que el Estado posee, pudiendo generar responsabilidad internacional estatal. Asimismo, el castigo impuesto en condiciones de hacinamiento pierde todo contacto con las finalidades buscadas con la imposición de la pena y puede transformarse en un trato cruel, inhumano y degradante.

Un aspecto central del abordaje jurídico se vincula con la determinación de un cupo⁵ o guarismo que permita cumplir con los estándares locales⁶ e internacionales de alojamiento, esto es, que las condiciones de detención no impliquen una lesión a derechos humanos básicos de las personas privadas de libertad, como la dignidad, la vida la salud, la integridad física, entre otros.

Nótese que, si bien han existido proyectos, no hay un abordaje legislativo de este extremo⁷, lo cual ha llevado tanto a decisiones Ministeriales de gestión penitenciaria como a intervenciones jurisdiccionales en la materia⁸. No hay dudas de que sería deseable contar con una ley que regulara de manera adecuada esta materia, el desgaste jurisdiccional innecesario y el impacto en derechos tornan más incómodo el vacío legal.

Baste por ahora, señalar que la noción de cupo excede el simple agregado de camas y la medición de metros cuadrados, no es meramente cuantitativo, sino integral, en tanto implica a la infraestructura que impacta en el acceso a derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Así pues, el cupo o determinación de la capacidad de alojamiento de un establecimiento implica un concepto complejo que impacta en las condiciones en

⁵ Por cupo carcelario debe entenderse la cantidad de población que el sistema de encarcelamiento tiene capacidad para contener (conf. Kierszenbaum, Federico, El cupo carcelario como garantía de la pena de prisión, en AA.VV En: Pitlevnik, Leonardo; comp., Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas, Buenos Aires, Didot, 2019, pág 123).

⁶ Resolución ministerial 517-2021; Resolución PPN 123/19; CNPT Resolución 16/2021

⁷ La PPN posee un proyecto de Ley para la acreditación funcional de establecimientos para la privación de libertad y control de la superpoblación, disponible en <https://www.ppn.gov.ar/index.php/documentos/proyectos-legislativos/1799-presentacion-del-proyecto-de-ley-para-la-acreditacion-funcional-de-establecimientos-para-la-privacion-de-la-libertad-y-control-de-la-superpoblacion>

⁸ Sala II, Reg. 1351/19 FSM8237/2014/13/CFC1 rto. 28/6/19, intervención judicial en el marco de una acción de habeas corpus colectiva que guardó relación, entre otras cosas, con la situación de hacinamiento y la fijación de un cupo de alojamiento en el CPF 2 del SPF -Marcos Paz-.

las que el encierro se cumple, en la dignidad de su cumplimiento, alcanzando a aspectos físicos, del régimen de la vida carcelaria y al acceso a servicios básicos (acceso al agua potable para consumo y aseo personal; alimentación; atención médica; educación; trabajo y recreación en adecuadas condiciones -conf. CorteIDH Velez Loor vs. Panamá; Tibi, entre muchos otros-, siendo incluso considerada un trato cruel y degradante al imponer restricciones no previstas en la pena -art. 5 CADH-, entre otros).

Asimismo, la noción de cupo de alojamiento y de la operatividad de un establecimiento penitenciario adquiere relevancia como garantía de derechos, como garantía de la pena de prisión⁹.

Luego, el crecimiento exponencial del número de privados de libertad deriva, en habilitaciones de hecho de espacios no diseñados para ello, como son las comisarías, las alcaidías, las dependencias de otras fuerzas de seguridad -Escuadrones de Gendarmería Nacional, etc.- estas detenciones son ilícitas, ilegales, se encuentran reñidas con el orden jurídico local e internacional.

3. De alojamientos ilícitos. Permanencias prolongadas en Comisarías, dependencias de fuerzas de seguridad y Alcaidías

El número creciente de personas privadas de libertad generó una respuesta coyuntural, no deseada, pero improvisada desde hace muchos años, y se vincula con el alojamiento prolongado en lugares de tránsito, esto es, la permanencia de personas privadas de libertad en carácter de procesados o de condenados en lugares pensados, diseñados, construidos para estadías breves.

Comisarías, Escuadrones de Gendarmería, Alcaidas lugares diseñados para alojamientos transitorios de personas, que carecen de las condiciones de habitabilidad mínima, ya que, en términos generales, no cuentan con iluminación eléctrica suficiente, agua caliente, espacios para el descanso, la recreación, estudio, trabajo y de los recursos para la adecuada brindar la adecuada alimentación, atención sanitaria, médica e higiénica.

Incumplimiento de los estándares más básicos de alojamiento, puesta en riesgo de la salud, la integridad física y la vida de personas privadas de la libertad

⁹ Kierszenbaum, Federico, El cupo carcelario como garantía de la pena de prisión, en AA.VV En: Pitlevnik, Leonardo; comp., Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas, Buenos Aires, Didot, 2019, pág 135.

y del personal asignado a custodia y la pérdida del objetivo buscado con la finalidad de la pena privativa de libertad, reforma y readaptación social de las personas condenadas¹⁰ (art. 5 inc. 6° CADH, art. 10 inc. 3 PIDCyp, art. 1 Ley 24.660).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos Medidas ha dictado medidas cautelares que fueran solicitadas por la Comisión por la Memoria, el CELS y la Defensoría de Casación en 2012, 2016 y 2019 contra el Estado argentino por vulneraciones a los derechos humanos ocurridas en cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires¹¹

Por su parte la Procuración Penitenciaria de la Nación en su boletín estadístico n° 25 destacó que en el transcurso del año 2022 el número de personas privadas de libertad alojada en el SPF resultó estable, mientras que ello contrastó con el constante aumento de personas detenidas en alcaidías y comisarías de la Policía de la Ciudad, que a 10 de marzo de 2023 alcanza la cifra de 1110 personas (592 en alcaidías y 518 en comisarías vecinales)¹². Aquí las proporciones son igual de alarmantes el 54% de los alojados tiene decretada la prisión preventiva y el 18% registra un dictado de condena.

La Comisión Provincial por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, organismo que es parte del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura en su carácter de Mecanismo Local de Prevención de la Tortura (conf. Ley 26.827) da cuenta de la existencia de 49662 personas detenidas en cárceles y 4445 alojados en comisarías¹³. Por su parte el Informe Anual del año 2022 de este organismo destaca una sobrepoblación en comisarías del 263% en 2020 con un pico de 349% en noviembre de 2020¹⁴.

Debe recordarse que al privar de libertad a una persona el Estado adquiere un nivel especial de responsabilidad, se constituye en garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal (conf. CIDH “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” par.525)

¹⁰ CNPT Resolución 16/2021, Estándares Mínimos de capacidad de alojamiento y condiciones de detención en establecimientos penitenciarios del Comité Nacional de Prevención de la Tortura (aprobados mediante Resolución 16-2021), disponibles en <https://cnpt.gob.ar/2022/wp-content/uploads/2022/01/Estandares-1.pdf>. UNODC, Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBOnOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf

¹¹ MC-496-14, MC-37-15 y MC-104-12

¹² Fuente <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3482-las-carceles-en-numeros-boletin-estadistico-n-25>

¹³ <https://www.comisionporlamemoria.org/mecanismo-local-de-prevencion-de-la-tortura-de-la-provincia-de-buenos-aires/> -consultado el 18 de abril de 2023-.

¹⁴ Informe Anual 2022 Comité por la Memoria, op.cit. p. 84.

Personas sometidas a procesos ante la Justicia Federal en todo el país, alojamientos de personas privadas de libertad en delegaciones, destacamentos, comisarías, alcaldías y dependencias de fuerzas de seguridad por períodos que exceden las 24, 48 o 72 horas. Lugares inadecuados, períodos prolongados¹⁵.

En suma, alojamientos ilegítimos, ya que se materializan en espacios que no pueden satisfacer los estándares mínimos compatibles con el respeto a la dignidad personal, ni los propios fines de la pena, vinculados al régimen de progresividad previsto en la Ley n° 24.660.

4. Habeas Corpus Colectivo como respuesta jurisdiccional a deficitarias condiciones de detención. Mecanismos de diálogo

El art. 43 de la Constitución Nacional y la Ley 23.098 delimitan los contornos de la acción de la acción de *habeas corpus*, se trata de un remedio procesal constitucional, de una tutela procesal diferenciada. Al respecto, un instrumento que debe mencionarse por su valor pedagógico y utilidad es la Resolución V/ 2015 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias de la que emerge una Recomendación sobre Reglas de Buenas Prácticas en los procedimientos de *habeas corpus* correctivo.

Esta acción permite dotar de sentido concreto al derecho a la tutela judicial efectiva en tanto vehiculiza el derecho obtener un pronunciamiento que configure una respuesta válida (arts. 8.1 y 25 CADH). Como garantía posee el carácter su inderogabilidad¹⁶, de allí que no hay Emergencia -art. 23 y 43 *in fine* CN - que cancele su posible horizonte de proyección¹⁷.

¹⁵ El caso "Rivero" Fallos: 345:140, da cuenta de una situación de abuso sexual cometida contra una mujer en conflicto con la ley penal, alojada en una dependencia de una Fuerza de Seguridad -Gendarmería Nacional- por parte del personal que se encontraba a cargo de su custodia

¹⁶ Al ser reformado el Art. 43 en el año 1994, puede leerse en su último párrafo que si "...el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

¹⁷ La Opinión consultiva OC-8/87 (del 30 de enero de 1987) sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), dijo que no era posible su suspensión, en tanto remedio para proteger otros derechos inderogables, entre los que se encuentran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3); el derecho a la vida (Art. 4); el derecho a la integridad personal (Art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6) y el principio de legalidad y de retroactividad (Art. 9).

Resulta aplicable también a la situación de personas privadas de libertad. En palabras de la Dra. Ledesma, la realidad carcelaria ha impuesto a este tipo de acciones de *habeas corpus* correctivo como medio para sanear situaciones carcelarias que han encontrado solución por otra vía, tornando a este tipo de acción en “una pieza clave para el control sobre las condiciones de detención de los internos...”¹⁸

Esta tutela constitucional diferenciada permite dar contenido al mandato previsto en el art. 18 de la CN que declama que cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los allí privados de libertad (conf. Fallos 323:4108 y 327:5658).

Si bien no existen obstáculo para utilizar este remedio procesal constitucional frente a situaciones generales, colectivas y estructurales, el reconocimiento expreso de tal aptitud, por parte de la Corte suprema de Justicia de la Nación en un precedente hito, en el caso “Verbitsky” Fallos: 328:1146 rto. 3/5/2005 colaboró en la utilización de esta herramienta.

Así pues, en dicho caso fue señalado el *habeas corpus* como una vía con la aptitud procesal suficiente para reclamar la protección judicial efectiva de derechos de incidencia colectiva (cons. 16 y 17). El fallo de mención constituye un verdadero *leading case* en tanto parece haber iniciado un camino para el litigio colectivo en materia de condiciones de detención¹⁹.

Cabe recordar que el caso antes mencionado refiere a una acción deducida por el Centro de Estudios Legales y Sociales -en adelante CELS- en favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Ya en esta primera intervención el Alto Tribunal supo considerar que la existencia de superpoblación carcelaria afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de libertad y se correspondía con una situación genérica colectiva y estructural (cons. 23y 27 de la opinión de la mayoría).

En esta oportunidad, la CSJN dio inicio a un camino de diálogo entre las instituciones, en el considerando 26 del voto de la mayoría se alude específicamente a los límites del Poder Judicial en su actuación, en tanto no pueden imponerse estrategias o incidir en el diseño de la política criminal llevada adelante por la administración, en este caso, provincial, sino, antes bien, fijar pautas y establecer

¹⁸ Ledesma, Ángela Ester, *Juicio de hábeas corpus*, Bs. As, Hammurabi, 2014, pág. 80.

¹⁹ Filippini, Leonardo G., *La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta metodológica para su evaluación*, Edición: [1a ed.], en AA.VV Pitlevnik, Leonardo G.; dir., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Volumen: 3), pág. 148.

estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión, es por ello que supo subrayar que *“las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”* de allí que parte de lo resuelto conforme una sentencia exhortativa a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Sin embargo, en ese mismo precedente la CSJN supo disponer que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de menores y enfermos (punto dispositivo 3) e instruyo al mismo Tribunal a que, con la urgencia del caso, haga cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante susceptible de acarrear responsabilidad internacional del Estado Federal (punto 4° de los dispositivos) y finalmente requirió al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que practicara un informe en el que constaran las condiciones concretas en el que cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios, etc). *“a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas menos lesivas...”* -dispositivo 5°-.

Si bien, la CSJN inaugura un sendero de diálogo interinstitucional aplicable en la etapa de ejecución de un habeas corpus colectivo. Este camino fue sostenido en el tiempo pro el Alto Tribunal y es compartido también en la Recomendación V del Sistema de Cárceles de la CFCP. Sin embargo, el precedente citado no pasó por alto la responsabilidad individual de magistrados frente a las detenciones que no cumplen adecuadas condiciones y claramente, conforman un apartamiento inadmisibles de los estándares constitucionales y convencionales.

Este caso, no fue claramente el único en el CSJN se expidió respecto de alojamientos ilegítimos, así pues, de entre varios pronunciamientos en acciones colectivas, es dable mencionar que en Fallos, 332:2522 “Rivera Vaca” rto. 16/11/2009 acerca de la situación de hacinamiento e inadecuadas condiciones de detención en el Escuadrón 52 “Tartagal” de la Gendarmería Nacional, si bien con una remisión al Dictamen de Procurador General, aquí también se ventilaban las condiciones de un establecimiento de alojamiento transitorio. Allí fue entendido un alcance amplio y dinámico de la acción de habeas corpus colectiva, ya que pese a que la identidad y cantidad de las personas alojadas en la dependencia de la fuerza de seguridad había variado (incrementado) el problema estructural persistía y debía ser encauzada frente al Juez de primera instancia. Aquí nuevamente, se verifica la pertinencia de la acción para afrontar las situaciones colectivas vinculadas con

las condiciones de detención, más allá de la individualidad y de la persona alojada en la dependencia, esto es, para atender al conflicto complejo y estructuralmente.

La Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de expedirse nuevamente en el caso “Verbitsky” recientemente, allí vuelve a reconocerse como un camino de abordaje de situaciones de hacinamiento o conflictos vinculados a condiciones estructurales de detención, el del diálogo entre todos los actores involucrados, (Fallos: 344:1102, rto 13/5/2021).

En esta senda el Máximo Tribunal ratificó el diseño de intervención y gestión, un “modelo de solución” vinculado a la etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de los reclamos vinculados a situaciones colectivas estructurales vinculadas con los condiciones de detención, en este caso, de la Provincia de Buenos Aires (considerando 3° y 6), a través de las mesas de diálogo y la participación de los diferentes actores, interesados y áreas de gestión del Estado.

En esa segunda intervención la Corte Suprema pudo evaluar la ineficiencia en la obtención de resultados superadores impuso que en este nuevo pronunciamiento la CSJN llevará su atención al Poder Judicial, sin invadir las esferas de intervención administrativa, pero poniendo eje en su ámbito de competencia. Al respecto fue señalado que se *“exige una activa participación del Poder Judicial en el control de las políticas públicas de privación de la libertad y que ello genera múltiples dilemas respecto de las posibilidades y atributos de cada poder del Estado... El fallo quebró la inercia judicial e innovó de modo plausible en un territorio donde casi ninguna otra institución o tribunal había hecho demasiado por décadas, aun frente a la comprobada situación de las personas privadas de libertad...”*²⁰

En efecto, en el reciente pronunciamiento de la CSJN se ve revalorizada la etapa de ejecución de un habeas corpus colectivo en tanto viene de la mano de la evaluación de la eficacia de la implementación de las medidas adoptadas y la permanencia de la situación generadora del conflicto (cons. 10 del voto de la opinión de la mayoría).

En suma, más allá de su limitada eficacia el habeas corpus colectivo en ámbitos penitenciarios deviene en un instrumento o procedimiento institucional para la formulación de políticas públicas capaces de alcanzarla²¹.

²⁰ Filippini, Leonardo G., *La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta metodológica para su evaluación*, Edición: [1a ed.], en AA.VV Pitlevnik, Leonardo G.; dir., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Volumen: 3), pág. 155.

²¹ Filippini, Leonardo G., *La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta metodológica para su eva-*

Lo cierto es que esta estrategia de abordaje de conflictos estructurales colectivos en ámbitos de encierro es de resultado incierto y sin plazos fatales, con implementaciones paulatinas, pero también es ordenadora, es transversal y permite nuclear esfuerzos, sin menoscabar el debido espacio de no intromisión en las políticas públicas y evaluación de oportunidad, mérito y conveniencia de cada decisión en la esfera administrativa.

5. Más allá del diálogo y el habeas corpus colectivo

No hay novedad alguna, si vuelve a reiterarse que los sujetos procesales en el proceso penal, en particular jueces y juezas, poseen un deber constitucional y convencional más allá del requerimiento a la autoridad administrativa de que brinde adecuadas condiciones de alojamiento.

Soslayar el dato acerca del modo en que los detenidos habitan su encierro, no parece sostenible frente a una emergencia carcelaria que se perpetúa, que se intensifica. Devenir un encierro cautelar, una imposición de pena privativa de libertad en tortura en pena ilegal concita la responsabilidad de quien la impone, de quien la controla, de quien la ejecuta y supervisa, ya sea que se lo entienda como violencia institucional y sea para evaluar posibles impactos en el marco del proceso en el que fuera dictada la detención, mucho más si esta es cautelar²².

Un camino para los casos en los que ya se registra sentencia condenatoria es la compensación. Es decir, computar este contenido ilegítimo de la detención en favor del condenado. De algún modo es la senda trazada por la CorteIDH.

luación, Edición: [1a ed.], en AA.VV Pitlevnik, Leonardo G.; dir., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Volumen: 3), pág. 150

²² Esta situación respecto de los detenidos preventivamente ya ha concitado la preocupación de diversos organismos locales e internacionales de Derechos Humanos Erradicar la práctica de mantener a personas detenidas bajo prisión preventiva en comisarias, postas policiales o estaciones de policía. Y trasladar a estas personas a centros penales en espera de juicio, donde deberán permanecer separadas de las personas condenadas. A estos efectos, los Estados miembros de la OEA deberán adoptar las medidas necesarias para poder alojar a los detenidos en condiciones compatibles con la dignidad de las personas. De lo contrario, de no ser capaces de garantizar condiciones compatibles con la dignidad humana de las personas procesadas, deberá disponerse la aplicación de otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva o disponerse su libertad durante el juicio...” (CIDH “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” recomendación 6° respecto de Condiciones de Detención, del 30 de diciembre de 2013). Conf. CIDH Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto del quinto informe periódico de la Argentina. Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de la Argentina.

En efecto, fue señalado que “...las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional...”²³.

La CorteIDH desechó un camino más radical (en su parágrafo 122) vinculado a la inmediata puesta en libertad de los presos en razón de la inadmisibilidad de penas ilícitas en un Estado de derecho, si bien es firmemente principista y en la lógica jurídica casi inobjetable, fue atendido, que el riesgo de crear una enorme alarma social, puede ser motivo de males aún mayores.

Ahora bien, también se han comenzado a explorar caminos²⁴ menos convencionales como la concesión de un arresto domiciliario excepcional por fuera de los supuestos de los Arts. 10 del Código Penal, y 32 de la Ley N° 24.660, como normas de fondo, o de la aplicación de las previsiones del Art. 210 del Código Procesal Penal Federal en el marco de una detención en la jurisdicción federal de Mendoza.

Puntualmente, la Sala B de la Cámara Federal de Mendoza dispuso un arresto domiciliario hasta tanto exista cupo en el Complejo Penitenciario Federal VI de Luján de Cuyo. En caso de obtenerse, debería ordenarse el inmediato traslado de la persona a dicho establecimiento. Sujetó ese remedio procesal a la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, al cuidado de una persona guardadora, a la prohibición de salir del ámbito territorial, la retención de documentos de viaje y la supervisión quincenal por el Patronato de Liberados, todo ello bajo apercibimiento de revocar sin más el beneficio. Una de las cláusulas consistió en requerir la colocación en forma inmediata de un dispositivo de monitoreo electrónico, con la salvedad de que esa medida no obstaría a la efectivización del arresto domiciliario (FMZ 35.873/2022/8CA1, caratulado “Bordón, Franco Maximiliano s/ hábeas corpus”).

²³ CorteIDH “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil” 22/11/2018 parr. 120.

²⁴ Esta situación habida cuenta de la preocupación reiterada en numerosas oportunidades, también concitó el interés del Ministerio Público de la Nación, siendo contemplado por la Defensora General de la Nación a través del dictado de una recomendación general recientemente (Res. DGN 280/2023).

La CorteIDH en la Opinión Consultiva 29/22 “*Enfoques Diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad*” conformó un acabado análisis de los especiales impactos diferenciados del encierro en determinados grupos en especial situación de vulnerabilidad, lo cual es claramente potenciado exponencialmente frente a alojamiento ilegítimos.

Los habeas corpus individuales, los mecanismos de vigilancia electrónica, los análisis estrictos de procedencia de encierros cautelares, valorando riesgos adjetivos y peligros dogmáticamente inferidos de escalas penales, son todas vías procesales cuya aplicación debe evaluarse seriamente dado el enorme impacto en la vida, salud y dignidad de las personas privadas de libertad en espacios como las comisarías y dependencias de fuerzas de seguridad.

6. Palabras finales

El trato humano a las personas bajo su custodia es un imperativo, el modo en que se habita un encierro, las indebidas condiciones que se imponen a la privación de libertad estatal como respuesta ante la comisión de un ilícito no pueden quedar fuera del análisis del Sistema Penal.

El habeas corpus colectivo, como tutela constitucional diferenciada aparece como una respuesta institucional para interpelar a los tres poderes del Estado a actuar de manera coordinada (CSJ 1469/2014/RH1 Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 13/05/2021), pero no plenamente efectiva, más allá de los buenos deseos. Si bien el fallo citado responde a una evaluación practicada respecto de la provincia de Buenos Aires a nivel federal el panorama es cada vez más preocupante.

El camino aquí recorrido no resulta innovador, hay posibles senderos trazados, pero las crisis se profundizan y el repaso de la situación actual sólo procura persistir en la necesidad de interpelar, de propiciar el registro de que este estado de cosas conlleva condiciones de alojamiento inhumanas y a encierros ilegítimos. La emergencia hoy, es la del enfoque en derechos humanos, desde allí deben implementarse medidas y remedios procesales eficaces.

Bibliografía

- “*Diagnóstico Penitenciario Federal*” ¿Cuántas personas entran las cárceles del Servicio Penitenciario Federal? ¿En qué condiciones están detenidas?, / 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación, 2023. disponible en <https://dpf.ppn.gov.ar/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Final-DPF.pdf>
- Comisión Provincial por la Memoria Informe Anual 2022: el sistema de la crueldad XVI : sobre lugares de encierro, políticas de seguridad, salud mental y niñez en la provincia de Buenos Aires / coordinación general de Roberto Cipriano García ; Sandra Raggio. - 1a ed. - La Plata : Comisión Provincial por la Memoria, 2022
- Ale, Alejandro; Beltracchi, Pablo B y Ordóñez, Pablo E., *El hábeas corpus en el ámbito carcelario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Bertolino, Pedro Juan, *El hábeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. En: AAVV Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional : estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México ; Marcial Pons, 2008, Volumen: VII, p19
- Borda, Rodrigo / Pol, Luciana, *Sobrepoblación y hacinamiento carcelario. La instrumentación del fallo “Verbitsky” y otras estrategias para solucionar el problema*, Edición: 1a ed. En: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos humanos en la Argentina: Informe 2007.*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2007.
- Filippini, Leonardo G., *La ejecución del fallo “Verbitsky”. Una propuesta metodológica para su evaluación*, Edición: [1a ed.], en AA.VV Pitlevnik, Leonardo G.; dir., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Volumen: 3)
- García, Marcelo Jorge, *Acciones colectivas del habeas corpus y sobrepoblación carcelaria estructural en la provincia de Buenos Aires*, Edición: 1a ed., AA.VV En: Pitlevnik, Leonardo; comp., *Superpoblación carcelaria : dilemas y alterantivas*, Buenos Aires, Didot, 2019, Volumen: u)
- Kierszenbaum, Federico, *El cupo carcelario como garantía de la pena de prisión*, en AA.VV En: Pitlevnik, Leonardo; comp., *Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas*, Buenos Aires, Didot, 2019.

- Ledesma, Ángela Ester, *Juicio de hábeas corpus*, Bs. As, Hammurabi, 2014
- Riquert, Marcelo A., Más de dos décadas después de su interposición, un nuevo capítulo en la ejecución de la sentencia del hábeas corpus colectivo “Verbitsky”, *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, Volumen: 2022-6, Año Edición: 2022.
- Verbic, Francisco, ¿Por qué es necesario regular los procesos colectivos?: Propuesta de justificación de la tutela procesal diferenciada. Alejarse de las “esencias” y acercarse a los conflictos. Edición: 1a ed., AA.VVV Berizonce, Roberto O.; coord., Aportes para una Justicia más transparente: Homenaje a la memoria de Augusto M. Morello. Escuela platense de derecho procesal, La Plata, LEP (Librería Editora Platense), 2009.

El consumo de estupefacientes dentro de los establecimientos carcelarios y la respuesta estatal a esta problemática

Fernando Rubén Wiernes*

I. Introducción

El consumo de estupefacientes es un flagelo que avanza cada vez más en nuestra sociedad y, por supuesto, para aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad esto no es una excepción.

Sin embargo, y tal como veremos más adelante, en el caso de las personas condenadas o detenidas, por diversos factores (económicos, familiares, educativos, sociales, etc.), el consumo se acentúa aún más y genera una ola expansiva que afecta, además, a terceras personas, instituciones del estado y, sobre todo, al fin resocializador de la pena que establece el art. 18 de la Constitución Nacional.

A continuación, expondremos brevemente datos y estadísticas de diferentes fuentes, que permitirán ilustrar cuál es la situación actual de consumo de estupefacientes —en particular, dentro de los establecimientos carcelarios— y, sobre todo, intentaremos formular una crítica a la respuesta del estado frente a esta problemática, que se agrava cada vez más y que se hace necesario mitigar si se pretende lograr verdaderamente la reinserción de las personas en la sociedad una vez que son liberadas o cumplen su condena.

II. El consumo de sustancias psicoactivas en la población general

A modo de ilustrar la situación de mayor consumo de las personas por franja etaria y por tipo de sustancias en Argentina, podemos señalar que: respecto del con-

* *Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría Federal de primera y segunda instancia de Comodoro Rivadavia.*

sumo de marihuana, los jóvenes de 18 a 24 años representan la tasa más elevada de consumo de dicha sustancia, llegando al 29,3%, y con una tasa del 26,8% entre los de 25 a 34 años.

Respecto del consumo de cocaína, entre la población de 25 a 34 años se encuentran las tasas de mayor consumo (7,7 %), descendiendo al 6,5 % en las personas que tienen entre 18 a 24 años, y 6,4 % en el grupo de 35 a 49 años. Es decir que cabe concluir que el consumo de dicha sustancia entre los 18 y 49 años no desciende del 6,4% de la población.

En relación con el consumo de tranquilizantes, se presenta mayor tasa de consumo entre las personas de 25 a 34 años, llegando al 5,0%.

Por su parte, las tasas de consumo entre las personas que alguna vez en la vida consumieron analgésicos opiáceos promedian el 6,2% entre los 18 y 65 años.

En menor proporción se presenta el consumo de alucinógenos, siendo las tasas más altas las que se encuentran en la población de 18 a 34 años (4,3%), el hachís y éxtasis, la prevalencia de vida promedia el 2,0% entre los adultos de 18 a 49 años. En cuanto a las tasas de consumo de solventes e inhalables y de pasta base- paco son cercanas al 1% entre las personas de 18 a 24 años.

Los consumos realizados alguna vez en la vida de ketamina, esteroides anabolizantes, crack, morfina, heroína, opio y otras drogas cuyas tasas promedian el 0,5%, no tienen diferencias significativas según los grupos de edad analizados, aunque en el caso de ketamina, la prevalencia sobrepasa el 1,0% entre los adultos de 18 a 24 años.

En definitiva, estos datos nos enseñan que la proporción de personas que probaron alguna droga ilícita es marcadamente superior en la población de 18 a 34 años (la tasa en promedio alcanza el 29 %). “Estudio Nacional en población de 12 a 65 años, sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas 2017”¹.

Ahora bien, adentrándonos puntualmente en la situación de las personas privadas de la libertad, analizando un muy completo trabajo en el tema, sobre un total de 2988 personas entrevistadas que representan alrededor de 42.536 personas privadas de la libertad, el 96% de los entrevistados son varones de los cuales dos tercios de la población son menores de 34 años y el 43.7 % pertenece al grupo etario de 25 a 34 años de edad.

Es decir que conforme lo señalado en la primera parte, la mayoría de la po-

¹ Consultado en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/10/oad_2017_estudio_nacional_en_poblacion_sobre_consumo_de_sustancias_psicoactivas_magnitud_del_consumo_de_sustancias_2.pdf

blación privada de su libertad está dentro del rango de edad con los mayores índices de consumo de las diferentes sustancias psicotrópicas, (18 a 34, la marihuana; de 25 a 34, la cocaína; de 25 a 34, los tranquilizantes, etc.).

De allí que no sorprende observar que, cuando se analiza la prevalencia de vida de consumo de sustancias psicoactivas en la población general y se la compara con la población privada de la libertad se puede advertir un porcentaje considerablemente mayor de consumo entre estas últimas, a saber:

- Consumo de marihuana en población general: 16,3%, frente al consumo de la población privada de libertad del 55,5%;
- Consumo de cocaína en población general: 8,2%, consumo de dicha sustancia en población privada de libertad: 48,6%;
- Consumo de alguna droga ilícita en población general: 17,1%, consumo en población privada de libertad: 64,4%².

Nuevamente, se puede advertir que, el consumo de sustancias en población privada de libertad es diferencial según la edad, siendo la población entre 18 a 34 años la que presenta tasas más altas de consumo, llegando incluso al 86,2% de la población entre los 18 y 24 años, que declaró haber consumido alguna droga ilícita al menos una vez en la vida.

Los datos brevemente presentados resultan necesarios a fines de dimensionar la problemática que genera en las personas encarceladas el consumo de estupefacientes, a los cuales deben sumarse numerosos factores que empeoran el cuadro de adicciones y, sobre todo, sopesarlo con la respuesta de las instituciones frente al dificultoso panorama que se observa.

Es necesario señalar que el problema del uso de drogas dentro de los establecimientos carcelarios excede el problema delictual, sin perjuicio de las vinculaciones a las cuales nos referiremos *infra*.

Claramente, encontrar un nivel tan elevado de consumo de estupefacientes dentro de los establecimientos carcelarios, a simple vista, nos arroja una preocupante conclusión que resulta ineludible: el fin resocializador de la pena no es más que una quimera mientras se mantengan estos porcentajes de consumo, y los datos indican que la necesidad e importancia de un tratamiento de drogas en la población penitenciaria.

² “Estudio Nacional Sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Relación con la Comisión de Delitos en Población Privada de Libertad”. Consultado en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/10/oad_2009._muerte_relacionada_al_consumo_de_drogas_analisis_de_necropsias.pdf

Si además se tiene presente la conclusión del mencionado estudio, en la cual se observa una relación entre el consumo de drogas y la comisión de delitos, la cual, si bien no es absoluta, es un indicador de que, entre otros, prevalece por las diversas vinculaciones a las cuales nos referiremos brevemente.

Estos porcentajes o fracción corresponden a los delitos cometidos directamente vinculados al consumo y/o tráfico de drogas, y se consideran cuatro tipos de vinculaciones:

- Vinculación psicofarmacológica: Aquí se agrupan los delitos cometidos bajo efectos de drogas y alcohol, sin cuyo consumo el delito no se hubiera cometido. 20.6 %
- Vinculación económica: Aquí se agrupan aquellos delitos cometidos para obtener recursos para conseguir drogas. 10%
- Vinculación sistémica: son algo más complejos, pero básicamente son aquellos delitos que se vinculan al “mercado” de las drogas, (Por ejemplo, las peleas territoriales, secuestro, amenaza, extorsión, etc.). 4%
- Vinculación legal: son puntualmente aquellos delitos que infringen las Leyes 23.737 y 25.246 (4.7 %).

Los porcentajes expresados corresponden a delitos cometidos por población condenada que tuvieron asociación con drogas, según el tipo de vinculación referida³.

Debe aclararse que, al analizar cada caso en particular, es posible que, ante un acto ilícito cometido, pueda existir más de una vinculación.

De allí que resulta imperioso generar un plan de acción que brinde una respuesta más efectiva para mitigar los efectos negativos que la drogodependencia genera en las personas —en particular— aquellas que fueron privadas de la libertad.

Asimismo, y conforme al artículo citado, debe tenerse presente que un porcentaje considerable de los delitos por los cuales las personas se encuentran privadas de la libertad tienen una vinculación directa con el consumo y/o tráfico de drogas. Sumado a ello, también se pudo observar que el porcentaje de personas que consumen estupefacientes es considerablemente mayor entre aquellas que se encuentran detenidas, con respecto a la población general, de manera que, si no

³ “Estudio Nacional Sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Relación con la Comisión de Delitos en Población Privada de Libertad”. Consultado en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/10/oad_2009._muerte_relacionada_al_consumo_de_drogas_analisis_de_necropsias.pdf

se estatuye una verdadera política sanitaria a fines de contener el consumo dentro de los establecimientos carcelarios, el destino no puede ser otro que el fracaso.

III. La Ley 23.737 y las diversas medidas sancionatorias de las instituciones carcelarias

A raíz de los datos observados *supra*, no es de extrañar que resulten sumamente frecuentes los procesos iniciados contra personas detenidas a las cuales se las encuentra en posesión de sustancias estupefacientes y a las que se les imputan los distintos tipos de tenencia de dicho material, o el suministro, de conformidad con el catálogo tipificado en la Ley 23.737.

De hecho, hasta el reciente pronunciamiento de nuestro máximo tribunal, de fecha 30 de agosto del año 2022 en la causa “Salvini, Marcelo Daniel s/ Recurso extraordinario”, (FPA 9510/2017/3/1/1/RH1), era frecuente la imputación por tenencia de estupefacientes para consumo personal a internos, siendo numerosos los tribunales de nuestro país que consideraban que no se podían aplicar los preceptos esgrimidos por de la CSJN en el fallo “Arriola”, es decir que, se consideraba que no correspondía declarar la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley 23.737 cuando la tenencia de estupefacientes para consumo personal se verificaba dentro de los establecimientos carcelarios⁴.

Así las cosas, debían continuarse los procesos con todo el agravamiento que dicha situación provocaba a la persona imputada, (suspensión de salidas transitorias, puntaje desfavorable, suspensión de visitas etc.).

De allí que, no obstante las diversas salidas alternativas del proceso a las cuales podía recurrirse para evitar una condena al procesado, sabido es, que siempre el transitar mismo del proceso implica algún desmedro en la situación jurídica de las personas privadas de la libertad. Así, por ejemplo, es sumamente dificultoso aplicar las medidas educativas o curativas de los art. 17 y 18 de la Ley 23.737, puesto que dichas medidas dentro de los establecimientos carcelarios no se pueden realizar por el carácter ambulatorio que normalmente tienen.

Ahora bien, con posterioridad al fallo “Salvini”, esta circunstancia ha desaparecido en gran medida, no obstante lo cual, como veremos más adelante, se presentan varias aristas que deben analizarse y que hacen que, el problema de fondo, obviamente no desaparezca.

⁴ Fallos consultados en <http://www.sajj.gob.ar>

IV. Centros de rehabilitación de drogodependientes. Una solución insuficiente

Frente al problema del consumo de sustancias en establecimientos carcelarios, como única alternativa que efectivamente procura atender el problema de consumo en las personas privadas de la libertad se han creado los “Centros de Rehabilitación de Drogodependientes”, (CRD), cuyo funcionamiento se desarrolla en las unidades penitenciarias federales.

Con razón se ha señalado respecto a este tema que se presenta una tensión que deriva de la coexistencia de tres legalidades que concluyen respecto del consumo problemático en los centros de detención a saber: La Ley 24.660 de Ejecución de la Pena; la Ley 23.737 de estupefacientes y la Ley Nacional de Salud Mental No. 26.657, cuya finalidad resulta en muchos casos antagónica. “Cárcel y consumos problemáticos”⁵.

Expresamente la Ley 24660 dispone en su Art. 185 inciso “j”; que: “Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes: ... j) Secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes”.

Como respuesta a esta manda es que se han creado los CRD, que tampoco ofrecen una solución al problema por cuestiones que escapan al análisis de este trabajo, pero que, en la citada fuente, se explica con claridad cuáles son sus fallencias y, además, ofrecen una solución alternativa para mejorar dicha propuesta.

Independientemente de lo dicho, y más allá de las observaciones que se puedan realizar al sistema, solo analizando los cupos que existen en las diferentes unidades penitenciarias federales, claramente nos demuestra, al ser contrastado con los índices de consumo en dichos establecimientos, que para muchas personas con problemas de adicción que voluntariamente desean realizar un tratamiento esta posibilidad queda vedada.

De allí que, si tenemos presentes los números expuestos al inicio del presente trabajo, vemos que en relación con las plazas que se enumeran a continuación esta solución es insuficiente:

En el CPF I, Ezeiza, cuya población es de 2080 varones, el CRD cuenta con un cupo de 24 plazas.

⁵ Consultado en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/SaludMental/Disertaciones-Consumo-problematico-y-carceles.pdf>

En el CPF IV, Ezeiza, que aloja mujeres, de un total de 361 PPL, el cupo para el CRD es de 32.

En el CPJA, Marcos Paz, que está destinado al alojamiento de varones jóvenes adultos, entre 18 y 21 años, de acuerdo con lo establecido por el artículo 8 del Código Penal y el 114 de la Ley Penitenciaria Nacional (Decreto Ley 412/58). Actualmente aloja 291 jóvenes y el CRD tiene un cupo de 44 plazas.

El Complejo de Güemes, en Salta, aloja tanto varones como mujeres. El CRD cuenta con 12 plazas para varones adultos en el marco de una población total de 522 PPL.

En cuanto a la Unidad No. 6 de Rawson, que es de régimen cerrado, la población total es de 408 PPL, y el cupo en el CRD de 19 plazas.

La Unidad No. 7 en el Chaco, con una población total de 386, las plazas son 14 (datos correspondientes al año 2020). “Cárcel y consumos problemáticos”⁶.

Por ello es lícito afirmar que aún quedan muchas personas con problemas de consumo que, por más que quieran realizar tratamiento por su adicción a las drogas, es poco probable que puedan acceder a este.

Es evidente, a simple vista, que las plazas y el abordaje del problema resultan exiguos frente al problema por resolver.

Sumado a lo expuesto en el párrafo anterior, hay que destacar que estamos dejando fuera de este supuesto a los centros de detenciones provinciales y las comisarías, quedando supeditados a la solución más o menos efectiva que cada provincia ofrezca, siendo, en la mayoría de los casos, inexistente.

Como efecto ineludible de la adicción a los estupefacientes se deben considerar otros problemas que se presentan como resultado del consumo, principalmente, por la necesidad del adicto de proveerse de dicha sustancia.

Por ello, y pese al avance que significó el Fallo Salvini en el necesario reconocimiento del derecho a la intimidad de las personas privadas de la libertad, esta circunstancia no escapa al dificultoso dilema del abastecimiento del estupefaciente por parte del consumidor que deberá recurrir a soluciones clandestinas con efectos colaterales no deseados para sí mismo, terceras personas o, incluso, las instituciones, todo ello en pos de satisfacer su adicción.

Así, por ejemplo, son numerosas las causas que se inician contra familiares de los detenidos, que son imputados por suministro de estupefacientes, al ingresar

⁶ Consultado en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/SaludMental/Disertaciones-Consumo-problematico-y-carceles.pdf>

drogas en las visitas o llevar mercaderías a los centros de detención, o el comercio de estupefacientes que muchas veces realizan otros detenidos dentro de los presidios o, incluso, cuando se realiza en connivencia con el personal del servicio penitenciario o personal policial al cuidado de los internos.

Conforme los datos analizados, podemos señalar que la realidad que se vive actualmente en el país y, puntualmente en los centros de detención federales, provinciales y de CABA, es que respecto de las personas que consumen estupefacientes en cualquiera de sus estadios (experimentador, consumidor habitual o drogodependiente), prácticamente la única respuesta que brinda el estado Nacional es la punitiva.

Como ha advertido la Secretaría de Coordinación Institucional en la Mesa de Trabajo MPF sobre narco criminalidad en establecimientos penitenciarios, en dichos lugares de detención existen no pocos casos en los cuales personas cometen delitos aun estando detenidos, incluso, con la connivencia por parte de los agentes del servicio penitenciario, quedando —claro está— el tráfico de estupefacientes incluido. “Análisis institucional sobre el fenómeno de la narco-criminalidad cometida desde el interior de establecimientos penitenciarios”⁷.

Y es que dicho fenómeno es ineludible: existiendo demanda, de alguna manera la oferta ha de satisfacerse y, para las personas condenadas o detenidas que resultan ser adictas a las drogas, dicha adicción hará que imperativamente busquen la manera de obtener el material estupefaciente por cualquier vía, quedando a merced de otros para la provisión de estos, sean dichos proveedores detenidos, personal del servicio penitenciario o terceras personas como amigos o familiares.

Por su parte, la Ley 26.657 de salud mental determina que las personas adictas son personas enfermas, por lo cual, es contrario al espíritu de la ley y de la CN que prácticamente la única respuesta que puede esperar un adicto del estado sea la punitiva, no contando con instrumento legal y, sobre todo, sanitario para afrontar su problema.

Y es que, conforme al diseño mismo de los CRD y a los cupos que actualmente tienen las unidades federales que lo implementan, es evidente que se deja a muchas personas fuera del sistema, más si se tiene presente que el 78,2 %, de los detenidos —que representan a 21.441 personas privadas de la libertad— manifestaron la intención de dejar las drogas.

⁷ . Consultado en [<https://www.mpf.gob.ar/procurar/files/2022/03/An%C3%A1lisis-institucional-sobre-el-fen%C3%B3meno-de-la-Narcocriminalidad-cometida-desde-el-interior-de-establecimientos-penitenciarios-1.pdf>]

Es decir que, de conformidad con los números de consumidores y los cupos de los CRD que se expusieron, vemos que un porcentaje mayoritario de individuos adictos enfermos no tienen acceso a un tratamiento eficaz contra su adicción, con todas las consecuencias que dicho problema acarrea para su reinserción en la sociedad al recuperar la libertad. “Estudio Nacional Sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Relación con la Comisión de Delitos en Población Privada de Libertad”⁸.

Como señalamos *supra*, el consumo por parte de los detenidos tiene efectos colaterales indeseados para el fin mismo de la pena, para las instituciones y para terceras personas.

No es raro observar que muchas veces la condición del adicto privado de la libertad genera efectos en la familia, no siendo extraños los casos en los cuales estos últimos se ven vinculados casi compulsivamente en causas penales por suministro de estupefacientes a sus familiares detenidos, que les exigen, los engañan o amenazan diciendo que, si no lo hacen, serán lastimados por otros presos. En definitiva, la casuística por la cual se dan los suministros por parte de familiares es abundante.

Frente a este dilema, el único antecedente que pudimos encontrar, que procura dar una solución diferente a la punitiva y presenta un aspecto más humano en relación con la situación de las personas, es el realizado por Sr. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Javier Augusto de Luca en su Dictamen No. 9983, en la causa “GOMEZ, Analía Verónica” No. FMZ 55018152/2012/CA1 – CFC, Sala IV, en el cual ha contemplado circunstancias de la realidad que la letra fría de la Ley 23.737 no ha previsto y ha ofrecido una solución más integral o, si se quiere, ofreciendo por parte del poder punitivo del estado una respuesta diferente a la represiva entendiendo que es inhumano exigir una conducta diferente al familiar del adicto que intenta ingresar estupefacientes, aunque —claro está— como expresamente señaló el nombrado magistrado, dicho criterio no implica la legalización de esa conducta.

Si bien lejos de este trabajo está la ambición de brindar una respuesta definitiva, entendemos que el análisis de la situación planteada debe resultar suficiente para procurar un cambio de rumbo y emprender la construcción de una solución diferente a la que se viene dando desde la sanción de la Ley 23.737, toda vez que

⁸ Consultado en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/10/oad_2009._muerte_relacionada_al_consumo_de_drogas_analisis_de_necropsias.pdf

—como ostensiblemente se aprecia con los datos brindados— la respuesta del estado ha sido ineficaz para abordar el problema del narcotráfico y significó muchas veces una persecución descarnada contra el consumidor y el adicto a los estupefacientes, y no a las organizaciones narcocriminales. Lo dicho, claro está, no resulta ser una excepción en los centros de detención y respecto de las personas privadas de su libertad.

Así las cosas, la posibilidad de acceso a programas para desintoxicación y para afrontar los problemas de consumo de sustancias resultan escasos e ineficaces, y debería trabajarse en mejorar y dotar de más recursos dichos programas para un tratamiento eficaz y aún más abarcativo que aquellos que se vienen ofreciendo en la actualidad.

Indudablemente, dichos recursos deben estar a cargo de personas idóneas en el campo de la salud mental y no a cargo del director del establecimiento de detención. Aquí compartimos las recomendaciones realizadas por el equipo de salud mental en el trabajo “Cárcel y consumos problemáticos”, ya que el abordaje a esta problemática es específico y, en este caso, el establecimiento penitenciario debe intervenir exclusivamente para garantizar la seguridad de las personas a tratar, y el personal especializado que brinda el tratamiento debe ser el que disponga el destino de los recursos de la manera que considere más eficiente.

En contra del argumento de la falta de recursos que seguramente será esgrimido, la propuesta que se realiza no se plantea desde un ideal ajeno a las circunstancias sociales y económicas del país, sino de plantear una solución distinta en las cuales, los recursos del estado que actualmente se utilizan para perseguir y reprimir a los consumidores se destinen a herramientas que científicamente demuestren ser más eficaces para el fin perseguido, es decir, erradicar o disminuir el consumo de estupefacientes dentro de los lugares de detención y todas aquellas cuestiones que son su consecuencia y que fueron desarrolladas en el presente trabajo.

Además, hay que tener presente que, conforme surge de los datos aportados por el CELS, el delito de drogas constituye el motivo de encarcelamiento penal que más ha crecido en Argentina en las últimas décadas y que, sumado a ello, el 47% de las causas por drogas iniciadas en la justicia federal del país fueron por tenencia simple y consumo personal, llegando al 50% en las jurisdicciones de CABA, regiones de centro-Cuyo y la Patagonia. “Presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales al Grupo de Trabajo de ONU sobre Detenciones Arbi-

trarias - Resolución 42/22 del Consejo de Derechos Humanos, estudio sobre la detención arbitraria relacionada con las políticas de drogas- Junio 2020⁹⁹.

Por ello, si tenemos en cuenta el cúmulo de causas a las cuales se destinan los recursos económicos, de trabajo y, sobre todo, de tiempo, y que, además, dichas causas resultan ser sobre consumo y tenencia simple de estupefacientes, claramente se están desperdiciando recursos que podrían destinarse a programas más eficientes para abordar el problema de fondo que gravita en dichos procesos.

Ahora bien, a fines de asegurar mejores resultados, los programas deben ser llevados adelante por un grupo interdisciplinario con conocimiento del tema, desvinculado de los responsables de los establecimientos carcelarios para los cuales solo debe pesar la responsabilidad de la guarda y del cuidado de los detenidos y no de su tratamiento por adicción.

Finalmente sería adecuada —y brindaría aún más seguridad jurídica— una reforma de la Ley 23.737, en la cual se afronten los problemas del tráfico de estupefacientes, impidiendo que los tribunales concentren sus esfuerzos en perseguir y castigar al consumidor de dichas sustancias y, de esta manera, evitar la formación de causas que implican la utilización de recursos económicos y de capital humano del estado en causas que fatalmente terminan en una declaración de inconstitucionalidad.

Si bien compartimos cabalmente el reconocimiento del derecho a la intimidad recientemente declarado por la CSJN en el Fallo “Salvini”, respecto de las personas detenidas no es menos cierto que el estado tiene la responsabilidad de mitigar el flagelo del consumo problemático de estupefacientes, sobre todo, dentro de los establecimientos carcelarios, por lo cual no debe tener una tolerancia pasiva frente al fenómeno de consumo de sustancias por parte de las personas detenidas. Además, es evidente que, si las personas están detenidas con la finalidad de ser reinseridas en la sociedad, mantener una “tolerancia pasiva” frente al consumo de estupefacientes dentro de los establecimientos carcelarios tampoco significa una solución al problema de fondo y es contrario al fin mismo de la pena.

Tampoco, claro está, resulta una solución eficaz afrontar el problema de consumo o adicción a las drogas dentro de los centros penitenciarios, con una única respuesta punitiva como la que se ha venido teniendo desde la sanción de la Ley

⁹⁹ Consultado en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/Call/CSOs/Centro_de_Estudios_Legales_y_Sociales.pdf

23.737, cuyos resultados saltan a la vista. Es evidente que, si se pretende brindar algún tipo de respuesta al fenómeno del consumo de estupefacientes por parte de los detenidos, dicha respuesta debe quedar fuera del ámbito penal.

Si bien el fallo de nuestro máximo tribunal en la causa “*Salvini, Marcelo Daniel y otro s/ incidente de recurso extraordinario*” ha extendido la solución del fallo “*Arriola*” para los casos en los cuales la tenencia para consumo del material estupefaciente se verifique dentro de los lugares de detención, sigue implicando la formación de causas con todo lo que ello conlleva, sin aportar ninguna solución más que la persecución misma, en las cuales incluso no es extraño encontrar una persona adicta, detenida, con más de una causa formada en su contra y cuyo destino, en definitiva, termina siendo la declaración de inconstitucionalidad.

Si bien la solución de la CSJN es más justa, entendemos que debería legislarse para evitar el inconveniente de que una persona enferma tenga que afrontar un proceso penal para que finalmente se le reconozca su derecho constitucional consagrado en el art. 19 de la CN; máxime cuando el estado tampoco le ha ofrecido una oportunidad o salida alternativa de su adicción, pese a reconocer normativamente que se trata de una enfermedad.

Si bien la ley en sus arts. 17 y 18 prevé herramientas para afrontar el problema del consumo de estupefacientes, dicha norma tampoco ha demostrado ser eficaz en dar un tratamiento adecuado o, mejor dicho, con resultados favorables, sin perjuicio de que en varios lugares dicha posibilidad de tratamiento no sea posible porque dichos tratamientos se realizan de forma ambulatoria.

Para concluir, entendemos que es necesario afrontar el cambio que numerosos trabajos han propuesto con soluciones diversas, pero sin dejar de tener presente que es un problema que no puede resolverse desde una única óptica, sino que debe estar basado en tres pilares: Jurídico - Disciplinario, Social, y con la confección de un plan de tratamiento adecuado por parte de personas idóneas en el área de salud, específicamente en el tema adicciones.

Encontrar la solución es imperativo, ya que sabido es que las personas detenidas —independientemente de las razones por las cuales están privadas de la libertad— presentan una condición de vulnerabilidad, la que se acentúa más en los casos de aquellos que presentan una adicción a los estupefacientes, cuyo destino, ante la ausencia de mecanismos para tratar su enfermedad, inexorablemente implica perpetuar su institucionalización, con todo el daño que para sí mismo, su familia y a la sociedad toda provoca.

GÉNERO Y DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Género y derecho penal: criminalización femenina en los delitos de estupefacientes

Gisela Lorena Malvestitti*

I. Presentación: una teoría del delito neutral expansiva en la criminalización femenina

La doctrina tradicional de la teoría del delito se ha desarrollado como un proceso de categorización y sistematización, cuyo cometido es la aplicación racional y objetiva del derecho penal vigente, organizado mediante un sistema de filtros y elementos tales como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ese sentido, se sostuvo que la dogmática jurídico-penal hace posible una aplicación segura y calculable del derecho penal y lo sustrae de la irracionalidad, la arbitrariedad y la imprevisión¹.

Sin embargo, en el ámbito de la realidad, la aplicación de la teoría del delito ha deshumanizado la respuesta estatal como corolario de la abstracción irreflexiva y pretendidamente neutral de los postulados de la dogmática tradicional. En este orden de ideas, la vigencia de un paradigma de la teoría del delito sacralizado bajo la ficción de una supuesta racionalidad ha provocado decisiones jurisdiccionales o decisiones contrarias a elementales principios como son la igualdad y la no discriminación, en particular, la situación de desigualdad que afectan a ciertos grupos en condiciones de desventajas económicas, políticas y sociales, entre las que están comprendidas las mujeres².

Frente a los cambios sociales, políticos y jurídicos de las últimas décadas, queda al desnudo la insalvable dificultad que enfrenta la alegada racionalidad, neutralidad y universalidad de una teoría del delito que, en rigor, se ha revelado refractaria a toda consideración que contemple necesidades de ciertos colectivos postergados y de las mujeres en particular en condiciones de vulnerabilidad, exclusión y desigualdad estructural, en virtud de razones de género.

* *Secretaria de la DPO ante el TOF de Bahía Blanca. Defensora Pública Coadyuvante. Magíster en Derecho Penal y Justicia Internacional (UK-UNICRI).*

¹ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, p. 207.

² Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Históricamente, en los dispositivos del Código Penal argentino las mujeres han sido apreciadas con un rol dependiente dentro del contexto familiar como esposas, madres, hermanas, hijas. Esto implica que maternidad, sexualidad y su-peditación son los presupuestos de la mujer como materia de represión del derecho penal. En otras palabras, se la visualiza desde una perspectiva del rol doméstico que se le adjudica en el marco de las relaciones sociales y es tal baremo el que se refleja judicialmente en los fundamentos de la imputación en procesos judiciales. Este tipo de casos se observa de modo predominante en la evaluación de las posibles participaciones de las mujeres en los casos donde sus parejas son investigadas por la comisión de delitos relacionados con estupefacientes³.

En este tipo de casos, las mujeres suelen ser condenadas por los roles que cumplen dentro de la estructura familiar o de pareja⁴. Así se revela el rígido rol que se le asigna a la mujer, el contenido de tal imposición se nutre en el seno de la familia, la escuela y en todos aquellos mecanismos de control informal que crean y mantienen a la mujer en el papel asignado⁵. Es menester destacar cómo diversas resoluciones judiciales se han cimentado sobre la base de la construcción social dimanante del rol sexual que se le atribuye a la mujer, pues la sexualidad y la maternidad son los núcleos centrales del estatus social con el que se colman las expectativas de conducta esperada de la mujer en distintos ámbitos, en particular, en materia de represión punitiva.

Este estereotipo ha operado como un muro obliterante en el acceso a la justicia, generando, entre otras problemáticas, errores judiciales cuando se estipulan perfiles en una condenada y distorsionan las percepciones en la práctica judicial que, en lugar de fundarse en hechos relevantes, se fundan en creencias y preju-

³ Boletín de la Secretaría General de Capacitación y jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. Estudios sobre jurisprudencia, titulado *Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas*. Carrera, María Lina.

⁴ CNCP Sala IV, “Castillo, Estela María”, res. 8/10/2008, confirmó la resolución del Tribunal Oral de Santa Fe, que condenó a una mujer a la pena de cuatro años de prisión por considerarla autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, con motivo de la sustancia hallada en el domicilio en el marco del allanamiento practicado. El hombre asumió la exclusiva responsabilidad sobre el hecho, señalando que su pareja desconocía la actividad desarrollada por él. Sin embargo, sobre dicha prueba, el Tribunal sostuvo que, dado que la mujer vivía en el lugar donde se secuestró la droga, donde permanecía la mayor parte del tiempo, pues no trabajaba, se consideró que la mujer tenía pleno conocimiento de la existencia de la droga y participaba en su comercialización. En un sentido análogo, la Sala IV CFCP “C, M. N.”, res. 17/04/2019, mediante la aplicación de la teoría “*Willfull blindness*” o “*ignorancia deliberada*” por cuanto la información o indicios con que contaba la mujer bastaban para que se representara la ilegitimidad del negocio del marido, por cuanto los elementos secuestrados se hallaban en el domicilio conyugal.

⁵ Larrandart, Lucila, *Derecho Penal y perspectiva de género*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, p. 45.

cios. Como ha sentado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁶ (CEDAW), este modo de pronunciarse por parte de los órganos jurisdiccionales afecta el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial.

De lo anterior se colige la falsa neutralidad del derecho general y de los postulados de la teoría del delito en particular, pues las pautas para la ponderación de hechos e interpretación de las normas alejan las posibilidades de arribar a una decisión jurisdiccional justa, en otras palabras, se verifica el riesgo del dictado de sentencias judiciales erróneas, subyacentes del sesgo de género tácito en el razonamiento judicial.

Se ha realizado una interesante clasificación⁷ sobre los condicionantes de género como factores explicativos de la conducta criminal de las mujeres:

Delitos de estatus son aquellos determinados por los roles que se atribuyen tradicionalmente a las mujeres en el ámbito doméstico, como a su perfil de reproducción (esposa, madre, cuidadora).

Homicidio del compañero sentimental con quien padeció un previo contexto de violencia grave y permanente.

Conductas relacionadas con el tráfico de drogas, en particular, la venta al menudeo o el transporte a pequeña escala (mulas).

Dada esta compleja problemática, que, va de suyo, no es novedosa, resulta necesario que los actores principales de las causas judiciales, en particular, los Ministerios Públicos (Defensoría General de la Nación y Procuración General de la Nación) en tanto instituciones emergentes de la Constitución Nacional⁸ impulsen y contribuyan a discutir y a pensar el derecho penal con perspectiva de género, para poder abrir camino a una solución justa, entendiendo que un análisis jurídico huero de consideración social dará lugar a fallos de tinte discriminatorios, parciales y prejuiciosos.

⁶ Recomendación General 33, párrafo 26 Comité CEDAW y Comunicación 47/2012 “González Carreño, Ángela c/España”, decisión 16/07/2014, párrafo 9.7.

⁷ Lorenzo Copello, Patricia, Capítulo 3. “La responsabilidad penal de las mujeres que comenten delitos en contexto de violencia de género o vulnerabilidad extrema”, en *Mujeres imputadas en contexto de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Serie Cohesión Social en la práctica. Colección Eurosocial No. 14. Consultado en https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/14-Mujeres_imputadas-6.pdf

⁸ Artículo 120 Constitución Nacional reza “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

Para tal fin, el presente trabajo tiene como propósito analizar e identificar supuestos en los cuales, en el marco de un contexto de vulnerabilidad y violencia de género, como una herramienta que derrame en la teoría del delito, sea en el plano de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, un enfoque de género que se ajuste a los estándares internacionales (CEDAW, Belém do Pará), que nos conducirá a una sociedad más justa y, con ello, brindará paz social. Tal análisis se dará en este desarrollo sobre uno de los delitos por los que resultan criminalizadas las mujeres, que es el tráfico de estupefacientes.

II. Sobre la violencia de género y criminalización de las mujeres

La violencia de género es un flagelo recurrente que aqueja a las mujeres que son perseguidas criminalmente. Ante este contexto, es importante valorar su peso jurídico en los distintos estratos de la teoría del delito y no solo como parámetro a ponderar en la dosimetría de la pena, como se lo suele circunscribir.

Antes de avanzar en ese análisis, vale recordar la definición de violencia de género en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que tiene jerarquía constitucional⁹, en su artículo 1 prevé que: “A efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer creado por la CEDAW ha emitido tres recomendaciones generales, respecto a la violencia contra las mujeres: RG No. 12 (1989); RG No. 19 (1992); RG No. 35, por las que actualizó la RG 19. En la RG 19, el Comité aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el art. 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es “*violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada*” y que constituye una violación de sus dere-

⁹ Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional.

chos humanos. La RG 35 sentó que “*Durante más de veinticinco años, en su práctica, los Estados partes han respaldado la interpretación del Comité*”. En efecto, la *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. Además, las Recomendaciones Generales refuerzan la noción de la violencia como un problema social que requiere respuestas integrales.

El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. Sostiene que la violencia por razón de género está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social -sea implícita o explícita- de la violencia por razón de género contra la mujer, que, a menudo, aún se considera como un asunto de índole privada.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará¹⁰, en su artículo 1 preceptúa que: “*Para los efectos de esta Convención debe entender por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado*”, en el artículo 2 regula que “*Se entenderá que la violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica: que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra*”.

¹⁰ El Estado Argentino suscribió la Convención 9 de junio 1994, y aprobó la Convención mediante Ley 24.632, sancionada el 13/02/1996.

En el ámbito interno, se sancionó la Ley 26.485¹¹ de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se desarrollen sus relaciones Interpersonales. En el dispositivo del art. 4 la norma establece que: “*Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*”. El artículo 5 describe distintas modalidades de violencia contra la mujer (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política).

El decreto reglamentario 1011/10, definió que: “*Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales*”.

Sobre el concepto de *violencia de género*, la Corte IDH ha sentado que “la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación contra la mujer. La violencia contra la mujer no solo constituye una violación contra los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende a todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”¹².

¹¹ Sancionada el 11/03/2009, promulgada B.O. 14/04/2009, reformada mediante Ley 27.533, B.O. 20/12/19.

¹² Caso “Fernández Ortega y otros v. México”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C, No. 215, Res. 30/08/2010; en sentido análogo caso “Rosendo Cantú y otra v. México”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C, No. 216. Res. 31/02/2010.

Asimismo, la Corte IDH ha sentado que la violencia de género se vincula con los estereotipos de género y con la relación de subordinación, definiendo al primer elemento como una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser realizados por los hombres y mujeres, respectivamente, y que es posible asociar con la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. El Tribunal Internacional concluyó que la creación y el uso de estereotipos constituyen una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer¹³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado que “*La violencia basada en género es una de las formas más extremas y generalizadas de discriminación, la cual impide y nulifica de forma severa el ejercicio de los derechos de la mujer. En este sentido el sistema interamericano ha subrayado la fuerte discriminación y la violencia contra las mujeres. Los sistemas internacional y regional de derechos humanos asimismo han pronunciado sobre la estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la debida diligencia enfatizando que la falla del Estado de actuar con debida diligencia para proteger a las mujeres de la violencia constituye una forma de discriminación y una negación de su derecho a la igual protección de la ley*”¹⁴. En este informe se destaca especialmente la temática sobre los procesos judiciales con resultado discriminatorio por motivos de género.

Ahora bien, fijado el marco conceptual vigente en torno a la violencia de género, se advierte que, cuando se imputan delitos a mujeres, se las etiqueta o considera como amas de casa, parejas, madres, con escasa apreciación del ámbito de violencia que las puede tener como víctimas. En ese sentido, se colige que para calificar la conducta se pondera a las acusadas en su vínculo con la víctima, lo cual constituye un caldo de cultivo para los estereotipos de género en el campo del derecho penal que prescriben como deben comportarse una buena ama de casa, esposa o buena madre y, en la medida en que la mujer no se ajuste al rol social, pasa a ser sospechosa. Los estereotipos son concomitantes a los mandatos sociales y falsos mitos acerca de qué es la violencia de género y de cómo debe comportarse la mujer para ser considerada una “víctima real” de ese tipo de violencia¹⁵.

¹³ Caso “Velásquez Paiz y otros v. Guatemala”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas Serie C n° 307. Res. 19/11/2015. Caso “González y otras (Campo algodonero) v. México”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 205. Res. 16/11/2009.

¹⁴ Informe No. 80/11, caso 12.626, “Jessica Lenahan (González) y otros Estados Unidos”, Res. 21/07/2011.

¹⁵ asensio, Raquel; di corleto, Julieta y gonzález, Cecilia “Capítulo 1. Criminalización de mujeres por

En relación con la llamada “víctima real” también parece asignarse una conducta esperada respecto de una persona que se muestre exteriormente frágil, pasiva y sumisa, tal presupuesto también constituye una elaboración subjetiva que naturaliza y reproduce estereotipos de género.

Este modelo de víctima ha estado presente en diversos discursos feministas tales como aquel para el cual la opresión femenina ha sido instalada por un sistema social injusto para las mujeres o aquel que visibiliza a las mujeres como víctimas de hombres perversos. Sin lugar a dudas, ambas posiciones impactan sobre el modo de transmitir el significado de la violencia de género, pues la discusión se centra en el maltratador como un sujeto desequilibrado, desviado de las pautas sociales imperantes en la sociedad, presupuesto que exime a la sociedad de toda responsabilidad en la problemática, además, se impone la visión de la mujer desvalida y débil. Se elaboran dos imágenes —la del agresor y la de la víctima— funcionales al patriarcado, en tanto se apunta a un sujeto femenino débil e indefenso, soslayando la responsabilidad de la estructura política y cultural generadora de la violencia¹⁶. Es fundamental para comprender y reflexionar que la génesis de la violencia de género no debe ceñirse o atarse oponiendo como antagonista al varón, ello es una visión sesgada, pues se trata de entender que emerge de un sistema político instaurado.

El padecimiento de la violencia de género o cualquier otro modo de subordinación social constituye elementos que pueden afectar en la tipicidad penal, justificar la conducta o excluir el reproche de la culpabilidad. Bregar por una teoría del delito que recepte una perspectiva de género no es pensar en una posición más beneficiosa o privilegiada para la mujer, sino la búsqueda de un derecho penal igualitario, pues *la teoría del delito no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de la igualdad y no discriminación*¹⁷.

En el ámbito interno, la vulnerabilidad económica, social, la violencia de género se ha evaluado en el momento de la determinación de la pena o —en el mejor de los casos— para graduar la culpabilidad de la autora, pero de un modo marginal, con escaso análisis de la antijuridicidad y culpabilidad.

delitos contra las personas” en *Mujeres imputadas en contexto de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Serie Cohesión Social en la práctica. Colección Eurosocial No. 14. Consultado en (https://www.mpd.gov.ar./pdf/publicaciones/14-Mujeres_imputadas-6.pdf).

¹⁶ Larrandart, *Derecho penal y perspectiva de género*, cit., p. 77

¹⁷ Ascencio, Di Corleto, *Capítulo 1. Criminalización de mujeres*, cit. p. 20.

La omisión de los condicionamientos estructurales, de las cuestiones de género en la criminalización de las mujeres se ha vinculado especialmente con los delitos de tráfico de estupefacientes, tópico que seguidamente se examinará en relación con los estratos de la teoría del delito, con el abordaje de casuística.

III. Criminalización femenina y drogas. Teoría del delito

En las últimas décadas el número de mujeres encarceladas por delitos vinculados a los estupefacientes se ha incrementado exponencialmente en todo el mundo. Este aumento es, cuanto menos, coincidente con los cambios políticos a nivel planetario que transformaron las condiciones generales de la organización social del trabajo, con notables cambios en los modos de consumo de drogas. Dicho incremento también es conteste con la modificación de modelos familiares y roles asociados a ellos, que hacen que las mujeres se conviertan en protagonistas de una gran variedad de circuitos económicos legales e ilegales. En este plano, la participación de las mujeres en operaciones relacionadas con el narcotráfico ha devenido en una de las principales causas de criminalización femenina en países de América Latina, desplazando delitos que tradicionalmente eran considerados típicamente femeninos, como el aborto, el infanticidio, el homicidio. La guerra contra las drogas se ha convertido en una guerra contra las mujeres, en especial, contra las mujeres pobres y extranjeras¹⁸.

En Argentina, los delitos de drogas constituyen la principal causa de encarcelamiento femenino, siendo que las mujeres suelen desempeñar en el entramado criminal roles limitados y secundarios. Así, el desbordado populismo punitivo¹⁹ provoca un impacto desigualitario sobre las mujeres²⁰.

Entre los recursos que se pueden utilizar para mitigar esa desigualdad y trato discriminatorio de la que resulta blanco de criminalización secundaria, se encuentra la dogmática penal con perspectiva de género, dimensión que seguidamente se expondrá.

¹⁸ Anitua, Gabriel Ignacio; "et. al.", *Género, drogas y sistema penal. Estrategias de la defensa en casos de mujeres 'mulas'*, p. 219. Consultado en: Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres "mulas". | Revista Pensamiento Penal

¹⁹ A modo de ejemplo se advierte la modificación de la Ley 24.660, a través de la ley 27.375 B.O. 28/07/2017 que ha vedado el sistema de progresividad para determinada categoría de delitos entre los que se encuentran los tipificados a través de la ley 23.737.

²⁰ Ver el citado informe de la Comisión IDH, Lenahan, Jessica, del 21/07/2011.

3.1 Atipicidad de la conducta

Existe un universo de casos en los cuales las mujeres resultan criminalizadas como consecuencia de actividades ilegales llevadas a cabo por su pareja. En estos casos, la mera presencia de la mujer en el hogar se suele utilizar como una evidencia circunstancial para atribuir responsabilidad a la mujer. En efecto, las mujeres suelen ser condenadas por el mero hecho de compartir un ámbito convivencial con su pareja.

Para ello, es fundamental definir el concepto de tenencia que prohíbe la ley 23.737. En este sentido, la mera tenencia de la sustancia no resulta suficiente para que la conducta quede atrapada en el tipo penal en cuestión, debe acreditarse la efectiva posesión como la voluntad y el poder efectivo de tenerla. En otras palabras, la persona responsabilizada debe tener el poder y el control de la sustancia prohibida, es decir, debe tener la posibilidad de ejercer actos de señorío o disposición sobre las sustancias estupefacientes²¹. Como consecuencia de ello, la droga hallada en el domicilio que una mujer comparte con su pareja no puede ser suficiente para tener por probada la responsabilidad en el ilícito del conveniente.

Para establecer si la mujer tenía poder de disposición sobre la droga es útil analizar si tenía la posibilidad de elegir sobre la presencia de la droga en el lugar, si disponía del valor de la misma, si conocía el lugar donde guardaba la sustancia, el rol dentro del grupo familiar, si la mujer tenía capacidad para decidir, la dependencia en relación con el varón, si existe un contexto de violencia, etc.²².

El conocimiento de una actividad ilícita de la pareja bajo ningún aspecto puede constituir un indicador para acreditar la tipicidad. Lo hasta aquí expuesto habilita la discusión sobre la atipicidad de la conducta, pues la imputación en base a una convivencia constituye un examen que prescinde de posibilidades de una situación de violencia o de un rol atado a un estereotipo de conducta en el seno de una familia por parte de la mujer.

En consecuencia, la hermenéutica que no contempla las posibles relaciones de poder dentro de una pareja revela una interpretación errónea de la ley contaminada por estereotipos de género que —como se ha desarrollado en los puntos

²¹ Baigún, David “et. al” *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 2014, 14 a, p. 351

²² González, Cecilia, “Estrategias de defensa para las mujeres acusadas por delitos de drogas. Desafíos dogmáticos y probatorios” en *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de estupefacientes*. Consultado en (Revista 2021_Tapa_compr.pdf (mpd.gov.ar)).

anteriores— se encuentran prohibidos por la CEDAW (art. 5.a) y la Convención de Belém do Pará (art. 6.b.)²³.

Además, tal tipo de ponderación vedada por los instrumentos internacionales afecta la imparcialidad del juzgador, constituye denegación de justicia y revictimiza a la mujer criminalizada.

3.2. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante tiende a evitar un mal mayor (art. 34 inc. 3 C.P.). La ponderación para establecer cuál de los males es el mayor tiene lugar entre ofensas concretas a bienes jurídicos, para lo cual no solo se valora la jerarquía del bien jurídico, sino también el grado de lesión del mismo y las circunstancias personales del que actúa tanto como las del que resulta ofendido²⁴. La ponderación no debe ser abstracta, sino concreta, atendiendo a la situación que concurre en el caso en análisis.

En general, las operaciones de transporte de estupefacientes de mujeres suelen darse en pequeñas cantidades. Por otra parte, cuando se trata de cantidades un poco mayores, la propia modalidad del transporte (sea mediante ingesta de cápsulas que pone en riesgo la propia vida o mediante bolsos llevados en forma individual) torna incomparablemente inferior con cargamentos de narcotráfico internacional y, por ende, más limitados en los potenciales efectos negativos para el bien jurídico supraindividual como es la salud pública.

Desde esta perspectiva, han de prevalecer aquellas situaciones donde se trata de evitar directamente la lesión de bienes jurídicos de alto valor como, por ejemplo, cuando una mujer realiza una ingesta de cápsulas para pagar el tratamiento médico de su hijo o de otro familiar que se encuentra gravemente enfermo²⁵.

²³ Ídem, p. 67.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio, *et. al. Derecho Penal Parte general*. Buenos Aires, EDIAR, 2014, p. 635.

²⁵ Causa 12570/2019, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, res. 8/11/2019. Se trató de una causa iniciada por un procedimiento de Gendarmería Nacional en la Ruta Nacional 34, en el cual resultó detenida por llevar paquetes de cocaína adherida a su cuerpo, siendo acusada por transporte de estupefacientes. En el juicio oral, la defensa expuso que la mujer fue víctima -durante muchos años- de violencia de género por parte de su ex pareja y que su hija de 2 años padecía un severo problema de salud que afectaba uno de sus miembros superiores. Debía realizarle un tratamiento médico costoso y carecía de recursos para poder atender las necesidades sanitarias de la pequeña. El juez (tribunal unipersonal) dictó sentencia absolutoria por considerar que la mujer había obrado en estado de necesidad justificante. El Magistrado tomó en consideración las condiciones de vida experimentada por la acusada, que padeció violencia de género y que su hija requería asistencia médica. La Cámara Fe-

En cuanto al recaudo de inminencia del peligro, en los casos de violencia de género este requisito viene dado por el carácter continuo y cíclico de la violencia doméstica. Es sabido que la conducta del agresor en situación de convivencia puede acaecer en cualquier momento.

En lo atinente a la adecuación y necesidad, resulta necesario contextualizar las reales posibilidades con las que cuenta la mujer y la imposibilidad de acceder a los derechos. En caso contrario, requerir el agotamiento de todos los medios disponibles para superar el peligro sin considerar obstáculos reales que pueden darse en el caso concreto implica imponer una exigencia que, en la situación la mujer, no puede cumplir. Se insiste en la prevalencia que debe tener la valoración de obstáculos personales y estructurales que enfrentan las mujeres víctimas de violencia en el acceso a la justicia, siendo que muchas veces se indica que *debió irse del hogar, o rechazar las indicaciones de su pareja*, sin embargo, tal situación no era exigible²⁶.

En definitiva, un análisis con perspectiva de género impone una valoración situada y contextualizada que contemple el parangón entre el efecto negativo que provoquo para la salud pública y el acto concreto que se está juzgando ante la lesión de bienes jurídicos personales de alto valor (vida, salud, integridad física).

3.3. Culpabilidad

En relación con la culpabilidad, en el plano casuístico se observan hipótesis en las cuales mujeres en situaciones económicas acuciantes pasan estupefacientes ocultos en su cuerpo, debiendo en estos casos evaluarse la posibilidad de activar la cláusula de no punibilidad prevista en el art. 5 Ley 26.364, pues la captación de mujeres vulnerables por organizaciones de narcotráfico constituye una realidad que somete a las mujeres a una grave conculcación de derechos humanos y a todo tipo de sometimiento análogos a la esclavitud²⁷.

deral de Casación confirmó la absolución y se pronunció a favor de una interpretación favorable del art. 34 inciso 3 del Código Penal desde una perspectiva de género.

²⁶ González, Cecilia, “Estrategias de defensa para las mujeres acusadas por delitos de drogas. Desafíos dogmáticos y probatorios” en *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de estupefacientes*. Consultado en (Revista 2021_Tapa_compr.pdf (mpd.gov.ar)).

²⁷ Resulta clarificador el fallo de la Cámara Federal de Casación Penal *Martínez Hassan*, res. 18/10/2018, en el cual se aplica la eximente del art. 5 Ley 26.364.

La eximente se adecua al principio de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho en los casos en los cuales la libertad del autor del ilícito se encuentra limitado o anulado por el accionar coactivo de un tercero. En consecuencia, la restricción de la capacidad de autodeterminación provoca una situación anormal en la cual el autor no está en condiciones de motivarse por la norma, en consecuencia, se excluye la culpabilidad.

En ciertas situaciones, la violencia de género constituye un baremo de exclusión de la culpabilidad.

La culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este juicio resulta la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho, con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en el que el sistema penal ha concentrado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad²⁸.

En línea con lo expuesto, se colige que, cuando la mujer no tiene opción real para vencer o superar los condicionamientos que la comprenden, no puede ser declarada responsable. A fin de evaluar las posibilidades concretas de sortear los condicionamientos se debe analizar las circunstancias contextuales en los cuales la mujer toma sus decisiones. Esta valoración es obligatoria conforme el mandato de la Convención de Belem do Pará (art. 5). Las opciones disponibles de las mujeres, en un contexto de violencia de género limita severamente su libertad, en tanto la violencia impacta en la faz emocional, afecta la calidad de vida.

También se observan condicionamientos emergentes de la distribución asimétrica del trabajo doméstico y demás cuidados en el ámbito del hogar, implicando ello un obstáculo para el acceso a la justicia.

En consecuencia, al turno de analizar este estrato de la teoría del delito se debe considerar si la mujer tiene opciones reales para enfrentar el problema de subsistencia, pues la violencia de género, el contexto de pobreza, y las cargas desproporcionadas de las tareas de cuidado suelen ser óbices para motivarse en la norma.

Dentro de este nivel de análisis se encuentran otras constelaciones situacionales tales como las mujeres extranjeras denominadas “bagayeras”, implicadas en

²⁸ Zaffaroni, Eugenio, *et. al. Derecho Penal Parte general*. Buenos Aires, EDIAR, 2014, p. 650

el tráfico de estupefacientes transfronterizo. En general, se trata de mujeres pertenecientes a comunidades de pueblos originarios y que llevan a cabo el transporte de todo tipo de productos, entre los que se incluyen las sustancias prohibidas. Se trata de supuestos de mujeres con un fuerte arraigo a sus tradiciones que hablan el idioma autóctono y no tienen vínculos con personas de otros ámbitos culturales, por lo cual aquí se podría englobar en lo que se denomina *error de comprensión*²⁹.

IV. Conclusiones

Los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres. En otras palabras, los factores sociales, económicos, políticos y culturales inciden de manera desproporcional en las mujeres que poseen un condicionamiento estructural de desigualdad que debe ser visibilizado por los operadores judiciales a la hora de analizar un caso concreto.

Como se ha visto, la participación de las mujeres en los ilícitos vinculados a los estupefacientes se genera a partir de graves situaciones de violencia y vulnerabilidad.

Más allá del avance normativo y constitucional en materia de incorporación de derechos y garantías de las mujeres, es menester el genuino reconocimiento del valor jurídico del género para otorgar un adecuado tratamiento judicial que se traduce en erradicar prácticas discriminatorias marcadas por estereotipos y prejuicios de género que conllevan condenas de mujeres que eran víctimas de violencia física, psicológica e, incluso, del mismo delito que se pretende combatir.

Resulta contrario a todo sentido de justicia el castigo de mujeres que delinquieron como corolario del maltrato, la violencia, la pobreza, y tal situación de injusticia es el resultado de sesgos de género que inciden en la valoración probatoria y en la interpretación y el significado que se le otorga a la teoría del delito.

²⁹ Ídem, p.736

El fallo “D.N.L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el derecho a ser oída de una mujer con discapacidad intelectual que cometió un homicidio en legítima defensa

María Florencia Hegglin*

I. Introducción: presentación del problema y del caso

En los últimos años, la CSJN revocó sentencias que habían sido dictadas sin garantizar un adecuado acceso a la justicia a mujeres que, como víctimas o imputadas, se habían visto involucradas en un proceso penal. En casi el total de esas sentencias las mujeres habían sido las víctimas del delito investigado¹; solo en el precedente “Leiva”², del año 2011 y, más recientemente, en “D.N.L.”³, la CSJN se introdujo en las barreras a las que pueden verse enfrentadas cuando son acusadas de cometerlos.

En estos dos casos la CSJN vino a mostrar cómo la condena dictada por los tribunales inferiores por el delito de homicidio había contribuido a mantener invisibilizadas situaciones de violencia de género que la mujer acusada había padecido y que habían determinado su conducta penal. En ambos se les había negado su condición de víctimas y se las había condenado cuando, en el caso, había razones para configurar una legítima defensa.

El último fallo dictado, “D.N.L.”, por distintos motivos llama la atención e impone reflexionar sobre las conclusiones a las que la CSJN arribó.

Por un lado, es la primera vez que la CSJN se expide en un caso de restricción de justicia por discriminación interseccional producida contra la recurrente por su condición de mujer, con discapacidad intelectual, analfabeta y afectada a un proceso

* *Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría ante la Cámara Federal de Casación Penal. Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.*

¹ Fallos: 336:392, 339:1448, 343:354, 344:2765, 345:140, 345:298, 345:1374.

² Fallos: 334:1204. A esta conclusión se arriba a partir de la búsqueda que se realizó en la página de jurisprudencia de la CSJN bajo las voces “violencia de género” y “legítima defensa”. Debo mencionar también el precedente “Pérez” (Fallos: 343:2122) pero en ese caso, la CSJN rechazó que hubiera mediado arbitrariedad en el tratamiento de la legítima defensa, por violencia de género, que la defensa había introducido en recurso; sí la reconoció respecto de la configuración de la emoción violenta.

³ Fallos: 346:58

penal. Si bien el fallo no profundizó sobre el impacto de este tipo de discriminación en la privación de acceso a justicia, sí la identificó como un problema que impone una urgente reflexión de la doctrina y, fundamentalmente, de los operadores judiciales.

Por el otro, si bien se trata de una jurisprudencia aislada, la línea de problemas que este fallo introduce se inserta en un debate que se inició con el precedente “Leiva”⁴ y que se ha continuado trabajando tanto en el Ministerio Público de la Defensa como en el Ministerio Público Fiscal. Desde el Ministerio Público de la Defensa⁵ se llevó adelante una amplia indagación jurisprudencial, que llegó al año 2020, de los litigios en los que las víctimas de violencia de género fueron imputadas por lesionar o matar a sus agresores. Su propósito fue relevar el modo en que la jurisprudencia argentina resuelve los casos de legítima defensa invocados por mujeres o integrantes del colectivo LGBTIQ+ víctimas de violencia. Desde el Ministerio Público Fiscal, la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas⁶ elaboró un documento con estándares que deben seguir los jueces y otros operadores para evitar el error de acusar y condenar por el delito de trata de personas a quien, en realidad, habría cometido el delito en su condición de víctima y debe ser absuelta por estricta aplicación de la condición de no punibilidad prevista en el art. 5 de la ley 26.364. Entre otros puntos, operadores de uno y otro Ministerio se ocuparon de relevar estándares de valoración de prueba y la incidencia de los estereotipos de género a la hora de descartar o reconocer causas de justificación, de no culpabilidad y de no punibilidad que se sustentaban en una violencia de género de la cual la mujer acusada había sido víctima.

En la misma línea, organismos internacionales especializados, doctrina internacional y nacional han elaborado y divulgado herramientas para evitar que la condición de víctima de violencia de género no sea solapada o, directamente, negada con evidente afectación del sentido de justicia, que se ve comprometido cuando se la penaliza por conductas que no habría cometido si no hubiera sido por esa situación de victimización previa⁷.

⁴ Hopp, C.M. “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias” en *Jurisprudencia Penal de la CSJN*, Tomo 13, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

⁵ Di Corleto, J., Lauría-Masaro, M. & Pizzi, L. (2020). *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina. Estudios sobre Jurisprudencia*, 88-296 <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3886>

⁶ Documento temático para la aplicación práctica del principio de no criminalización de víctimas de trata y/o explotación de personas, que elaboró la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas del Ministerio Público Fiscal, en junio de 2021.

https://www.mpf.gov.ar/procurar/files/2021/08/Protex-informe_PNP_Anexo-I_v3.pdf

⁷ Entre otras, confr. Lauría Masaro, M. y Sardaños, N. “Problemas dogmáticos y de prueba en la le-

Estas numerosas publicaciones revelan que evitar la imposición de condenas erradas es un propósito de la agenda internacional de derechos humanos y también de determinados operadores del sistema de justicia nacional que reclaman atención sobre el cumplimiento de los deberes de diligencia reforzada en supuestos de violencia de género, conforme imponen los mandatos asumidos por el Estado argentino al suscribir la Convención Belem do Pará (art. 7), y exigió la CSJN en el fallo comentado.

Bajo estas advertencias, el objetivo de este trabajo será identificar y analizar las barreras de acceso a la justicia que el fallo relevó como constitutivas de discriminación interseccional, así como también introducir la reflexión sobre el supuesto de legítima defensa, aun sabiendo que sobre este punto no recayó todavía un fallo definitivo. En efecto, si bien sobre este extremo la CSJN solo introdujo lineamientos generales, que el tribunal de revisión deberá retomar al dictar un nuevo pronunciamiento, aporta notas que habilitan a sostener y a profundizar el debate sobre la aplicación de esta causa de justificación en contextos de violencia de género cometidos contra una mujer con discapacidad intelectual.

2. El caso “DNI”: un caso de restricción de justicia por discriminación interseccional

Del dictamen del Procurador General interino al que la CSJN se remite surge que un hombre, identificado como M.C., murió como consecuencia de que una mujer, N.L.D., le disparó con un arma que estaba en la vivienda. Esa mujer, que efectuaba

gítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género”, ed. Didot, Buenos Aires, 2017, págs.47-78. Di Corleto, J. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas” en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Nro. 5/06. Hopp, C.M. “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, ob. cit.; Laurenzo Copello, P., Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contexto de violencia o exclusión, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, REPCPC N 21-21 (2019). Martínez, S. M. “Criminalización de víctimas de trata de personas” publicado en Revista das Defensorías Públicas do MERCOSUR, Brasília, DF, Nro.3, junio 2013; Colombo, M. y Mangano, A. “Sobre víctimas victimarias, publicado en El delito de trata de personas. DGN, Buenos Aires, 2013; Informe de la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, del 17 de mayo de 2021 (A/HRC/47/34), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/108/03/PDF/G2110803.pdf?OpenElement>; Estudio sobre mujeres víctimas de trata sexual como victimarias, por parte de la Oficina de Lucha contra el Crimen de las Naciones Unidas (UNODC), accesible en https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_trafficking_for_sexual_exploitation_as_defendants.pdf

Disponible también en idioma español: “Mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como acusadas”, https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Cuando_las_victimas_de_la_trata_de_personas_cometen_delitos.pdf

tareas domésticas en la casa donde él vivía, fue inmediatamente detenida y examinada por los peritos médicos, quienes determinaron que no presentaba una lesión, pero sí la presencia de esperma en su organismo. La casa no mostraba desorden, y los vecinos no escucharon discusiones o gritos antes del disparo.

Respecto del vínculo que unía a C. y D., una testigo señaló en el juicio que aquel había contratado a D. como personal de limpieza por tener características que le permitían “aprovecharse” y “ejercer dominio” al extremo de abusar sexualmente de ella y que era su intención sustituirla por una menor de edad. Los testigos dieron cuenta, incluso, de que C. había referido que “se tiraba a D.”, que “se estaba volteando a N” y que el nombrado registraba una causa en el año 2003 por abuso sexual doblemente agravado.

En relación con D., los informes de la asistente social y del perito psiquiátrico revelaron que ella tenía 19 años al momento del hecho, que es de condición humilde, que no sabe leer y escribir, que padece “un retraso mental profundo”, que “asume conductas de impulsividad y reacciones explosivas y que, a pesar de su edad cronológica, sus actividades y reacciones son propias de una persona de entre 12 y 13 años”. En función de esa discapacidad intelectual, la jueza de paz de la localidad de Bolívar había dictado respecto de ella una declaración de insania.

Por último, al momento de ser detenida, D. le dijo a la policía que le había disparado a C. porque él había querido violarla; también a los peritos les refirió una situación de abuso sexual. Sin embargo, ni en el juicio ni en la etapa de instrucción, ella prestó declaración.

El Tribunal Oral en lo Criminal No. 2 de Azul condenó a N.L.D. a la pena de ocho años de prisión por considerarla autora del delito de homicidio de M.C. tras descartar la configuración de una agresión ilegítima como presupuesto de la legítima defensa, que la defensa había introducido como causa de justificación de su conducta. Llegó a esa conclusión por entender que “no existe ninguna constancia que indique que C. haya querido violar a D.” y “que ésta no prestó declaración en el proceso expresando haber sido víctima de abuso sexual que es lo que es esperable en estos casos, ni la defensa -que adujo en todo momento las dificultades de verbalización de su defendida- siquiera ha hecho el intento en el curso del debate”. Los jueces agregaron que, por pedido de la defensa, las excusas que ella había dado a los policías, al momento de su detención, no fueron tenidas en cuenta porque fueron efectuadas “sin haberla noticiado de sus derechos ni haber sido asesorada por ningún defensor” y que, en la misma línea, la defensa se opuso

a que los peritos fueran interrogados sobre lo expresado por su asistida con relación al abuso sexual. También rechazaron la posibilidad de aplicar un supuesto de imputabilidad disminuida por no estar prevista en la ley argentina, sin perjuicio de lo cual sostuvieron que su discapacidad debía tenerse en cuenta como atenuante de la pena.

Contra esa decisión se interpuso recurso de casación. La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires rechazó el recurso y confirmó la condena. Lo hizo sin abordar las críticas formuladas por el defensor contra la sentencia; en su lugar, se limitó a reproducir los argumentos del tribunal oral y a considerar que "aun suponiendo que en dicha ocasión la imputada no habría prestado su consentimiento para mantener relaciones sexuales con C. el acto de defensa fue tardío". Tampoco revisó la sentencia en punto al pedido de imponer una pena por debajo del mínimo legal impuesto, en función de un menor juicio de reproche. Por último, rechazó el pedido formulado por el defensor de que se escuchara a la imputada N.L.D en audiencia.

Esta decisión fue recurrida ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que rechazó la presentación por inadmisibile. Entendieron (i) que la defensa no había demostrado qué perjuicio le había generado que el Tribunal de Casación no hubiera escuchado en audiencia a la imputada; y (ii) que la defensa no había demostrado que al examinar la legítima defensa alegada el tribunal de casación se hubiera apartado del estándar fijado en el precedente "Casal". Tuvo en cuenta que D., al momento del hecho, no había presentado ninguna lesión, "que el esperma recogido en el examen ginecológico se explicaba porque mantenían una relación sentimental, aunque él quería interrumpirla para comenzar una nueva (para los jueces, el despecho sería el móvil), que no había desorden y que los vecinos no escucharon discusiones o gritos antes del disparo. Adujo además que no podían valorarse las manifestaciones espontáneas de D. a la policía porque fueron excluidas por expresa petición de su defendida, quien en el proceso jamás expresó haber sido víctima de un abuso sexual.

La defensa interpuso recurso extraordinario federal contra esa resolución, el que fue declarado inadmisibile por exceder el límite de veintiséis renglones por página establecido en el artículo 1 de la Acordada 4/2007. Esa decisión motivó la queja y la intervención de la CSJN.

La CSJN, por remisión al dictamen del Procurador General y con el voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti (tres de los cuatro jueces que integran el

Tribunal), hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y remitió las actuaciones al tribunal de origen —la Suprema de Corte de Justicia— para que emita un nuevo pronunciamiento. Los jueces Lorenzetti y Maqueda se remitieron al dictamen del Procurador en su totalidad; el juez Rosatti solo lo hizo respecto de la primera de las dos líneas de argumentos que integraron la fundamentación del dictamen y que desarrollaré a continuación.

El dictamen se construye sobre dos líneas de fundamentos.

Por un lado, el Procurador entendió que no hubo una revisión amplia y exhaustiva del fallo condenatorio conforme el estándar fijado en “Casal” con grave menoscabo de normas federales. Y esa omisión supuso la infracción del derecho al recurso contra una sentencia condenatoria previsto en el art. 8.2.h de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP, así como también de acceso a justicia reconocido a las mujeres con discapacidad y víctimas de violencia de género (art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 7.f. de la Convención Belém do Pará y ley 26.485).

En concreto, destacó que el Tribunal de Casación había reproducido los argumentos del tribunal oral para descartar la legítima defensa y el supuesto de inimputabilidad disminuida introducidos por la defensa. La misma falta señaló el Superior Tribunal de Provincia. Tras ello, apuntó que el estándar de revisión fijado por la Corte a partir del caso “Casal” no se había satisfecho y correspondía aplicar el criterio fijado en Fallos: 334: 1673 puesto que —sin perjuicio del acierto o error de las quejas de la defensa sobre la insuficiente prueba del hecho— la fundamentación brindada se había limitado a reproducir parcialmente la sentencia que debía revisar y había omitido un examen específico de la prueba que había sido llamado a realizar por la recurrente.

Sobre este punto corresponde hacer notar por su excepcionalidad, la flexibilidad del Procurador y de la CSJN en la ponderación de los requisitos formales que impuso, en la Acordada 4/2007, para el tratamiento de los recursos; especialmente teniendo en cuenta la rigurosidad extrema e irrazonable que había regido el análisis de la admisibilidad del recurso extraordinario que el tribunal inferior había llevado adelante. El recurso extraordinario había sido declarado inadmisibles porque en cuatro páginas se había excedido el límite de veintiséis renglones escritos por hoja (en dos de ellas por tres renglones y en las otras por uno) que impone el art. 1 de la mencionada acordada. “Las indicadas características del formato del escrito, que en modo alguno excede el sentido ni la extensión que

admite la Acordada 4/2007, y a la cuestión sustancial que intenta revisar la defensa, permiten proponer a V.E. —dijo el Procurador— la aplicación de la aludida excepción”.

Por otro lado, pero vinculado con el punto anterior, el Procurador entendió que esa revisión era exigible en tanto había mediado un supuesto de sentencia arbitraria, pues tanto el tribunal de juicio como los tribunales de revisión habían omitido considerar elementos conducentes para la solución del litigio y, en su lugar, habían realizado afirmaciones dogmáticas que dieron fundamento solo aparente a su resolución, con menoscabo de derechos de raigambre constitucional. Se sustentó en jurisprudencia de la CSJN (Fallos: 342: 35), en el art. 12 de la CDPD, art. XVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 16 del PIDCP y art. 3 de la CADH.

Veamos por qué se calificó de arbitraria la sentencia de los tribunales inferiores.

En la descripción de los agravios introducidos por la defensa en las distintas instancias recursivas contra la sentencia de condena y sus sucesivas confirmaciones, el dictamen incluye pocos datos del hecho. Sin embargo, introduce información sobre las circunstancias personales de la imputada y de la víctima, así como del contexto de violencia de género que precedió a la muerte de C.

Tras ello observó que “al examinar la alegación de legítima defensa y descartar la agresión ilegítima *el tribunal de juicio —al igual que la instancia revisora previa— incurrió en graves defectos de fundamentación* que resultan aptos para descalificar la condena como el acto jurisdiccional válido”.

En concreto, en primer lugar, estimó que se había prescindido de información que hacía verosímil un contexto de violencia de género como constitutivo de una agresión ilegítima.

En concreto, señaló que “no correspondía prescindir del valor probatorio de las manifestaciones de D. relativas a que era víctima de abuso sexual y que había disparado para defenderse del intento de violación, máxime por su relevancia para la adecuada solución del litigio”. Los jueces no estaban autorizados a soslayar esas manifestaciones vinculadas a los hechos investigados en tanto realizan su derecho a ser oída (art. 16, inc. c. de la ley 26485) y en la medida en que no sólo no la perjudican, sino que podrían justificar la conducta que se le atribuye. Esas declaraciones, agregó, “fueron hechos por una persona analfabeta, con retardo mental en grado leve, que fue declarada insana cinco meses antes —dato que no

puede ser obviado sin perjuicio del artículo 151 del Código Civil entonces vigente— y que la psiquiatra que la examinó informó, entre otras características, que presenta ‘escaso caudal ideativo. Pensamiento concreto, centrado en sí y en su realidad inmediata’ ‘no puede efectuar abstracciones ni elaboraciones’ ‘hay déficit para analizar la realidad, prever consecuencias, planificar su futuro’. Por último, debía atenderse a sus manifestaciones en tanto “en material criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 327:5095) o que salvaguarden la integridad de ese derecho (Fallos: 329:4248)”.

También apuntó al comportamiento previo de la víctima. Así, destacó la imposibilidad de despreciar, como lo habían hechos los jueces del tribunal oral y de la casación, el dato aportado por una testigo “sobre las búsquedas de C. de personal femenino para tareas domésticas con determinadas características que facilitarían el abuso” o las expresiones del nombrado en punto a que “me estoy volteando a N.” o que “iba a decirle que dejara de ir para que en su lugar fuera una amiga (menor) de nombre J. porque le gustaba más”.

En segundo lugar, destacó las características personales de la persona acusada, de las que también la sentencia había prescindido: se trataba de una mujer en situación de vulnerabilidad a la violencia de género por la discapacidad que padece “retardo mental en grado leve” y la condición socioeconómica desfavorable —proviene de una familia encuadrada en la franja de pobreza estructural y es analfabeta—.

“Por ser discapacitada en razón de su deficiencia mental e intelectual -dijo el Procurador- está amparada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su preámbulo reconoce —como lo señaló la defensa— que suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación”.

En tercer lugar, el dictamen se enfocó en el deber del Estado de garantizar acceso a justicia a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (art. 13 de la CDPD), al igual que el artículo 2 f y 16 de la ley 26.485 reglamentaria de la Convención Belém do Pará respecto de las mujeres que padecen violencia de género. Dijo: “La mujer víctima de violencia tiene el derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva, a ser oída personalmente por el juez y a la amplitud probatoria teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que

se desarrollan los actos de violencia”. Y con cita de resoluciones de la Corte IDH (caso “González y otras —Campo Algodonero— vs. México, del 16 de noviembre de 2009) concluyó que: “el Estado ha asumido deberes ‘reforzados’ frente a situaciones de abuso o violencia de género o contra personas discapacitadas” que exigen actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Por último, destacó que los jueces habían examinado el caso sin perspectiva de género conforme establece el inciso s) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y diversos precedentes de la Corte IDH en relación a mujeres víctimas de violencia de género (casos “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, del 19 de mayo de 2014, párrafo 188, “Espinoza González vs. Perú”, del 20 de noviembre de 2014, párrafo 309 y “Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala”, del 19 de noviembre de 2015, párrafo 146).

Del total de argumentos que el Procurador desarrolló voy a concentrar mi atención en las dos consideraciones más sensibles y novedosas que, para mí, se extraen del fallo: a) la restricción del derecho a ser oída y del derecho de defensa que asiste a toda persona acusada de un delito, como expresión de una discriminación interseccional, en tanto fundada en la condición de mujer imputada de delito con discapacidad intelectual; b) la supuesta “inexistencia” de agresión ilegítima —y, por ende, de configuración de la legítima defensa— en tanto expresión del incumplimiento del deber “reforzado” del Estado de investigar y sancionar la violencia de género. De ellas hablaré a continuación.

3. La restricción del derecho a ser oída como expresión de discriminación interseccional

La arbitrariedad de las sentencias de condena y de revisión que motivan el fallo de la CSJN se recondujo, fundamentalmente, a la falta de atención prestada a los dichos de la imputada y a la afectación de su derecho de ser oída. Para decidir así la CSJN desechó, como razón válida, el pretexto invocado por los jueces de que sus manifestaciones no habían sido prestadas ante un juez, sino a los policías al momento de la detención. Tampoco avaló el argumento vinculado a que había sido el abogado defensor quien en juicio pidió que esos dichos no fueran tomados en cuenta porque no se había cumplido con la previa información de derechos ni garantizado asesoramiento legal. La CSJN justificó la obligación de considerar

sus manifestaciones ante la policía en razones evidentes: sus dichos integraban una defensa en tanto podían justificar la conducta que se le atribuía y en esa condición, debían ser atendidos. Recordemos que N.L.D. había dicho a los policías, al ser detenida, que C. había querido violarla y que también a los peritos les había referido una situación de abuso sexual.

Ahora bien, el deber de prestar atención al descargo de la persona acusada de cometer un delito se impone, en tanto es una parte constitutiva de todo juicio y sentencia, conforme el estándar que este mismo Tribunal se ha ocupado de re-
vitalizar en los últimos años.

Así, ha señalado, con cita de Fallos: 316:2940, en su condición de custodio de los derechos y garantías constitucionales, *que el juicio y la inviolabilidad de la defensa se encuentran eslabonados inescindiblemente*, que la garantía de defensa incluye la de asegurar al imputado la posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho, de hacer valer sus medios de defensa y de producir prueba, y que *se proscriben los procedimientos que conducen necesariamente a la condena del imputado porque no le permiten sino la apariencia formal de su defensa*⁸. Y desde esa perspectiva, sostuvo también que “...resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una *disposición neutral* y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal”⁹.

Estas pautas, que exigen que los jueces mantengan una “disposición neutral” frente al descargo de la persona imputada y que prohíben procedimientos que no le permiten a la persona imputada sino una “defensa meramente formal”, toman en este caso una particular dimensión.

Así, en línea con el estándar por el cual no puede haber condena válida sin defensa cierta, la sentencia de la CSJN dejó a un lado las formas que habían rodeado el descargo de N.L.D. (únicamente ante la policía) y se hizo cargo de su declaración. Se priorizó su sentido y contenido sobre las formas.

Por otro lado, y si bien el dictamen sobre este punto no se explayó, surge a la vista que la falta de declaración de N.L.D. ante los jueces se explica en los límites

⁸ Fallos: 343:1181, considerando 8

⁹ Fallos: 343:1181, considerando 8

que le habían obstaculizado el ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas. Ella era una joven de 19 años y analfabeta, que en función de su discapacidad no solo tenía problemas para comunicarse, tal cual había mencionado el defensor en sus presentaciones, sino que, además, según los peritos, "sus actividades y reacciones eran propios de una persona de entre 12 y 13 años".

N.L.D., en su condición de persona con discapacidad intelectual, enfrentaba barreras para la comunicación que la privaban de tener acceso a la información, comprender los procesos jurídicos o dialogar ampliamente con los jueces, los abogados y otros interlocutores. La falta de información sobre sus derechos y cómo reclamarlos obstaculizó su participación¹⁰. Tampoco se garantizó entonces la igualdad de medios procesales como elemento del derecho a un juicio imparcial que asegura que todas las partes tengan los mismos derechos en materia procesal a fin de resguardar el acceso a la misma información y las mismas oportunidades de presentar o rebatir pruebas. N.L.D. no se encontraba en esa igualdad de medios procesales debido a la inaccesibilidad cognitiva de la documentación o de los procedimientos, como a las barreras de comunicación que su abogado refirió¹¹.

En esas condiciones, el Estado debía proporcionarle los apoyos y los ajustes que podía necesitar para superar esas barreras de accesibilidad y de comunicación en el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 12, inc. 3 y 4 y art. 13, inc. 1 de la CDPD¹²) que, en este caso, suponía el ejercicio de su derecho de defensa material frente a una imputación por homicidio.

En tanto ese deber estatal no se cumplió, es evidente que no se garantizó una defensa material cierta, ni pueden entonces extraerse consecuencias de cargo respecto de su negativa a declarar ante los jueces. Por el contrario, la falta de apoyos y de ajustes de procedimiento reveló la afectación del principio de igualdad y de no discriminación, y obligan a sostener que en el caso no medió acceso a justicia en igualdad de condiciones con los demás.

¹⁰ Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC/37/25, párrafo 20.

¹¹ A/HRC/37/25, párrafo 24.

¹² En una línea similar dirigida a garantizar la comunicación, la Recomendación General Nro. 33 de la CEDAW (CEDAW/C/GC/33), el Comité recomienda que los Estados partes, para garantizar a las mujeres accesibilidad a la administración de justicia que "eliminen los obstáculos lingüísticos ... y proporcionen asistencia individualizada para mujeres analfabetas a fin de garantizar plena comprensión de los procesos judiciales y cuasi judiciales" (párrafo 17.b)).

Sobre este punto corresponde tener presente que en el 2020, producto de un trabajo conjunto entre la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad Accesibilidad, se lanzaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y directrices)¹³. Estos principios son herramientas indispensables para analizar las relaciones entre los artículos 12 —capacidad jurídica—, 13 —acceso a la justicia— de la Convención y la capacidad para estar en proceso.

Este documento, especialmente, tuvo en cuenta que “en el contexto de los acusados y sospechosos de causas penales, *pueden producirse condenas injustas* (...) que pueden ser consecuencia de coacciones o de falta de información y comprensión por parte de las personas con discapacidad”. El diseño de las salas de audiencia, y el lenguaje y los procedimientos formales y técnicos utilizados en los procesos judiciales resultan alienantes para cualquier persona que no esté familiarizada con ellos, pero esa experiencia de alienación puede ser aún mayor para las personas con discapacidad por las barreras físicas y de otro tipo que encuentran.

En ese contexto, la designación de apoyos y los ajustes al procedimiento surgen como la garantía para el ejercicio del derecho a ser oído y de poder defenderse.

Los principios y directrices definen como ajustes de procedimiento a “todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

A su vez, diferencia los ajustes de procedimiento de los ajustes razonables, ya que los primeros no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida»¹⁴ y señala que los ajustes y los apoyos deben ser diseñados de manera individualizada. Los ajustes de procedimiento deberían establecerse antes

¹³ <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>

¹⁴ Se considera carga desproporcionada aquellas modificaciones y cambios impliquen imponer una carga financiera, organizativa, o un esfuerzo excesivo, o que compromete su capacidad para cumplir su cometido

del inicio del proceso. Dentro de los ajustes de procedimiento se destacan la accesibilidad arquitectónica, cognitiva y la participación de intermediarios o facilitadores de justicia, terceros intervinientes independientes a las partes.

Los facilitadores o intermediarios tienen la función de evaluar de forma individualizada las necesidades de comunicación que puedan existir y determinar los tipos de ajustes y de apoyos que pueda requerir la persona. En nuestra región existen, al menos, dos iniciativas de intermediarios de justicia. En Argentina el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, lleva diez años de actividad. En México la organización civil Documenta de México lleva adelante un programa sobre facilitadores en el sistema de justicia¹⁵.

Ahora bien, volviendo a los estándares que la CSJN ha venido fijando en resguardo del derecho de defensa, corresponde señalar que la “disposición neutral” que se le exige a los jueces en la valoración de un descargo se entronca con la obligación del Estado argentino de garantizar acceso a justicia a las mujeres con discapacidad intelectual a través de procedimientos y decisiones judiciales imparciales, que garanticen igualdad de medios procesales —como vimos—, pero que, además, no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género ni por discapacidad¹⁶.

Silenciar a N.L.D. supuso, en los términos del derecho convencional, una forma de discriminación interseccional en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables¹⁷. Se trata de un supuesto en el que

¹⁵ Mercurio, E. (2016) Pobreza y discapacidad intelectual en el sistema penal: los invisibles. *Vertex. Rev. Arg. De Psiquiat.*, Vol. XXVII: 197-207; MERCURIO, E. (2021). Dificultades para la detección de personas con discapacidad intelectual y psicosocial detenidas por la policía en la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Española de Discapacidad* 9(1), pp. 121-140; Mercurio, E. (2021). falencias en la detección de personas con discapacidad intelectual detenidas en la Ciudad de Buenos Aires (2018-2021)” V Congreso de Ciencia Forense, 8 de octubre de 2021, Universidad Autónoma de México; Bernardini, L., Mercurio, E., Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2(2), pp. 51-73.

¹⁶ Art. 18 de la CN, art. 8 CADH, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 15, inc. 1 y 2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 5, 6 y 13. CEDAW/C/GC/33, Recomendación General Nro. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 3; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/37/25, Derecho de acceso a la justicia del artículo 13 de la CDPD, párrafo 18; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/3, Observación General Nro. 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, párrafos 8, 17 y 52.

¹⁷ Convención CEDAW artículo 2; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 28, párrafo 18 y Comité sobre los Derechos de las Personas con Disca-

las situaciones de discriminación, en el acceso a justicia, se constituyeron por conexión a través del solapamiento de desigualdades que reconocieron, en este caso, distintas causas: mujer afectada a un proceso penal, *con discapacidad intelectual y además analfabeta*¹⁸.

Sus manifestaciones fueron expresamente desechadas en afectación al derecho de defensa que ampara a toda persona acusada de cometer un delito y por su condición de mujer analfabeta con discapacidad intelectual. El dictamen, al que la CSJN remite, deja ver los estereotipos de género y discapacidad que, en conjunto, sesgaron la decisión judicial de no tomar en cuenta su defensa y agravaron la discriminación a la que fue expuesta por la propia administración de justicia.

Se transcribe en el dictamen que “ésta (la imputada N.L.D.) no prestó declaración en el proceso expresando haber sido víctima de abuso sexual que *es lo que es esperable en estos casos*” (el destacado me pertenece).

Si bien de la sentencia no queda claro si la expectativa de declaración que los jueces tenían era en función de su condición de mujer víctima de un abuso sexual o por su sola condición de persona acusada de homicidio, en cualquier caso, esta expresión da cuenta de una suerte de parámetro o modelo de comportamiento sobre cómo ella debió actuar. Este tipo de razonamiento, además de infundado en tanto no se explica por qué las mujeres acusadas de cometer un homicidio en un contexto de violencia de género actuarían así, expresa una forma estereotipada y prejuiciosa de juzgar, en tanto remite a actitudes y roles que socialmente se atribuyen de manera generalizada a un grupo o sector de la población.

Si la expectativa se invocó por su condición de persona acusada de un delito de la que se espera un descargo cuando es inocente, lo que supone descartar su inocencia cuando no declara, el juicio contradice el derecho a declarar libremente, sin que el silencio pueda ser valorado en su contra (art. 18 de la Constitución Nacional). También demuestra, como lo ha advertido la CSJN¹⁹, falta de imparcialidad. En efecto, si frente a un descargo de inocencia inconsistente o ausente, el juez no solo le resta crédito, sino que además lo lee como propio de quien busca ocultar su delito o nada cierto tiene para decir (indicio de cargo), está mostrando en su razonamiento que carece de toda objetividad. Muestra que, según sus creencias, las personas inocentes están en mejores condiciones de ofrecer una buena defensa que las personas culpables. Este tipo de razonamientos dan cuenta de

pacidad, Observación General No. 3 sobre las mujeres y niñas con discapacidad, párrafo 4.

¹⁸ CEDAW/C/GC/33, párrafos 8 y 9.

¹⁹ Fallos: 343:1181

presunciones judiciales o máximas de la experiencia que carecen de fundamentos científicos²⁰.

Pero, si la expectativa de declaración fue porque se trataba de una mujer que había sido sufrido un abuso sexual del hombre para el cual realizaba tareas domésticas, conducta que expresa violencia de género, el razonamiento revela una evidente discriminación interseccional por su condición de mujer con discapacidad intelectual a la que debemos sumar su condición de persona analfabeta. Al estereotipo de género construido sobre una expectativa de declaración judicial (si hubiera sido víctima lo habría declarado ante los jueces) le suman —para darle un sentido de cargo a su silencio— que “la defensa —que adujo en todo momento las dificultades de verbalización de su defendida— siquiera ha hecho el intento en el curso del debate”.

Esta última explicación que dieron los jueces de condena tampoco surge clara de la sentencia de la CSJN. Bien pudo referirse a que N.L.D. enfrentaba barreras de comunicación —lo que supuso un reconocimiento de su propio incumplimiento en tanto era el tribunal el que debía garantizar apoyos y ajustes para que declarara en igualdad de condiciones que las demás personas—, o bien a que esas dificultades de verbalización remitían a una discapacidad intelectual que restaba credibilidad a su descargo.

En cualquier caso, la discriminación fundada en un estereotipo de género (“todas las mujeres víctimas de violencia sexual declaran ante el juez”) fue agravada en función de la discapacidad intelectual, ya sea al no brindarle apoyos y ajustes, tras reconocer una barrera en la comunicación, o bien al restarle valor a cuanto había dicho por fuera del proceso penal por esa misma condición (“las mujeres con discapacidad intelectual mienten o se confunden”). Esta argumentación deja en evidencia que a las mujeres que denuncian haber matado a un hombre en defensa propia no se les cree cuando no formalizan su declaración en el proceso, menos aun cuando dan muestras de una discapacidad intelectual que resta fuerza probatoria a sus expresiones iniciales. Operan estereotipos y prejuicios que justifican, en su condición de mujer con discapacidad intelectual, el juicio de no credibilidad de sus manifestaciones de defensa. La discriminación, en su interseccionalidad, se agrava.

²⁰ No voy a detenerme sobre las críticas que merece esta forma de argumentar, porque excede el objeto de este trabajo, sin perjuicio de remitirme a un análisis que sobre esta materia realicé en una publicación anterior (confr. Hegglin, M.F. y Sardaños, N. S. “Si no se respetan la presunción de inocencia y el derecho de defensa, no hay inocencia que valga”, Colección fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 30, 2021)

Sin perjuicio de la indirecta valoración cargosa del silencio de N.L.D. que realizó el Tribunal en el pasaje de referencia (especialmente prohibida por el art. 18 de la CN), no puede perderse de vista que una de las cuestiones muchas veces ignoradas al analizar las peculiaridades de este delito, al igual que en el delito de trata de personas, se vincula a la relación del abusador con la víctima. “*Es muy frecuente que exista una relación familiar, de amistad o de mera cercanía entre ambos.*”²¹ Esta particular situación de proximidad entre la víctima y el victimario —que, en el caso, era una relación laboral— explica, en gran medida, por qué existe reticencia de la víctima a formular denuncias o a declarar en contra del victimario. Es que en muchos casos (y este es uno de ellos) está ausente la autopercepción de víctima²².

También el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación General que dedicó a las mujeres con discapacidad, expresamente criticó la invocación de estereotipos como herramienta que restringe la investigación por explotación o abusos contra las mujeres con discapacidad. Expresamente dijo: “El ejercicio de los derechos de las mujeres con discapacidad a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso puede verse obstaculizado por los estereotipos nocivos que aumentan el riesgo de sufrir violencia. Los estereotipos nocivos que infantilizan a las mujeres con discapacidad y ponen en tela de juicio su capacidad para tomar decisiones, la percepción de que las mujeres con discapacidad son asexuales o sexualmente hiperactivas (...) impiden en conjunto a las mujeres con discapacidad el ejercicio de sus derechos enunciados en el art. 16”²³.

En esas condiciones, un análisis serio, profundo y con perspectiva de género y de discriminación por discapacidad por parte del Tribunal oral y del Tribunal de Casación de ningún modo habría permitido arribar a una sentencia condenatoria respecto de N.L.D. Teniendo en cuenta sus características personales y el contexto de violencia del delito investigado, así como la relación de poder que mediaba de C. sobre ella —él la había contratado como empleada doméstica²⁴—, los jueces debieron atender al contexto de vulnerabilidad en el que ella se encontraba, aun cuando la mujer había hecho uso de su derecho constitucional a

²¹ Aboso, Gustavo Eduardo. *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. B de F. 2da Edición. Buenos Aires. 2018. pág. 48.

²² Breul/Siegal/Van Reenen/Beijer/Roos “Human trafficking revisited: legal, enforcement and ethnographic narratives on sex trafficking to Western Europe” pág. 40.

²³ Observación General Nro. 3, párrafo 30.

²⁴ Sobre este punto, volveré más adelante.

negarse a declarar. La afectación del derecho de defensa y la arbitrariedad de las sentencias eran, en esas condiciones, evidentes y habrían sido constitutivas de responsabilidad internacional de haber sido confirmadas.

Sobre qué impacto tuvo para la investigación del homicidio que sus manifestaciones hayan sido silenciadas hablaré a continuación.

4. ¿Se puede afirmar que el homicidio no estuvo precedido de una agresión ilegítima —y condenar— cuando la violencia de género que habría padecido N.L.D. ni siquiera se investigó?

El haber soslayado la declaración de N.L.D. privó al proceso de una prueba sustantiva para demostrar la situación de abuso sexual de la que ella había sido víctima y que introducía la existencia de una agresión ilegítima como acto precedente del homicidio de C.

A diferencia de las investigaciones por delitos que se producen en la vía pública o ante cámaras de video, en los supuestos de violencia de género por abuso sexual las manifestaciones que haya podido prestar la víctima es una fuente de conocimiento determinante y, muchas veces, exclusiva. El modo de producción de esa violencia en un contexto de intimidad, sin testigos y sin denuncias previas, —como consecuencia del temor de sufrir represalias— que adviertan sobre su producción, reducen las pruebas que revelan su existencia²⁵.

Y si esa violencia de género precedió o provocó una conducta de lesionar o causar la muerte, las posibilidades de demostrarla se limitan aún más. La atención de los investigadores se verá capturada por esa prueba evidente que se expone por sí sola: las lesiones o el cuerpo de la víctima, el arma que se usó para provocarla, los pedidos de auxilios expresados, incluso, por la propia autora de la muerte. El abuso sexual que generó ese ataque permanecerá en las sombras, a menos que la propia víctima la denuncie y que investigadores perspicaces, comprometidos y sensibilizados con la violencia de género puedan reconocer, en el contexto de los hechos, los hilos de una trama más compleja de lo que a primera vista se percibe.

²⁵ Confr. Fallos: 334:1204 (considerando 4 del voto de Highton de Nolasco). También advierten sobre estas limitaciones en este tipo de casos de legítima defensa por violencia de género como acto precedente del homicidio, Lauría Masaro, M. y Sardaions, N. S. en “Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género”, en Género y Justicia Penal, Ed. Didot, pág. 63.

En este caso, es evidente que sin los dichos de N.L.D. a los policías que la detuvieron, no se habrían podido conocer los motivos que llevaron a ella —una mujer de 19 años, sin antecedentes y con necesidad de trabajar por la situación de pobreza en la que se encontraba— a herir mortalmente a su empleador. También sabemos que, si le hubieran permitido declarar ante el Tribunal Oral o ante el Tribunal de Casación, como la defensa había solicitado, con los apoyos y ajustes que, en función de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (arts. 12 y 13) se le debían garantizar, se habría podido conocer más información de la violencia de la que ella fue víctima por parte de C. (extensión en el tiempo, tipo de violencia, temor generado, entre otros puntos).

En esas condiciones, dotar de apoyos y ajustes a las mujeres acusadas de delitos y con discapacidad intelectual —como era el caso de N.L.D.— para que se encuentren en condiciones de declarar en igualdad de condiciones que los demás no es solo un modo de asegurar su derecho a ser oída y de defenderse, en tanto elemento constitutivo de todo juicio y sentencia, sino una garantía para conocer la verdad de cuanto ocurrió.

En la misma línea convergen la obligación de eliminar los estereotipos y prejuicios que cancelan la credibilidad de su relato y de dotar al proceso de la amplitud probatoria²⁶ que este tipo de casos impone por mandato legal (art. 16 de la ley 26.485). Sin esas garantías, el juicio al que se arribe resultará sesgado, imparcial, incierto y muy tardío, como ocurrió en este caso, si pensamos que ha sido recién la CSJN (después de tres tribunales colegiados) la que, por primera vez, amplió el foco para integrar, en el análisis del homicidio, la agresión ilegítima que N.L.D. había sufrido de parte de C.

Por otro lado, como bien destacó el Procurador, a los dichos de la acusada se sumaban otros elementos que corroboraban el abuso sexual del que ella había sido víctima. Ella era una mujer con discapacidad intelectual y, como tal, más vulnerable a sufrir una situación de violencia de género y, más aún, de violencia sexual. Como han señalado tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las mujeres con discapacidad intelectual pueden correr un riesgo aún mayor de violencia sexual y malos tratos a causa de su aislamiento, dependencia u opresión²⁷.

²⁶ Sobre el estándar que deber regir la actividad probatoria ante un supuesto de violencia de género, confr. Di Corleto “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba”, en *Género y Justicia Penal*, Ed. Didot, ob. cit.

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/35, Recomen-

Además, se habían escuchado declaraciones testimoniales en el juicio que daban cuenta del maltrato que N.L. D recibía de C., quien había asumido frente a terceros con un lenguaje vulgar en el que la mujer era presentada como un ser inferior y objeto de “aprovechamiento”, de su “dominio” y de su interés sexual, que él tenía relaciones sexuales con ella y que, incluso, estaba pensando en buscar una niña menor que ella, quien tenía apenas 19 años. Estas expresiones demuestran la nula relevancia que C. daba a la voluntad de N.L.D. en el acto sexual en tanto ese día estaba con ella y al día siguiente podía sustituirla por una menor. Esas expresiones desaprensivas, hostiles y reveladoras de una posición de superioridad y dominio que C., en su condición de varón, ejercía sobre N.L.D eran otro indicio que corroboraba cuánto ella había sufrido y denunciado a los policías el día de su detención.

Más allá de lo expuesto, el caso ofrece otro elemento que dota de credibilidad a las manifestaciones de la acusada y que el dictamen del Procurador omitió: la relación laboral de trabajadora doméstica que vinculaba a N.L.D. con C. Este tipo de vínculos que suponen una relación asimétrica entre quien contrata y quien presta el servicio ha sido objeto de una convención específica por parte de la Organización Internacional del Trabajo de OIT, la Convención No. 189 del 2011²⁸. Esta Convención, en su prólogo, expresamente destaca “...que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”. Esa situación de mayor vulnerabilidad también justificó que el servicio doméstico fuera destacado, por organismos internacionales como un sector expuesto, en la Argentina, a la explotación y trata laboral²⁹.

Conforme estas pautas, profundizar sobre esa relación laboral que era el único vínculo conocido que unía a C. y N.L.D. habría sido una fructífera línea de investigación para aportar más elementos de contexto de la situación de violencia sexual que ella había denunciado. Conocer si ella, además de trabajar en su casa, vivía allí, el tiempo que esa relación laboral tenía, si había otras personas viviendo

dación General nro. 35, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/GC/3, Observación General nro. 3, párrafos 9 y 33.

²⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:2551460,es:NO

²⁹ https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTiP_2022_web.pdf; <https://www.state.gov/reports/2022-trafficking-in-persons-report/> pág. 91.

o trabajando en la misma casa que pudieran dar cuenta del modo en que esa relación se desarrollaba, el monto de dinero que ella recibía en concepto de sueldo, habría permitido precisar qué grado de dominación y explotación C. ejercía sobre ella, lo que habría sido un elemento de contexto crucial para la configuración de la violencia sexual, como acción precedente del homicidio.

También se podría haber investigado sobre la existencia de posibles denuncias en agencias policiales o judiciales, registros de atenciones médicos por eventuales lesiones sufridas por N.L.D. y haber interrogado a los testigos con más detalle sobre estos aspectos, que muchos de ellos introdujeron, pero poco se profundizó.

Por lo demás, debe tenerse presente que, en el contexto normativo argentino, como ya se anticipó, la ley No 26.485 ha incorporado la exigencia de estándares probatorios amplios; circunstancia que habilita un sinnúmero de medios de prueba que, a la luz de las características en las que se desarrolla la violencia de género, permiten llenar los vacíos que puedan dejar las dificultades de las mujeres para denunciar la violencia.

Finalmente, en casos como el presente existe un aditamento: los magistrados deben despojarse de los estereotipos de género y deben analizar las circunstancias teniendo en cuenta la histórica victimización de la mujer. Al respecto, la Corte IDH, en el caso “González y otras vs. México (“Campo algodonoero”) ha dicho que el art. 7.b de la Convención de Belem do Pará obliga a los Estados a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer³⁰ que, en el caso, debía ser reforzado, por mediar una especial situación de vulnerabilidad de N.L.D. y una relación de poder de C. sobre ella.

Es el Estado el que, en cumplimiento de su deber de diligencia, debía investigar la violencia sexual que N.L.D. había denunciado. Y en esa situación en que la violencia sexual causada contra ella por C. suponía una causa de justificación —legítima defensa— del homicidio que ella le había provocado, era también el Estado el que debía derribar, con pruebas que impliquen plena certeza, la ino-

³⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció de forma pacífica y reiterada sobre la necesidad de que las investigaciones judiciales incluyan un enfoque de género a fin de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación (confr. Corte IDH. “González y otras (“Campo Algodonoero”) vs. México”. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 400-401; “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 216; “López Soto y otros vs. Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 236; “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173; entre muchos otros)

encia de la que gozaba, como cualquier ciudadano/a al ser juzgado/a por un hecho. Ese juicio de certeza alcanza a las causas de justificación, incluida, la legítima defensa.

En Fallos 324:4039 dijo la Corte Suprema, al remitirse al dictamen del Procurador General, que no cabía exigir la prueba de la situación de justificación, sino que, por el contrario, la sentencia de condena debía arribar a la certeza de que aquella no había existido, único modo de resguardar el principio que surge del art. 18 de la CN y que hoy recoge el art. 3 del CPPN.

Este estándar ha sido ratificado en el caso “Ucha”³¹ y en “R.C.E.”³², al resaltar, en definitiva, que siempre que la causa de inculpabilidad o justificación se apoye en circunstancias verosímiles (como ocurre aquí), solo puede dictarse una condena luego de una minuciosa, racional y objetiva valoración que concluya en la certeza de la inexistencia de esa causal y que corresponde a la acusación revertir ese descargo, ello como derivación, a su vez, del *onus probandi*³³.

En el caso, ese mandato no se cumplió. De allí la imposibilidad de negar que en el caso haya operado un supuesto de legítima defensa, conforme ella —como pudo sin apoyos ni ajustes y de manera espontánea— en la primera oportunidad que tuvo, lo manifestó. Si el Estado incumplió su deber de investigar la violencia sexual que la acusada alegó, en un contexto que daba indicios y razones de peso de que esa violencia se había producido, corresponde en función del principio de inocencia y el *in dubio pro reo* tener por probada la causa de justificación y absolver.

Así parece haberlo anticipado el Procurador y mantenido los jueces Maqueda y Lorenzetti, cuando no se conformaron con señalar la arbitrariedad de la sentencia del fallo de casación, sino que, además, expresamente apuntaron la arbitrariedad del fallo de condena.

5. Reflexiones finales

De la lectura del fallo comentado podría sostenerse que queda un tema relevante pendiente de abordar: la discusión sobre la inminencia de la agresión ilegítima

³¹ Causa U. 56. XLIII. REX, rta. el 4 de agosto de 2009.

³² Fallos: 342:1827

³³ Bertelotti, M. “Principio «in dubio pro reo» y carga de la prueba”, en Leonardo G. Pitlevnik -director-: Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Hammurabi: Buenos Aires, tomo 19, 2016, págs.177/82.

(la violencia sexual) como presupuesto indispensable de la legítima defensa. El Tribunal Oral, y luego el tribunal de casación, expresamente señalaron que correspondía descartar esta causa de justificación porque, aún de tenerse por probada la agresión sexual, el ataque mortal de N.L.D. habría sido tardío.

Este requisito que se ha introducido para ponderar la procedencia (o no) de esta causa de justificación ha sido relativizado, en sus límites, por la doctrina y la jurisprudencia cuando la agresión ilegítima supone violencia de género³⁴. Sin embargo, tal cual se sostuvo al comentar el fallo “Leiva” de la CSJN —en el que también se discutió la procedencia de esa causa de justificación—³⁵, entiendo que este caso no exige ingresar en esa discusión de orden dogmático sobre cómo debe aplicarse ese presupuesto temporal y si debería flexibilizarse ante supuestos de agresión de esas características.

Como se expuso, es evidente que, en función de la prueba producida, de la que da cuenta la sentencia de CSJN, había elementos para sostener esa coincidencia temporal entre la agresión ilegítima y el ataque que permite sostener que medió un supuesto de legítima defensa. Especialmente, conforme un estándar en el cual el principio de inocencia e in dubio pro reo obligan a decantarse a favor de su existencia cuando media un cuadro de duda insuperable sobre su existencia. Y había, al menos, un cuadro de duda razonable si tenemos en cuenta no solo los datos de contexto que se mencionaron previamente, sino que, incluso, se detectó la presencia de semen en el cuerpo de N.L.D.

Por lo demás, tal cual se expuso, está claro que mediaron graves deficiencias en la investigación. Entre otras, no se le brindaron a la acusada a N.L.D. herramientas para que pudiera aportar, en igualdad de condiciones con las demás personas, más información sobre la situación inmediata anterior al ataque —la urgencia, la inexistencia de otros medios de defensa— ni se indagó (o no surge de la sentencia al menos) sobre la extensión temporal de la violencia sexual, ni el modo en que esa violencia se produjo. También, operaron en la ponderación de la prueba estereotipos y prejuicios que condujeron a realizar interpretaciones y valoraciones arbitrarias.

Tampoco surge de la sentencia cuestiones elementales como diferencias físicas entre ella y C., ni si existe un peritaje ginecológico que permita conocer si había mediado lesión del himen y si este ataque sexual con acceso carnal (en tanto

³⁴ Confr. Lauría Masaro y Sardaños, ob. cit., donde se citan casos de jurisprudencia y doctrina en ese sentido.

³⁵ Confr. Hopp, ob. cit., pág. 51, Lauría Masaro y Sardaños, ob. cit., págs. 66 y 67.

se determinó la presencia de semen) suponía en N.L.D. su primera relación sexual con penetración.

Cuando una mujer alega legítima defensa ejercida contra una persona con quien mantiene un vínculo —en este caso un vínculo laboral signado por su no visibilización en tanto se produce en el mismo domicilio del hombre—, evaluar hechos pasados como la incidencia que el ataque pudo haber generado en la mujer contribuyen a evaluar el peligro que representaba la agresión, especialmente la representación que de él debía tener quien se defendía, la necesidad, la razonabilidad de los medios empleados y la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima³⁶.

Como advierte Hopp, la defensa contra quien agrede consuetudinariamente presenta varias particularidades que solamente pueden ser apreciadas apropiadamente en el contexto de violencia que excede la concreta agresión que finalmente desencadenó la defensa. Y si a ese juicio sobre la representación del peligro que el autor debió hacerse se le suma que N.L.D. era una persona con una discapacidad intelectual que bien pudo comprometer su percepción de los riesgos, la duda se transforma en insuperable.

Entiendo entonces que el caso no exige ingresar en la discusión dogmática sobre si corresponde o no hacer en estos supuestos una aplicación distinta de la norma. Era suficiente con ponderar si las evidencias demostraban o introducían la duda sobre la coincidencia temporal entre la agresión y la defensa, así como sobre la representación que de la inminencia había tenido la acusada.

Más allá de ello, es fundamental tener presente que, si el Estado tiene un deber de diligencia reforzado de investigar supuestos de violencia de género sobre las mujeres con discapacidad intelectual, de las deficiencias en esa investigación solo el Estado debe hacerse cargo. Y lo hará con la estricta aplicación del principio de inocencia y del *in dubio pro reo*, sin que pueda trasladarse a una mujer analfabeta con discapacidad intelectual y víctima de violencia de ataque sexual —que denunció y que se corrobora con prueba de contexto— la carga de la prueba sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

En este contexto, el dictamen del Procurador General, al que adhirió el fallo de la CSJN, aun cuando podría haber profundizado sobre muchos aspectos de orden convencional que estaban vinculados al caso y de los que intenté dar cuenta

³⁶ Así lo propone Hopp en “Legítima defensa y violencia de género”, con cita de Di Corleto, J., ob. cit. Pág. 50.

en este comentario, introduce estándares valiosos para el reconocimiento de las mujeres con discapacidad intelectual que son víctimas de violencia de género. Se abre una perspectiva importante en el reconocimiento de sus derechos.

La prisión domiciliaria como medida de coerción morigerada desde una perspectiva de género. Estrategias para la defensa de los derechos de las mujeres encarceladas

Berenice Olmedo*

I. Introducción

El punto de partida del presente trabajo es que, en el marco normativo actual en el ámbito federal y nacional, la prisión domiciliaria como medida de coerción personal procede lisa y llanamente por aplicación de los principios de necesidad¹ y proporcionalidad², sin requerir que concurren de forma simultánea las causales previstas en el art. 32 de la ley 24.660 o 10 del Código Penal³ (CP). En consecuencia, el art. 210 inc. “j” del Código Procesal Penal Federal (CPPF) tiene un ámbito de aplicación mayor⁴.

* *Abogada (UNC). Especialista en Derecho Penal (UNC-UNL). Prosecretaria Letrada de la DPO ante los Tribunales Federales de 1ra. y 2da. Instancia de Córdoba.*

¹ 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. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional.” Corte IDH, “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sent. del 21/11/07, párr. 93, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf; “Argüelles y otros vs. Argentina”, sent. del 20/11/14, párr. 120, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf.

² “...una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena... implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, 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.” Corte IDH, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sent. párr. 122, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.

³ Para un análisis detallado sobre los estándares internacionales de protección de mujeres privadas de libertad y de sus hijas e hijos, así como sobre la regulación del arresto domiciliario en Argentina a partir de la ley n° 26.472 y de los obstáculos tanto interpretativos como fácticos para acceder al mismo o durante su transcurso, véase COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO, Punitión y Maternidad. Acceso al arresto domiciliario, Bs. As., Ministerio Público de la Defensa – Defensoría General de la Nación, 2015.

⁴ “El arresto domiciliario previsto en el inc. j) no limita su aplicación en función de la edad del im-

Además, que todas las medidas alternativas o sustitutivas del encierro carcelario previstas en el art. 210 CPPF⁵ deben aplicarse de forma progresiva, de menor a mayor, estando la prisión preventiva estrictamente supeditada a la ineficacia de las anteriores. Esto se desprende tanto del tenor literal de la norma en cuestión, como de la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal que dispuso su entrada en vigor para la jurisdicción federal y nacional de todo el país⁶. La doctrina se ha expresado en sentido coincidente⁷.

Sin dudas, resulta necesario contar con una perspectiva amplia que busque hacer realidad la presunción constitucional de inocencia en este ámbito clave. A

putado, su estado de salud, preñez o condición de madre de menores de cinco años o discapacitados, como lo han los arts. 10 del CP y 32 de la ley 24.660, que aluden a la posibilidad de cumplimiento de pena privativa de libertad bajo esta modalidad. Presenta, como se observa del texto de la norma, un ámbito más amplio de aplicación. No obstante, aquellos supuestos pueden invocarse como eventual razón de su aplicación (art. 11 de aquella ley).” DARAY, Roberto R. (dir.), Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2° ed., 3° reimpr., 2020, tomo 2, p. 103.

⁵ Art. 210: “Medidas de coerción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.”

⁶ “...se fijó en el artículo 210 un minucioso y detallado catálogo de medidas de coerción personal a las que se puede recurrir para el aseguramiento del proceso ante los supuestos descriptos en los artículos 221 y 222 citados, estableciendo normativamente un grado de progresividad y jerarquía de estas medidas que el juzgador debe contemplar en todos los casos...”. Res. 2/2019, B. O. 19/11/2019.

⁷ “...se conforma un catálogo de once medidas cuya intensidad va subiendo hasta llegar al encarcelamiento preventivo, ‘...siendo que corresponde al juez elegir la menos grave entre todas las idóneas para neutralizar los riesgos procesales existentes [Solimine, Bases..., p. 185] [...] Pastor señala [Lineamientos...ps. 70 y 71] que el Código ‘siguiendo la tendencia en la materia, se toma en serio el carácter subsidiario de la coerción procesal y, superando la rigidez del modelo derogado, permite un excelente abanico gradual de medidas combinables que, para asegurar los fines del proceso, son preferentes a la utilización de la privación de la libertad locomotiva. Esta (...) innovación de la nueva ley dispone como anteúltimo recurso el arresto del imputado en su propio domicilio y solo (...) corresponderá como ultima ratio la imposición de la prisión preventiva...”. DARAY, op. cit., tomo 2, pp. 99/100.

tal fin, es importante tener presente que su uso puede ser individual o combinado con el resto de las medidas previstas en los inc. “a” a “i” del mencionado art. 210 CPPF.

También puede ocurrir que, en el caso concreto, exista alguna de las causales de prisión domiciliaria de la ley de ejecución y del Código Penal. Dado el panorama normativo descrito, esa situación debería ser entendida como una razón **adicional** de procedencia, no como un motivo para obstaculizarla o complejizar su trámite.

De todas formas, debemos aclarar que existen tribunales que postulan la necesidad de analizar los requisitos contenidos en los arts. 10 CP y 32 de la ley 24.660, argumentando que son normas vigentes⁸. No compartimos ese criterio toda vez que, a nuestro juicio, equivale a vaciar el art. 210 CPPF, privándolo de campo de aplicación propio, al tiempo que contradice el principio *pro homine*.

Ahora bien, cualquiera sea la postura a la que se adhiera, puede suceder que los requisitos previstos en las normas sustantivas citadas (e, incluso, algunos no contenidos en ellas pero que se aplican en la práctica) constituyan un escollo para el otorgamiento de la prisión domiciliaria. Si bien esta apreciación es predicable respecto de toda persona privada de la libertad a título cautelar, aquí nos interesa abordar específicamente a las mujeres porque constituyen un grupo vulnerable⁹ que sufre desproporcionadamente el encierro carcelario, cuyas consecuencias suelen trascender a terceros debido a las responsabilidades de cuidado que aquellas históricamente ostentan de modo exclusivo o principal.

A su vez, dentro de este grupo nos interesa destacar el caso de mujeres que presentan una dificultad adicional para acceder a la prisión domiciliaria en virtud de haber quebrantado una anterior. Nos referimos al incumplimiento de las reglas que conlleva la prisión domiciliaria, haya involucrado o no la comisión del delito investigado en el proceso penal donde se solicita nuevamente ese instituto.

⁸ Cámara Federal de Córdoba, Sala A, “Incidente de excarcelación en autos Mayo, Miguel Ángel s/ infracción Ley 23.737” Expte. FCB 7107/2021/4/CA2, de fecha 14/12/2022. Allí sostuvo: “...la puesta en vigencia del art. 210 del CPPF, en modo alguno ha derogado el instituto de la prisión domiciliaria establecido por el artículo 32 de la ley 24.660 y en el artículo 10 del Código Penal. Por ello, no corresponde omitir el análisis de los requisitos previstos en dichas normas a los fines de determinar la viabilidad del beneficio solicitado, por tratarse de normas también vigentes.”

⁹ Por su género y por la privación de la libertad, pudiendo concurrir otras causales (tal como sucede en la mayoría de los casos), por ej., la pobreza, la victimización, la migración, etc. Cf. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (sección 2da. “Beneficiarios de las reglas”, apartado 1), adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, a las que adhirió la CSJN mediante Acordada No. 5/2009 del 24 de febrero de 2009.

En dicho marco, el propósito de este trabajo es ofrecer argumentos y sistematizar estrategias que, con perspectiva de género, puedan usarse para facilitar el acceso de mujeres a la prisión domiciliaria.

II. Enfoque diferenciado. Prioridad de medidas alternativas o sustitutivas del encarcelamiento. OC 29-22 Corte IDH

En primer lugar, es imprescindible recordar que cualquier respuesta judicial debe ser respetuosa de los derechos humanos de la mujer sometida a proceso penal y que esto impone el cumplimiento de estándares específicos que surgen de nuestro bloque de convencionalidad (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional —CN—). Asimismo, que no es posible invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado¹⁰.

En este sentido, consideramos de suma importancia conocer e invocar la Opinión Consultiva 29-22 dictada este año por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ (Corte IDH). Allí, invocando su rol de intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se expidió sobre la necesidad de adoptar enfoques diferenciados y medidas especiales respecto de ciertos grupos vulnerables; entre ellos, las mujeres privadas de libertad.

La Corte IDH tuvo expresamente en cuenta el uso “excesivo y abusivo” (sic) de la prisión preventiva en la región, motivo por el cual la Opinión Consultiva es aplicable a las medidas de coerción personal. Ello, aclarando que debe ajustarse al régimen diferenciado que rige en relación con las personas no condenadas (art. 5.4 de la CADH¹²) y que “...no debe entenderse como una habilitación para perpetuar prácticas de anticipación de la pena que son contrarias al principio de excepcionalidad y ultima ratio y desconocen la presunción de inocencia” (párr. 27). En lo que aquí interesa, la Corte IDH:

A) partió de que “...en el contexto de la privación de libertad, también se reproducen y exacerbaban los sistemas de dominación social basados en el privilegio de unos y la opresión de otros, como el patriarcado...”, por lo que hay quienes “...sufren

¹⁰ Art. 27 de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹¹ Corte IDH, OC 29-22, 30/05/2022, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf.

¹² En cuanto a que “los procesados deben estar separados de los condenados y sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”. Corte IDH, OC 29-22, párr. 27.

un mayor grado de vulnerabilidad o riesgo contra su seguridad, protección o bienestar como resultado de la privación de la libertad y de su pertenencia a grupos históricamente discriminados...;

B) entendió que tal situación obliga al Estado a satisfacer necesidades específicas y a brindar protección a través de la adopción de medidas positivas como proyección del principio de no discriminación¹³. Correlativamente, que la omisión de tales medidas viola el artículo 5.2 de la CADH y puede contradecir la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (párr. 65, 66 y 68).

Es relevante destacar que la Corte IDH utilizó las Reglas de Bangkok¹⁴ para precisar el contenido del principio de no discriminación. Esto las reafirma como instrumento internacional específico aplicable a las mujeres privadas de la libertad y, por lo tanto, deben ser consideradas por las y los operadores jurídicos;

C) previo a describir el perfil de las mujeres privadas de libertad¹⁵, explicó que el enfoque diferenciado en relación con ellas exige:

* No reproducir exactamente el trato proporcionado a la población masculina;

* Adoptar políticas criminales y penitenciarias “...que atiendan tanto al perfil y vulnerabilidades de las mujeres privadas de libertad o en arresto domiciliario, como a sus condiciones sociales y responsabilidades de cuidado, con miras a su adecuada integración a la sociedad”;

* Interpretar las disposiciones pertinentes considerando “ineludiblemente” (sic) la realidad de las mujeres¹⁶, que se asienta sobre desigualdades históricas con los hombres y los roles de género;

¹³ Cf. Reglas Nelson Mandela, Reglas de Bangkok, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (principio 5.2) y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio II).

¹⁴ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/65/229 del 16/03/2011,

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

¹⁵ “...se corresponde con la comisión de hechos no violentos, principalmente ligados al tráfico de estupefacientes, con penas de períodos cortos... en condición de pobreza, con pocos años de escolaridad, responsables del cuidado de sus hijas e hijos, así como de otros familiares dependientes de su cuidado, que han sido expuestas a diversas formas de abuso y violencia”. Corte IDH, OC 29-22, párr. 121.

¹⁶ Responsabilidad de cuidado sobre niños u otras personas dependientes, o ser jefas de hogares monoparentales.

* Atender al interés superior de las niñas o niños cuando “se vean involucrados en las decisiones que se adopten respecto de sus progenitores o cuidadores principales encarcelados” (párr. 127 y 130);

D) afirmó que la privación de la libertad puede tener efectos negativos sobre las mujeres durante el embarazo, parto, posparto y lactancia. También sobre las niñas o niños cuando sus cuidadoras principales están presas o cuando viven con ellas en la cárcel durante la primera infancia.

En consecuencia, insistió en el carácter excepcional del encierro carcelario y sostuvo que debe priorizarse la aplicación de medidas no privativas de la libertad o, en su defecto, medidas morigeradas como la prisión domiciliaria o el uso de dispositivos de vigilancia electrónica¹⁷. Consideró el interés superior “...a fin de asegurar que los niños puedan disfrutar de su derecho a la vida familiar junto a sus progenitores en un entorno no privativo de libertad que sea apropiado para su desarrollo integral”¹⁸.

E) finalmente, hizo hincapié en un aspecto fundamental que casi siempre queda relegado y es que, cuando se ordenen medidas alternativas o sustitutivas para mujeres embarazadas o con hijos e hijas pequeños, los Estados deben velar por la satisfacción de sus necesidades básicas (alimentación, trabajo, salud y educación), a través de programas específicos y asistencia social. Ello para promover la reinserción social, reducir las posibilidades de reiteración delictiva y remover los obstáculos para la implementación efectiva de esas medidas (la pobreza, tareas de cuidado, etc.)¹⁹.

El valor de esta Opinión Consultiva es innegable en tanto fija pautas claras que deben guiar la imposición de penas y medidas de coerción personal a mujeres en conflicto con la ley penal, priorizando aquellas no privativas de la libertad o, por lo menos, no carcelarias. De tal forma, permite avizorar en qué supuestos la actividad de las y los operadoras/es jurídicas/os puede generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

¹⁷ Dijo: “...debe darse preferencia a la adopción de medidas alternativas o sustitutivas a la detención o prisión, o, en su defecto, a formas de detención morigeradas, tales como el arresto domiciliario o el uso de brazaletes o tobilleras electrónicas, particularmente atendiendo a la baja gravedad del delito – es decir, la comisión de delitos no violentos–, al mínimo riesgo que representa la mujer delincuente para la sociedad, así como al interés superior de los niños y niñas. Ello implica que la privación de libertad solo debe disponerse en supuestos excepcionales”. Corte IDH, OC 29-22, párr. 132 y 133. El destacado nos pertenece.

¹⁸ Corte IDH, OC 29-22, párr. 200.

¹⁹ Corte IDH, OC 29-22, párr. 134.

III. Deber de resolver con perspectiva de género

En el ámbito interno hay precedentes que receptan la necesidad de juzgar con perspectiva de género²⁰. Esta perspectiva es de aplicación obligatoria en tanto deriva de los compromisos internacionales suscriptos por el Estado argentino²¹ e, incluso, ha sido definida por la jurisprudencia como “un criterio de justicia para el caso en concreto”²².

Pues bien, la perspectiva de género exige la aplicación de estándares específicos (como los que describimos en el apartado anterior) que orienten las decisiones relativas a mujeres detenidas. En esta dirección, resulta de utilidad invocar la Recomendación VI del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias denominada “Derecho de las Mujeres Privadas de la Libertad – Género en Contextos de Encierro”, del 24 de mayo de 2016, en tanto indicó a los jueces y juezas que:

* Evalúen la procedencia de la prisión domiciliaria a la luz del deber de asegurar el interés superior del niño, del principio *pro homine* y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Señaló que no corresponde exigir requisitos no previstos en la ley No. 26.472 (el art. 210 inc. “j”) CPPF aún no integraba el ordenamiento en vigor).

* Arbitren los medios para garantizar el derecho a la salud, la educación y el trabajo de las mujeres en prisión domiciliaria, particularmente, a través de permisos de salida amplios.

²⁰ La perspectiva de género ha sido definida como “...una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Debe entenderse como una metodología y/o mecanismo que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, para así poder implementar acciones positivas sobre los factores de género y crear condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad en la materia.” Sirve para “...contrarrestar las políticas descriptas como ‘neutrales’, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes, convirtiéndose en una estrategia central para lograr la igualdad de facto.” SOSA, María Julia, Investigar y juzgar con perspectiva de género, consultado en [<https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2021/04/Investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-genero-CC%81nero-2.pdf>].

²¹ CEDAW, Convención de Belém do Pará; art. 75 inc. 22 CN.

²² “...juzgar con perspectiva de género no resulta una ‘opción’ y mucho menos una ‘cuestión’ que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley, sino que trascienda hacia los justiciables en concreto... En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.” Cámara Federal de Córdoba, Sala B, “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986”, Expte. N° FCB 38979/2019/CA2, del 12/04/2021. Voto de la Dra. Liliana Navarro.

En relación con esto último, recomendó al Ministerio de Justicia y al de Desarrollo Social de la Nación que, en la medida de lo posible, permitan que las mujeres que no tengan un trabajo para subsistir tengan acceso, como mínimo, a los mismos bienes que recibirían si estuvieran encarceladas, lo que también incluye capacitación laboral y trabajo remunerado.

La jurisprudencia se ha hecho eco de esta Recomendación. La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC), Sala 2, la aplicó en los autos “L. R. B.” por entender que exhorta al Poder Judicial a que “...*al momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (n° 57, 58, 60, 61,62, 63, 64), y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de libertad. Con esa finalidad, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal’...*”²³.

La Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), Sala IV, también la aplicó en los autos “Romero”²⁴, al caso de una mujer con cuatro hijos menores de edad detenida e imputada por infracción a la ley 23.737, cuya prisión domiciliaria había sido revocada por incumplimiento de las pautas de conducta. Por mayoría anuló la resolución impugnada y remitió los autos para que se diese intervención a la asesoría de menores y se evaluara la posibilidad de efectivizar el arresto domiciliario.

Los jueces Hornos y Carbajo sostuvieron que “[L]a resolución recurrida debe analizarse también desde una perspectiva igualitaria de género. Con ese norte, en el año 2016 el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias emitió la VI Recomendación... Allí [...] se hace especial referencia al arresto domiciliario y se señala que aquel debe estar guiado por las reglas que indican considerar para su eventual procedencia las responsabilidades de cuidado de las mujeres en conflicto con la ley penal, por el principio *pro persona* y por el Interés Superior del Niño”.

²³ CNCCC, Sala 2, “L. R. B.”. Reg. No. 226/2017, causa No. 51775/2016. 5/4/2017. El destacado nos pertenece.

²⁴ CFCP, Sala IV, “Romero”, Registro No. 2541/2019. Causa No. 10041/2017. 05/12/2019. Se le imputaba tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravada por la intervención de tres o más personas.

Por su parte, recientemente la CFCP, Sala III, en los autos “G., L. B.”²⁵ anuló un fallo por haber omitido valorar cuestiones conducentes para la solución del pleito. Si bien el caso versaba sobre la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de una mujer en estado de vulnerabilidad que estaba imputada por un delito aduanero, el criterio allí sentado puede extrapolarse a cualquier tipo de decisión por su carácter general.

En efecto, entendió que la vulnerabilidad invocada respecto de la mujer sometida a proceso y sus extremos de vida (analfabetismo, pobreza —ingresos insuficientes, carencia de obra social, hogar precario sin servicios básicos—, cuidado de seis hijos menores de edad y de una persona mayor) no podían ser soslayados y *“...aconsejaban su abordaje desde una perspectiva de género. Esto último con el objeto de evaluar la eventual incidencia que tales extremos pudieron ejercer en la nombrada para verse involucrada en el presente conflicto penal y, correlativamente, determinar si —dadas esas particulares circunstancias— resultaba razonable impedir a L. G. B. acceder a una solución alternativa a dicho conflicto por medio del instituto de la suspensión del juicio a prueba...”*.

La aplicación de una perspectiva de género impone que, en el caso concreto, se examinen:

A) El cuadro de vulnerabilidad en que se encuentren la mujer y su grupo familiar, vulnerabilidad que probablemente sea progresiva en caso de concurrir varias causales.

A tal fin resulta útil valorar los datos brindados en el interrogatorio de identificación (art. 297 CPPN), contar con un informe psicosocial que evalúe el estado actual, contexto de vida y posible historia de victimización de la justiciable y de su grupo familiar, así como el impacto de la detención en los mismos, aportar prueba documental e informativa tal como los documentos de identidad o el certificado de nacimiento de los hijos, libreta de familia, certificados de escolaridad, certificación negativa expedida por ANSES, constancia de pago de asignaciones sociales, certificado de discapacidad, etc. Todo lo que permita al juez o jueza tener un panorama más claro al respecto.

B) Las responsabilidades de cuidado que recaigan sobre la mujer, en particular, si es la cuidadora principal o realiza un aporte relevante a las tareas de cuidado.

²⁵ CFCP, Sala III integrada en forma unipersonal por el Dr. Mariano Hernán Borinsky, causa No. FPA 16743/2017/3/CFP1 “G., L. B. s/recurso de casación” Registro nro.: 1599/22, del 18/11/2022. A la mujer se le imputaba encubrimiento de contrabando. El destacado nos pertenece.

C) Si la mujer registra el quebrantamiento de una prisión domiciliaria anterior, puede convenir indagar si recibió acompañamiento y apoyo estatal efectivo mientras estuvo en tal condición (mediante el otorgamiento de permisos amplios para trabajar y/o para llevar a hijos e hijas a la escuela o a centros de salud, la prestación de asistencia social integral a través de instituciones públicas, etc.). O si, por el contrario, la presencia estatal se limitó a visitas aleatorias del Patronato del Liberado para controlar el cumplimiento de la medida.

Recordemos que la vulnerabilidad de la mujer no desaparece con la prisión domiciliaria. Al contrario, se suman las restricciones propias de esa medida²⁶. **La privación de libertad continúa y, por lo tanto, subsiste el rol de garante del Estado, motivo por el cual sus representantes no deberían desentenderse de las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones mediante una valoración desfavorable del quebrantamiento.**

D) Hay que explicitar que las mujeres tienen derecho a que se les apliquen medidas alternativas o sustitutivas del encarcelamiento a título propio, en virtud de sus características especiales, y que están amparadas por los principios de no discriminación, dignidad, prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, protección de la familia (arts. 18 *in fine*, 75 inc. 22 CN)²⁷. Sin embargo, en el caso (habitual) de que estén involucrados menores de edad o personas con discapacidad, el interés superior de aquellos y/o la protección de estas deben constituir un motivo más para su otorgamiento.

La ley no exige para la procedencia de la prisión domiciliaria que se encuentren en situación de desamparo²⁸. No obstante, es relevante resaltar cuál ha sido

²⁶ La Defensoría General de la Nación cuenta con el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, que promueve el acceso a derechos de mujeres que cumplen arresto domiciliario y sus familias. Véase <https://www.mpd.gov.ar/index.php/informacion-relevantes/59-programas-y-comisiones/programa-de-atencion-a-las-problematicas-sociales-y-relaciones-con-la-comunidad/625-mujeres-en-arresto-domiciliario>.

²⁷ Véase COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO, Punición y maternidad..., op. cit., pp. 23 a 35.

²⁸ “[N]i la ley de marras ni su claro soporte convencional incorporado al ordenamiento jurídico argentino por ley 23.849 y elevado a jerarquía constitucional a través de la reforma constitucional de 1994 (CN, art. 75, inc. 22) reclaman una situación de desamparo o peligro del niño o niña para facultar la concesión del arresto domiciliario de su madre. Tampoco el relativo bienestar que pueda lograrse a través del sacrificio de parientes o vecinos suple el deber estatal de velar porque el niño permanezca junto a aquella. En el caso de la ley 24.660, en su actual texto, la situación descrita se limita –en lo que aquí interesa al nudo presupuesto de “la madre de un niño menor de cinco (5) años”; en tanto que el juego armónico de los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención erige como axioma el interés superior del niño; como regla, la permanencia del niño con sus padres y, como excepción, la necesidad de separarlos en función de ese interés superior en casos particulares, tales como el maltrato o descuido por parte de sus padres o la propia separación de estos últimos...”. CNCCC, Sala II, “G. A. G.”. Causa No.

el impacto (seguramente desfavorable) de que la única o principal cuidadora haya sido encarcelada, sobre todo, si la cárcel queda lejos del centro de vida de las y los destinatarias/os de ese cuidado.

Hay que valorar dicha afectación desde un punto de vista **concreto**²⁹. Indicando, por ejemplo, si el niño, la niña o la persona con discapacidad bajó el rendimiento escolar, interrumpió actividades y/o tratamientos médicos o psicológicos y por qué razón, mudó su centro de vida, empezó a presentar algún padecimiento mental; en caso de haber hermanos, si fueron separados, etc.

Debe tenerse en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 103 del Código Civil y 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación No. 27.149, hay que dar intervención al Ministerio Pupilar para ejercer la representación complementaria. De lo contrario, la resolución estará viciada de nulidad absoluta³⁰.

E) Es necesario hacer hincapié en el rol atribuido a la mujer en la causa, sus características y las razones que la llevaron a desempeñarlo. Nótese, por ej., que la mayoría de los delitos previstos en la ley 23.737 se caracterizan por tener escalas penales elevadas, pero no todos los roles tienen la misma jerarquía.

En este sentido, es importante resaltar que, en general, la intervención de las mujeres consiste en ser “correo” o “mula”, es decir, el último eslabón de la cadena de tráfico, totalmente desvinculadas de la organización y/o dirección del negocio

78309. 13/04/2018. Voto del juez Niño.

²⁹ “Aunque las formas alternativas –de encarcelamiento– no constituyen una regla general para todos los casos, la consideración del mejor interés de los niños obliga a un examen caso por caso, de modo que incumbe al Estado justificar por qué en un supuesto dado no corresponde ofrecer y aplicar esa alternativa, para lo que no son suficientes fórmulas genéricas...”. CNCCC, Sala II, “G. A. G.”, citado. Voto del juez Sarrabayrouse. El destacado nos pertenece.

³⁰ La jurisprudencia sostiene que: “[C]uando se invoca ‘el Interés Superior del Niño’ en los términos del artículo 3.1 del CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si la morigeración del régimen de prisión preventiva que se solicita en función del interés del niño, sería necesaria e idónea para asegurarlos en los términos de la normativa citada... En función de ello, resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal lo ha separado –en el caso– de su padre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquel el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir ‘en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces’ y puede ‘entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes’... la decisión recurrida aparece desprovista de fundamento, pues al momento de resolver el tribunal no contó con el dictamen del Asesor de Menores; defecto que acarrea la nulidad del fallo recurrida (art. 123 del C.P.P.N.)”. CFCP, Sala IV, “González”. Registro n° 1065/2018. Causa No. 25005863/2012. 24/8/2018. Jueces Hornos y Gemignani. En el mismo sentido: “Romero”, ya citado.

ilícito. Dicho rol normalmente recae en mujeres jóvenes, pobres, con escasa o nula educación formal, madres solas con responsabilidades familiares acuciantes que atender, cuyo estado de vulnerabilidad progresiva las convierte en blanco fácil para el desempeño de tareas de altísimo riesgo e ínfima ganancia³¹.

También puede suceder que se trate de delitos que hayan tenido lugar en el marco de una relación de pareja y sea necesario indagar y explicitar si se la está responsabilizando por un obrar ajeno o qué incidencia tuvo en su propio obrar la conducta de la persona con quien mantiene un vínculo de confianza y comparte, en mayor o menor medida, un espacio de intimidad³². O bien que el delito imputado haya sido cometido en un contexto de violencia de género³³.

IV. Improcedencia de argumentos relativos a la excarcelación, no previstos en la ley o moralistas

Recuérdese que lo que se procura a través de una medida de esta índole es asegurar los fines procesales manteniendo la privación de libertad, pero de un modo menos gravoso para la mujer y para las personas que estén bajo su cuidado. Con este norte, no procede la valoración de extremos que usualmente se invocan para denegar la excarcelación, tales como la gravedad o la naturaleza del delito imputado, la reincidencia o la reiteración delictiva (el famoso “desapego a las normas”), así como apreciaciones estereotipadas sobre la forma de ejercer el rol materno o de corte paternalista.

Una especial dificultad se presenta cuando la mujer detenida registra el incumplimiento de una prisión domiciliaria anterior. Esta circunstancia no está legalmente prevista como obstáculo para acceder a una nueva prisión domiciliaria, ni siquiera cuando la primera haya sido revocada (a diferencia de lo que pasa con

³¹ Sobre estas ideas, especialmente la incidencia del género en las experiencias de hombres y mujeres en el tráfico de estupefacientes, véase ANITÚA, Gabriel y PICCO, Valeria Alejandra, Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012, pp. 220, 221, 226, 227. Consultado en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5204-violencia-de-ge-nero>.

³² Sobre estas ideas, véase CARRERA, María Lina, Estudios sobre jurisprudencia, Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas, consultado en [<https://www.pensamiento-penal.com.ar/doctrina/48302-mujeres-circunstancias-y-delitos-drogas-estudio-jurisprudencia>].

³³ Sobre estas ideas, véase LAURENZO COPELLO, Patricia et al., Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género, consultado en [https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/14-Mujeres_imputadas-6.pdf].

la libertad condicional en virtud del art. 17 CP). En esta dirección, recuérdese que el principio de legalidad ejecutiva impide aplicar requisitos no previstos en la ley para fundar una denegatoria.

Es más, ni siquiera la revocación de la prisión domiciliaria de una mujer con condena firme supone indefectiblemente que esta deba volver al encierro carcelario estricto. Ello pues el art. 35³⁴ de la ley 24.660 establece para ese caso la posibilidad de que la pena se ejecute mediante prisión discontinua y semidetención, institutos que implican ambos la posibilidad de pasar lapsos considerables fuera del establecimiento carcelario³⁵.

Entonces, si en el peor de los casos (revocación de la prisión domiciliaria otorgada durante la ejecución de una pena privativa de la libertad), la persona no regresa de manera permanente al establecimiento carcelario, sino que conserva períodos de libertad ambulatoria, es claro que debe evitarse la aplicación de la medida de máxima intensidad cuando su destinataria todavía conserva el estado de inocencia.

Tampoco se trata de evitar la comisión de nuevos delitos, ya que esto implicaría confundir riesgo procesal con riesgo sustantivo. Este último es propio de los fines de la pena (prevención especial negativa) y, por lo tanto, ajeno al campo de las medidas de coerción.

No soslayamos que la redacción utilizada por el legislador parece atribuir al juez la facultad de disponer el cumplimiento de la pena o de la medida de coerción bajo prisión domiciliaria (“podrá”). Sin embargo, una correcta interpretación de la ley no debe llevar a que dicha facultad sea ejercida con absoluta discrecionalidad, de manera arbitraria. En un Estado de derecho los principios de legalidad y seguridad jurídica constituyen un pilar básico, y los ciudadanos tienen derecho a que las leyes sean aplicadas según criterios objetivos y previsibles³⁶.

³⁴ Si bien esta norma excluye de su campo de aplicación a los delitos mencionados en el art. 56 bis de la misma ley (algunos de competencia federal que constituyen el grueso de las causas que se atribuyen a las mujeres detenidas), no debe perderse de vista que se trata de una restricción claramente inconstitucional.

³⁵ Art. 35, ley 24.660: “El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando, no encontrándose incluido en los delitos previstos en el artículo 56 bis: a) Se revocare la detención domiciliaria;”

Art. 36, ley 24.660: “La prisión discontinua se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél.”

Art. 39, ley 24.660: “La semidetención consistirá en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna y la prisión nocturna.”

³⁶ Di Corleto, Julieta y Monclús MasO, Marta, El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o

V. Posibilidad de combinar la prisión domiciliaria con mecanismos de vigilancia electrónica

Por último, consideramos fundamental la posibilidad de solicitar desde el inicio la intervención del Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica del Ministerio de Justicia de la Nación, especialmente en aquellos casos donde existió quebrantamiento de una prisión domiciliaria anterior. Ello pues el Programa ofrece una alternativa al encierro carcelario mediante la colocación de una pulsera electrónica y la supervisión integral de dicho mecanismo, promoviendo una mayor integración de la persona (procesada o condenada) con su núcleo familiar y la comunidad³⁷.

Existe un Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control³⁸, que fija un orden de preferencia (no excluyente) para asegurar la incorporación al Programa de grupos en particulares condiciones de vulnerabilidad. Los tres primeros lugares están reservados a mujeres: embarazadas, madres de niñas o niños menores de cinco años o persona con discapacidad a su cargo y madres de niñas o niños de entre 5 y 10 años.

Este Programa presenta un beneficio adicional y es que “...*viene acompañado de la labor de un grupo interdisciplinario cuya función primordial es la de contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas incorporadas al sistema a los efectos de promover su reinserción social [...] Es decir, conjuga... la problemática relativa al peligro de fuga con la cuestión vinculada a la situación personal de los beneficiarios del sistema...*”³⁹. El equipo interdisciplinario busca atender especialmente la desigualdad y la discriminación que atraviesan estructuralmente las mujeres, sobre todo, cuando están detenidas, para revertirlas y mitigar sus impactos negativos⁴⁰.

Vemos que la utilidad de dicho Programa se proyecta sobre distintos ámbitos: para contrarrestar riesgos procesales (tales como fuga, contacto personal con testigos y/o víctimas, etc.) y para controlar de forma permanente el cumplimiento de la obligación de permanecer en el domicilio salvo causa justificada. Pero tam-

madres de niños menores de cinco años, en La Cultura Penal: Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 294.

³⁷ Res. MJN 1379/2015, de fecha 26/06/2015. Art. 2°.

³⁸ Res. 808/2016, de fecha 13/09/2016.

³⁹ CNCCC, Sala 2, “L. R. B.”, ya citado. Voto del juez Morin al que adhirió el juez Sarrabayrouse. El destacado nos pertenece.

⁴⁰ Cf. Res. MJN 1283/2019, de fecha 25/11/19, que aprobó el Protocolo de actuación de la Dirección de Asistencia a Personas Bajo Vigilancia Electrónica ante casos de violencia en el ámbito doméstico.

bién tienen una arista novedosa en cuanto a la posibilidad, por lo menos en teoría, de brindar apoyo a la mujer privada de libertad.

Dado su campo de aplicación específico, entendemos que los jueces y juezas no pueden obviar su consideración al momento de resolver y que lo contrario produce la nulidad de lo resuelto. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido⁴¹.

Así, la Sala 1 de la CNCCC anuló la denegatoria de prisión domiciliaria a una mujer que cumplía pena de prisión y uno de los hechos por los que había sido condenada había tenido lugar mientras cumplía una pena anterior con arresto domiciliario. La mujer era madre de tres niñas, dos de las cuales (de 3 y 8 años) se encontraban al cuidado de su abuela paterna mientras que la menor (de 1 año) vivía con ella en la cárcel. Consideró que *“...atendiendo al argumento que introdujo la representante del ministerio público fiscal, en cuanto a que la solicitante ya fue beneficiada por esta modalidad con anterioridad y violó sus obligaciones, a mi modo de ver se debe atender a la propuesta que hace la representante de la defensa, en el sentido de que hoy se cuenta con medios electrónicos de control útiles para aventar ese riesgo...”*⁴².

VI. Conclusiones

Consideramos que el art. 210 inc. “j” CPPF permite por sí mismo otorgar la prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la prisión preventiva. Ello respecto de cualquier persona privada de la libertad.

Además, que hay una serie de estándares internacionales absolutamente claros que coinciden en la necesidad de aplicar a las mujeres en conflicto con la ley penal medidas no privativas de la libertad o, en su defecto, medidas que morigeren en encierro carcelario tales como la prisión domiciliaria. Esta respuesta diferenciada es el resultado de aplicar un enfoque respetuoso de los derechos específicos de aquel colectivo, sin perjuicio de que otros principios (como el interés superior del niño) constituyan una razón adicional de procedencia.

⁴¹ “La opción que ofrece dicho programa neutralizaría notoriamente aquellos peligros [mencionado en la sentencia recurrida], por lo que su consideración resultaba decisiva para resolver el caso... Por ende, no cumple adecuadamente con el deber de motivación exigido por la ley, lo que la torna nula según el art. 123, CPPN”. CNCCC, Sala 2, “D. L. J. C.”, reg. No. 468/2016, causa No. 71273/2014, 23/6/2016.

⁴² CNCCC, Sala 1. “A. L. M. G.”. Reg. No. 204/2017. Causa No. 55611/2014. 28/3/2017. Voto de la jueza Garrigós de Rébora. El destacado nos pertenece.

La OC 29-22 de la Corte IDH brinda pautas de interpretación concretas que permiten determinar en qué casos un estado parte de la CADH como el nuestro podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de los derechos de las mujeres privadas de libertad. Las razones que fundamentan esos estándares internacionales (impacto desproporcionado del encarcelamiento en la vida de la mujer y, en la gran mayoría de los casos, en la de otras personas vulnerables que están bajo su cuidado exclusivo o principal) son las mismas que deben tener en cuenta los jueces y juezas al resolver sobre la procedencia de la prisión domiciliaria.

Si bien la consideración de tales extremos procede de oficio, resulta útil que la defensa efectúe el pedido respectivo presentando el caso con perspectiva de género y solicite o produzca (puede ser mediante su equipo técnico interdisciplinario) las medidas de prueba pertinentes. Cuando esté involucrado el interés de niñas o niños es preciso dar intervención al Ministerio Púpilar.

No corresponde fundar el rechazo de la prisión domiciliaria con argumentos que, en realidad, se vinculan con una excarcelación y/o no están previstos en la ley y/o son de tipo moral o paternalista. El quebrantamiento de una prisión domiciliaria anterior no obsta la procedencia de una nueva, fundamentalmente porque no demuestra riesgo procesal ni está previsto expresamente en la ley, pero también porque suele ser consecuencia de la situación de vulnerabilidad previa que se ve agravada por las restricciones propias del instituto, en un contexto de incumplimiento del rol de garante del Estado. Ni siquiera en casos de condena firme una revocación de prisión domiciliaria conlleva sí o sí el encierro total.

Finalmente debe tenerse en cuenta la conveniencia de solicitar la incorporación de las mujeres al Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica. En ciertos casos aquellas tienen prioridad para el otorgamiento del dispositivo electrónico.

MIGRANTES

El acceso a la justicia de las personas migrantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Nicolás Omar Vargas*

1. Cuestiones elementales para la consideración del fenómeno migratorio desde la perspectiva de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos ha ido desarrollando una serie de estándares en lo que hace al acceso a la justicia de las personas migrantes. El objetivo de este trabajo es dar cuenta de esos estándares, particularmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero antes es necesario dar cuenta de algunas precisiones tanto de orden terminológico como metodológico. Se trata, como dice el título de este apartado, de algunas nociones básicas e ineludibles que deben ser consideradas a la hora de abordar el tema que nos convoca desde la perspectiva de los derechos humanos.

Este trabajo está centrado en el acceso a la justicia de las personas migrantes, es decir, de aquellas personas que dejan su país para trasladarse a otro para residir de modo transitorio o continuar su vida allí; aunque, dado que los estándares en lo que hace al debido proceso y el acceso a la jurisdicción son compartidos por las personas solicitantes de asilo o refugio, también este estudio comprende a ese colectivo. Cuando se habla de acceso a la justicia, se lo hace desde una definición del concepto que no se limita al acceso a la jurisdicción o el sistema judicial, sino que comprende la posibilidad de realizar peticiones o defenderse de acusaciones ante la autoridad administrativa, cuestión que en este campo resulta fundamental, como también involucra la promoción y difusión de derechos.

* *Doctor en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Docente e investigador de las universidades de Buenos Aires, José C. Paz y Lanús. Este trabajo forma parte de una investigación sobre los efectos del cambio climático en la movilidad humana y se basa en la clase dada sobre acceso a la justicia en la edición del año 2022 del curso interamericano de migraciones organizado por la oficina para América Latina de la Organización Internacional para las Migraciones, perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas.*

En el ejercicio de la soberanía, cada Estado tiene la potestad de delinear su política migratoria, controlando el ingreso y la salida de su territorio de aquellas personas que no son nacionales. Así, la política migratoria se compone de todo acto, medida u omisión adoptada por las instituciones públicas que naturalmente comprende a todas las normas emanadas por el Estado, que regula la entrada, salida y permanencia de personas extranjeras en su territorio¹. En el diseño y la implementación de esas políticas hay algunos límites a la discrecionalidad estatal², que se fundan en el respeto por la dignidad humana de las personas migrantes; es decir que se debe respetar la vigencia del debido proceso como asegurar la tutela judicial, sin discriminación alguna, y la condición jurídica de la persona migrante no debe ser un obstáculo para que goce de los derechos que la amparan³. En el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, se suman algunas obligaciones adicionales tales como la incorporación de una perspectiva transversal en las políticas públicas que considere su protección y desarrollo más allá de su nacionalidad y estatus migratorio^{4 5}.

Es de rigor recordar que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, existe una prohibición de criminalización de las migraciones, según el cual bajo ningún aspecto, por ser incompatible con la CADH, puede ser utilizada la privación de la libertad con fines punitivos para controlar los flujos migratorios, quedando habilitado el uso de la privación de la libertad solo para asegurar la comparecencia al proceso o el cumplimiento de una orden de deportación, debiendo aplicarse solo cuando fuera estrictamente necesario y por el menor plazo de tiempo posible⁶, es decir que sus fundamentos son procesales y no punitivos⁷; y bajo ningún aspecto la privación de la libertad, cuando se aplica,

¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párrafo 163, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 97.

² Corte IDH, Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C N° 463, párrafo 58.

³ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251, párrafo 155.

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

⁵ La situación de la niñez migrante, por sus especificidades y desarrollos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, requiere de un abordaje que excede a este trabajo.

⁶ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282, párrafo 359.

⁷ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

puede ser dispuesta en una institución penitenciaria⁸. Así, toda política migratoria que recurra centralmente a la privación de la libertad de las personas migrantes en situación irregular de modo automático es arbitraria⁹. Como consecuencia de ello, no corresponde utilizar la expresión “inmigrantes clandestinos”, sino que lo correcto es hablar de “personas en situación de migración irregular”.

Como ya se dijo, este texto se ocupa, primero, de sentar las bases del contenido del acceso a la justicia por parte de las y los migrantes en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partiendo de la inserción del derecho bajo estudio dentro de la estructura del debido proceso. Seguidamente, se aborda el rol de la defensa pública en la región en defensa de las personas migrantes, institución que, de acuerdo con nuestro parecer, que es refrendado por experiencias ya existentes, es la más adecuada para asumir la trascendente misión de garantizar el acceso a la justicia de las personas migrantes.

Frente a un tema de tanta riqueza y amplitud como lo son los derechos humanos de las personas migrantes, corresponde realizar varios recortes. Dos cuestiones que quedan fuera de este texto pero que deben ser mencionadas, mas no sea al pasar, son las dinámicas históricas de avances y retrocesos, en clave de derechos humanos, de los derechos las personas migrantes, que se evidencian en nuestra región. La segunda, es la perspectiva colonial que atraviesa la cuestión de las migraciones cuando se analiza la cuestión desde una perspectiva global.

2. Debido proceso y personas migrantes

El derecho al debido proceso, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana, debe realizarse en todos los procedimientos en los cuales se determina el alcance de los derechos, aun cuando no sean situaciones judicializadas, sin importar el estatus migratorio de la persona involucrada¹⁰. En virtud de las características propias de los procesos migratorios, al contenido del derecho al debido proceso,

Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 171.

⁸ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 208.

⁹ Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 171.

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párrafo 121 y 122.

comprendido por el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹, se suman algunos requisitos adicionales.

Una primera cuestión es la prohibición de expulsiones colectivas de migrantes, que surge de la letra del art. 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que, además, tiene un vínculo innegable con el debido proceso¹², en tanto, como consecuencia de esa prohibición, cada proceso de expulsión o deportación debe ser tramitado en forma individual para que cada persona sea oída y se evalúen sus circunstancias personales¹³, evitando actos discriminatorios.

El debido proceso en materia migratoria implica para los Estados la obligación de respetar una serie de garantías mínimas, cuyo contenido veremos en mayor detalle y entre las que se encuentran: 1) el derecho a que cada persona migrante sea informada en forma expresa y formal de los cargos que pesan en su contra como de los motivos por los cuales se busca su expulsión o deportación; 2) que en esa misma notificación sean puestos en conocimiento los derechos que le asisten, entre los que se encuentran exponer su defensa y oponerse a los cargos, recibir asistencia consular, asistencia legal, y acceso a un traductor o intérprete en caso de ser necesario; 3) derecho a la revisión de su caso frente a una resolución desfavorable; y 4) ser notificada en forma formal y fehaciente de la resolución que decreta su expulsión, la cual debe estar suficientemente fundada¹⁴.

De acuerdo con las pautas sentadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el proceso migratorio puede ser llevado adelante tanto en instancias administrativas como judiciales. En caso de ir por vías administrativas, el funcionario o funcionaria administrativo/a que tome decisiones debe ser responsable ante la ley, sus superiores jerárquicos y organismos de control por la legalidad de sus decisiones; mientras que, si el proceso tramita en un ámbito jurisdiccional, el juez o jueza debe ser imparcial e independiente¹⁵. Tanto a unos como a otros se

¹¹ Corte IDH, Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párrafo 60.

¹² Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrafo 155 y Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párrafo 60

¹³ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párrafo 133.

¹⁴ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrafo 356.

¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014, párrafo 120.

les aplican las exigencias del debido proceso que surgen del art. 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶. Existe una particularidad adicional, vinculada al ejercicio del derecho al recurso, según la cual la revisión de la decisión adoptada por una autoridad administrativa debe poder ser realizada por una autoridad judicial para garantizar el debido control y escrutinio de los actos de la administración¹⁷; teniendo además ese recurso efecto suspensivo, lo que implica que la decisión no puede ser ejecutada hasta tanto no sea confirmada¹⁸.

También rige, en la materia bajo análisis, un principio de legalidad en materia migratoria, de acuerdo con el cual, para poder proceder un Estado a la expulsión o deportación de un ciudadano extranjero, se debe adoptar una decisión conforme a la ley¹⁹.

3. El acceso a la justicia de las personas migrantes

No puede ser ignorado el carácter de metagarantía del derecho a la defensa, en tanto es la vía de acceso al ejercicio de otros derechos. Para decirlo de modo más llano, es difícil que alguien pueda ejercer y gozar de los derechos elementales que la amparan por su condición de persona si no puede reclamar por su tutela; situación que se patentiza de modo evidente cuando hablamos de personas migrantes, dado que se encuentran en situación de vulnerabilidad²⁰. También ya hemos visto que el acceso a asistencia letrada forma parte del contenido mínimo de derechos y garantías que tutelan a las personas migrantes y que, por lo tanto, deben ser observados por los Estados, por haberse comprometido, ante la comunidad internacional, a que ello suceda.

A partir de ello, la Corte Interamericana entiende que, en aquellos procesos, tanto de orden administrativo como judicial, en los cuales se pueda decidir la deportación, expulsión o privación de la libertad de una persona migrante, se debe

¹⁶ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251, párrafo 137.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrafo 140.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrafo 142.

¹⁹ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrafo 137.

²⁰ No casualmente las personas migrantes forman parte de los colectivos vulnerables mencionados en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia.

prestar un servicio público de defensa legal, que debe ser gratuito, para asegurar el debido proceso, siendo un imperativo de justicia su otorgamiento cuando la consecuencia del proceso pueda ser una privación de la libertad de carácter punitiva²¹.

Pero los alcances de la obligación no se agotan allí, sino que la Corte IDH profundizó su definición, determinando como debe ser esa asistencia letrada, remarcando la posición de debilidad de las personas extranjeras que no conocen el sistema legal del país al cual migraron; posición que se potencia cuando se encuentran privadas de su libertad. Así, esta asistencia técnica debe ser letrada, es decir que debe ser proporcionada por una o un profesional del derecho, que debe asesorar a la persona migrante sobre sus derechos e interponer los recursos necesarios para que ejerza sus derechos. Esta asistencia letrada debe ser otorgada, al igual que sucede en el ámbito penal, desde el momento en que una persona es investigada por las autoridades o a partir de que estas disponen o realizan actos que implican una afectación de derechos; porque, de no ser así, se genera un desequilibrio procesal por la falta de tutela de la persona migrante que redundará en una grave limitación al derecho a la defensa²².

En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH menciona la posibilidad de que una persona migrante pueda ser defendida por una o un profesional de su confianza o ejerza su propia defensa técnica, y entiendo que ello merece algunos comentarios por nuestra parte. En primer lugar, cabe recordar que la regla es que las personas migrantes no tienen la posibilidad de contratar los servicios de un profesional, menos aún cuando pesa sobre ellas una privación de la libertad ambulatoria, por lo cual ese supuesto es más bien excepcional y refuerza la necesidad de que existan mecanismos de asistencia jurídica gratuita para ese colectivo. En

²¹ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 146.

La afirmación realizada por la Corte Interamericana en el caso puede dar lugar a alguna confusión, en tanto primero se afirma la universalidad del acceso a la asistencia jurídica de modo gratuito en procesos que involucren a migrantes, para luego enfatizarse que por razones de justicia ello debe ser prestado siempre que esta en juego una sanción de privación de la libertad. Una lectura aislada del precedente puede llevar a afirmar que la obligación de brindar asistencia legal de los estados solo es aplicable en los casos mencionados en último lugar, pero en rigor, lo que surge del propio caso, como de la jurisprudencia interamericana aquí citada es que la obligación debe ser cumplida en todos los casos que involucren a personas migrantes y la determinación de sus derechos.

²² Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 133 y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251, párrafo 155.

segundo lugar, debo decir que, si bien el sistema interamericano de derechos humanos autoriza, en tanto la ley local lo permita, que la persona sometida a proceso ejerza su propia defensa técnica, ello, según mi parecer, puede resultar problemático por varias razones. Primero, porque el conocimiento del derecho y sus mecanismos de aplicación requieren de un saber técnico específico, por lo cual es aconsejable que esa labor sea llevada adelante por una o un profesional con la preparación específica. Segundo, porque existe el riesgo de que bajo el ropaje de permitir el ejercicio de la propia defensa técnica por entender que la persona migrante se encuentra en condiciones de realizar ello, se termine dejando a muchísimas personas en situación de indefensión. Puede argumentarse, desde una mirada liberal como formalista sobre el ejercicio de los derechos, que esta es una postura paternalista; pero, en realidad, lo que se busca es asegurar que el ejercicio del derecho a la defensa y el acceso a la jurisdicción no sean conceptos ilusorios, rescatando para ello la función central e ineludible que le cabe al Estado, tanto en lo que hace a la provisión de los servicios de asistencia legal para migrantes como con relación al control que debe realizar sobre la calidad del servicio de asistencia legal que presta como sobre el desempeño de los abogados particulares en aquellos casos en los que les toca intervenir. En resumen, según nuestro entendimiento, solo quien tiene un acabado conocimiento del régimen legal de las migraciones como de los procedimientos que se aplican estaría en condiciones de ejercer su propia asistencia técnica. Como es de imaginarse, esa es una situación poco común entre quienes son migrantes.

Nuestra postura se refuerza y apoya en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana en tanto allí se señala la obligación de los Estados de remover aquellas barreras u obstáculos que impiden el acceso a la justicia y la defensa de sus intereses, desde el reconocimiento de la desigualdad que afecta al colectivo, adoptando medidas de compensación²³.

Otro aspecto que, abordado en la jurisprudencia interamericana a la hora de tratar el alcance y contenido del derecho al acceso a la justicia de las personas migrantes, es sobre las características que debe abastecer el servicio que brinda asistencia legal. Concretamente, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte Interamericana consideró que la Defensoría del Pueblo panameña no reunía los requisitos necesarios para proporcionar una defensa técnica adecuada, por

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párrafo 121.

tratarse de un organismo cuya misión tiene otra finalidad diferente a la tutela que deben recibir las personas migrantes. Así, para que se asegure el acceso a la jurisdicción, un defensor proporcionado por el Estado debe poder ejercer representación y asistencia legal en términos amplios y desde el inicio del proceso o de las actuaciones²⁴.

4. La defensa pública y la defensa y promoción de los derechos de las personas migrantes

En otra ocasión, y con mayor extensión, planteamos la existencia de un modelo latinoamericano de defensa pública con presencia en la región desde los albores de la colonización, que se encuentra muy vinculada a la defensa de los derechos humanos y, en aquellos casos que cumplen con todos los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, se trata de instituciones que están a la vanguardia, a nivel universal, en lo que hace al acceso a la justicia²⁵.

Los mencionados estándares²⁶, que hacen a las garantías funcionales de la defensa pública, deben ser observados por los Estados al diseñar sus sistemas de defensa pública y comprenden: a) la organización de la defensa pública bajo el modelo *staff*, exigencia que impone la existencia de un cuerpo permanente conformado por funcionarias y funcionarios que pertenecen al Estado y que cuentan con dedicación exclusiva a esa actividad, quedando descartados así los mecanismos caritativos o de contratación de profesionales; b) si bien la defensa pública debe ser una organización estatal, no debe estar subordinada a ningún poder público, debe gozar de autonomía para poder ejercer su propio gobierno como para administrar sus recursos; c) al interior del organismo debe existir un mecanismo de carrera que garantice que accedan a los puestos de defensora o defensor las personas más idóneas, circunstancia que permite que se asegure la calidad y

²⁴ Corte IDH, Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 133.

²⁵ Vargas, Nicolás Omar. *La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

²⁶ Existen muchos desarrollos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos que abordan la situación de la defensa pública, pero especialmente deben ser mencionados en la configuración de la defensa pública las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos: Ruano Torres Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de octubre de 2015; Girón y otro Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de octubre de 2019; Martínez Coronado vs. Guatemala, Sentencia de 10 de mayo de 2019; y Manuela vs. El Salvador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de noviembre de 2021.

eficacia del servicio; d) desde una concepción que entiende a la capacitación como una obligación y un derecho, las defensoras y defensores deben poder acceder a mecanismos de capacitación que les permitan contar con herramientas para ejercer del mejor modo posible la asistencia técnica; e) para cumplir adecuadamente con su misión defensores y defensoras públicos deben actuar en igualdad de armas. Esta igualdad de armas, no solo debe pensarse desde la necesaria igualdad de medios que debe existir entre la defensa pública y su contraparte en un litigio, sino que también debe permitir que la defensa pública cuente con amplias facultades para solicitar informes de organismos públicos como privados, solicitar la realización de pericias o estudios, etc. y; f) como reaseguro de la calidad del servicio debe existir un control efectivo y permanente sobre la actuación de la defensa pública, que debe ser realizado por el propio organismo, por la jurisdicción cuando advierte una situación de defensa pública ineficaz y también la persona asistida debe poder tener acceso a canales mediante los cuales solicitar que se evalúe el desempeño de quien la defiende.

Entiendo que la defensa pública, más aún cuando está configurada bajo las condiciones antes dichas, que por cierto también son recogidas en varias constituciones de la región, es la institución por excelencia para asumir la defensa de los derechos de las personas migrantes. Ello es así porque no se puede perder de vista que el litigio en materia de migraciones o asilo es, por naturaleza, contra el mismo Estado e, incluso, cuando tramita bajo la órbita administrativa, la persecución es llevada adelante por el mismo órgano que decide. Justamente de allí surge la importancia y la necesidad de asegurar un control judicial de las decisiones que allí se tomen. Por ello, es necesario que el acceso a la justicia de las personas migrantes sea garantizado por una institución autónoma, como lo es la defensa pública. No puede perderse de vista que lo que está en juego es el ejercicio de la atribución soberana de los Estados de fijar su política migratoria, por lo cual quien ejerce la defensa de las personas migrantes debe pertenecer a una institución que no tenga subordinación alguna a la que promueve su expulsión o deportación. A su vez, al funcionar bajo el sistema del *staff* y con defensoras y defensores capacitados, no solo se asegura la necesaria prestación del servicio en forma continua, sino que también permite que quienes ejercen la defensa técnica tengan un adecuado manejo y conocimiento de las herramientas legales que deben aplicar, lo que redundará en un servicio de calidad. Esta cuestión se refuerza con la existencia de controles efectivos sobre la actividad del litigante, que pueden

activarse al interior de la propia defensa pública, como también por aviso de las autoridades estatales, quienes entiendo que tienen la obligación de velar, en los procesos migratorios, por el correcto ejercicio del derecho a la defensa. Por último, la posibilidad que tiene la defensa pública de recurrir a instancias y foros internacionales hace que sea la institución más adecuada para asumir la defensa de quienes migran.

Mi planteo no se trata de una especulación, sino que en algunos países ya es una realidad, desde hace varios años, que la defensa pública asume la defensa de los derechos de las personas migrantes. Sin ir más lejos, en nuestro país la Defensoría General de la Nación²⁷ lleva adelante una importante actividad en defensa de migrantes como solicitantes de asilo, como también sucede lo propio con algunas experiencias en Brasil, impulsadas por la *Defensoria Publica da União*²⁸.

Desde ya, es importante visibilizar esas prácticas en materia de derechos humanos por su valía, pero también es bueno ponerlas en perspectiva con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos en materia migratoria porque implican su cumplimiento, en tanto se trata de sistemas que garantizan el acceso a la justicia. También estas experiencias deben ser consideradas en aquellos países en los cuales el servicio de defensa pública se limita al ámbito penal, tal como sucede en Chile en nuestros días, donde en el marco de un proceso constituyente se está discutiendo la reconfiguración del Estado. En el proyecto que fuera presentado y rechazado en un referéndum en el año 2022, se establecía la creación de un servicio de defensa pública penal autónomo, que sin duda implicaba un avance notable con relación a la situación actual pero que, al comprender solo la

²⁷ Una cuestión que cabe mencionar fue el impacto negativo que en su momento produjo la sanción, por parte del Poder Ejecutivo, del Decreto 70/2017 que modificó la Ley de Migraciones. Al margen de las valoraciones negativas que merece el uso de decretos como herramienta legislativa, el reproche debe ser más intenso al advertirse de que se trata de una reforma regresiva para los derechos de las personas migrantes. El Decreto, afortunadamente derogado por el Decreto 138/21, establecía que para que los migrantes puedan acceder a los servicios del Ministerio Público de la Defensa, debían solicitarlo ante la autoridad administrativa, que debería evaluar la carestía de medios económicos de quien solicita el patrocinio, quien además debía probar su situación económica. Así, se limitaba el acceso a un asesor letrado, que cómo hemos visto forma parte del contenido mínimo del derecho al debido proceso, y en particular del acceso a la justicia y el derecho a la defensa en juicio, que ampara a toda persona migrante.

Un análisis en profundidad de las implicancias del Decreto 70/2017 puede verse en Roca, Santiago. *El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina*, Estudios sobre jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2018, p. 31 y sgtes.

²⁸ Jiménez Mayor, Juan F., y Alarcón Velasco, Noemí. *Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana*, EUROSociAL, Madrid, 2020, p. 109 a 172.

actuación en el fuero penal, dejaba el acceso a la justicia en otras materias librado a la acción del Estado, pero no bajo el paraguas de la defensa pública.

Existe, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana, una obligación ineludible para los Estados de la región de asegurar el acceso a la justicia, en términos reales y efectivos, de las personas en situación de movilidad. En ese esquema, sin lugar a dudas, la defensa pública está llamada a desempeñar un papel central en la defensa de las personas migrantes.

Bibliografía

- Jiménez Mayor, J., y Alarcón Velasco, N. (2020). *Acceso a la justicia de personas en contexto de movilidad humana*. EUROsociAL.
- Roca, S. (2018). El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina. *Estudios sobre jurisprudencia*. Ministerio Público de la Defensa.
- Vargas, N. (2023). *La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana*. Ediciones Olejnik

Mujer migrante con padecimiento mental. Internación psiquiátrica. Un caso, muchas capas

María Adelina Navarro Lahitte Santamaría*

1. Introducción. Base normativa

La Ley 25.871 sobre la política migratoria sancionada a fines del año 2003 y su decreto reglamentario No. 616/2010 no abordan de manera diferenciada la problemática de la persona migrante con discapacidad y las especiales circunstancias a sortear cuando se atraviesa una debilidad mental o una descompensación psiquiátrica.

Las experiencias registradas y los grupos de trabajo creados en el ámbito de la Defensoría General de la Nación centran su tarea en procedimientos administrativos de denegación de entrada o expulsión del territorio nacional por irregularidad migratoria, la mayoría de las veces con causas penales de por medio¹.

En este trabajo traemos a modo de ilustración el caso de una mujer migrante de 62 años de edad, internada en un neuropsiquiátrico público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya situación se abordó en coordinación con pares de un país vecino y distintas áreas de la Defensoría General de la Nación y tramitada exclusivamente en sede civil².

* Defensora Pública Curadora, Doctoranda en Derechos por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Coordinadora Programa de Actualización "Proceso de Determinación de la Capacidad Jurídica (UBA). Formación en Derechos Humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica y en Magistratura y Función Judicial en el Consejo General del Poder Judicial de España, Escuela Judicial, Barcelona.

¹ La Comisión del Migrante se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación (DGN) en 2008 a través de la Resolución No. 1858/08. Experiencia recogida en: Manual de aplicación de las 100 Reglas de Brasilia en el ámbito de la DEFENSA PÚBLICA Elaborado por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP). <https://www.mpd.gov.ar/index.php/manual-de-aplicacion-de-las-100-reglas-aidef>

² En otra oportunidad abordamos la repatriación el tema de la persona con padecimiento mental institucionalizada con motivo de una medida de seguridad: María A. Navarro Lahitte Santamaría-Ale-

Como primera aproximación, señalamos que el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Por otro lado, si bien a nivel internacional no existe una definición consensuada de migrante, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que forma parte del Sistema de las Naciones Unidas, define como migrante a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanentemente, y por diversas razones³.

A diferencia del refugiado, que se ve obligado a dejar su país por conflictos armados o por persecución política, el migrante elige trasladarse para mejorar su calidad de vida, encontrar trabajo o educación o por motivos de reunificación familiar.

Los refugiados no pueden volver a su país de forma segura, en cambio, los migrantes continúan recibiendo la protección de su gobierno⁴.

El andamiaje jurídico relativo a la situación de las personas en tránsito tiene como eje la cooperación internacional. Este es un concepto arraigado en la Carta de Naciones Unidas firmada en el año 1945 (también llamada Carta de San Francisco). Su décimo capítulo está dedicado íntegramente a la necesidad de que los países colaboren entre sí en diferentes ámbitos de la salud y de las desigualdades. Sobre todo, después de los estragos causados por las guerras.

2. El caso de Vivian⁵

a. En 2018 se iniciaron actuaciones sobre el control de internación en el Hospital Moyano de una persona de nacionalidad brasileña. Llevaba consigo algo de dinero (reales), la cédula expedida por el país de origen y no mucho más.

Jandro J. Siderio, “Salud mental y olvido social: la encrucijada del trámite civil tras la declaración de inimputabilidad en sede penal”, en Revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot, septiembre 2021, pág. 78.

³ <https://www.iom.int/es/sobre-la-migracion>

⁴ <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/7/5b9008e74/refugiado-o-migrante-cual-es-el-termino-correcto.html>

⁵ “N., V. s/ Determinación de la capacidad”, expte. No.12519/2018, en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 7.

Vivian contaba con antecedentes de atención por salud mental en Brasil y había viajado a la Argentina en el contexto de una presunta descompensación psíquica. Existían distintas versiones respecto de los motivos que generaron su viaje (según una versión, vino de vacaciones y, según otra, a buscar a su marido que estaría en el país).

Ingresó al Hospital Psiquiátrico Braulio Moyano de manera involuntaria, llevada por el servicio de emergencias SAME, derivada desde el Hospital Rivadavia, a donde ingresó con un cuadro de síndrome catatónico. Presentaba importantes barreras idiomáticas, dado que comprendía con dificultad el castellano y casi no se expresaba en nuestro idioma.

El control de la internación psiquiátrica conforme las previsiones de la Ley Nacional de Salud Mental, con la consecuente intervención de la Unidad de Letrados del art. 22 de la Ley Nacional de Salud Mental (26.657), arrojó escasos resultados, en tanto Vivian se compensó rápidamente, pero no existía alternativa alguna para su egreso, entre otros motivos, por la falta de datos certeros sobre su red familiar y sus recursos económicos.

Vivian estaba sola en el país, sin dinero, sin ropa propia —más allá de la puesta— y con un equipo tratante que, por la barrera idiomática, apenas podía dialogar con ella. Además, se encontraba postrada; hacía meses que no podía recuperar la marcha.

Ello derivó en la promoción de actuaciones sobre determinación de la capacidad jurídica y la designación de un defensor público curador en el rol de curador provisorio/defensa técnica, a efectos de aportarle los apoyos necesarios para ejercer sus derechos conforme las previsiones del art. 31 y siguientes del Código Civil y Comercial⁶.

En tal contexto y según lo manifestado por Vivian a través del tiempo, se pudo relevar que había nacido en la ciudad de Sao Paulo, pero se había criado en Porto Alegre, que sería abogada, que habría trabajado en el Ministerio de Educación y que estaría jubilada. Dijo que tenía un hermano de 61 años de edad con

⁶ El proceso de determinación de la capacidad es un proceso voluntario en el que se busca establecer los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, el juez podrá declarar la incapacidad y designar curador (art. 32 CCCN). Conforme las previsiones de los arts. 628 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y del art. 46 de la ley de Ministerio Público, cuando la persona no cuenta con bienes o sólo alcanzan para su subsistencia la designación de apoyo o curadora recae en los Defensores Públicos Curadores.

discapacidad, que se encontraba alojado en un establecimiento de rehabilitación, situado en Varginha, Santo Amaro de Emperatriz.

Los oficios librados a la ANSES —sector de Convenios Internacionales— para que Vivian pudiera percibir el beneficio previsional que tendría otorgado en su país de origen, no tuvieron respuesta.

El consulado, por su parte, tampoco aportaba datos certeros ni colaboración concreta.

Pasaban los meses y Vivian no lograba hacerse de su supuesta jubilación, mucho menos con un dispositivo alternativo a la internación psiquiátrica.

Así llegó la pandemia.

Las puertas del hospital se cerraron mucho más tiempo y con más rigor que para el resto de los ciudadanos, con reglas que modulaba el jefe de cada servicio⁷.

En el hospital no había —ni hay actualmente— wifi. Tal vez, algún teléfono disponible.

Los esfuerzos realizados para modificar esa situación fueron inútiles hasta la fecha.

Para el 2020, desde la Defensoría Pública Curaduría se contactó a una acompañante terapéutica con otros casos en el hospital que empezó a ocuparse de Vivian de manera gratuita. Se compadeció de la situación, recurrió a conocidos que hablaban portugués y se descargó la aplicación Duolingo⁸ para empezar a comunicarse de manera más eficientemente.

También consiguió la donación de un colchón anti escaras y un trípode para que Vivian pudiera iniciar la rehabilitación motriz.

La Dirección del Hospital Moyano no permitía el ingreso de ninguna persona al establecimiento, limitando el acceso de los acompañantes hasta el hall de entrada al que se llega por escalera. En el caso de Vivian la situación resultaba mucho más compleja atento los problemas físicos que tiene para movilizarse.

Las actuaciones judiciales avanzaban poco y nada en relación con canalizar las necesidades de Vivian.

El consulado, citado a brindar colaboración a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, invocó el art. 44.3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares según el cual reza que: “Los miembros de una oficina consular no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus fun-

⁷ JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO No. 12 SECRETARÍA N°23, Número: EXP 3187/2020-0, CUIJ: EXP J-01-00023268-4/2020-0

⁸ Plataforma web destinada al aprendizaje gratuito de idiomas.

ciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquellos⁹. Se sostuvo que la práctica diplomática brasileña no contemplaba las declaraciones judiciales por parte de funcionarios que aún habitan el territorio donde tramita la causa.

En ese contexto de puertas cerradas, literales y metafóricas, se recurrió a la colaboración de los colegas miembros de la Asociación que nos convoca⁹, quienes facilitaron el contacto de los pares de la defensa pública de Brasil, específicamente de Rio Grande Do Sul, el lugar donde residía Vivian antes de su viaje¹⁰.

El contacto se entabló vía WhatsApp/traductor de Google, y así se logró:

- dar con los datos de la jubilación de Vivian por su labor en el Ministerio de Educación en los registros del Instituto Nacional del Seguro Social de Brasil (INSS);
- ubicar la cuenta bancaria en el Banco BANRISUL;
- obtener el saldo acumulado que respondía a los haberes devengados y no percibidos por más de dos años;
- confirmar la existencia de un hermano internado como único familiar.

A partir de allí, comenzó el derrotero para lograr que Vivian se hiciera de su dinero, teniendo en miras su voluntad de quedarse en Argentina, transmitida reiteradamente a la acompañante terapéutica, al equipo tratante y a esta defensora.

Como sucede en nuestro país, la entidad bancaria en Brasil exigió la fe de vida (Atestado de Vida), la que se obtuvo en coordinación con las autoridades notariales del consulado. Se firmaron los formularios respectivos en la Defensoría con autorización del juzgado y se realizó videollamada con la asistida con el celular de la acompañante desde el hospital.

Esto fue solo un paso.

b. ¿Cómo lograr la transferencia del dinero?

A través del Defensor Público de Río Grande Do Sul, que canalizaba las averiguaciones y los requerimientos sucesivos, la entidad bancaria brasileña solicitó la traducción pública de los documentos pertinentes a efectos de concretar el giro de los emolumentos a nuestro país.

⁹ Diego Stringa, Defensor Público Curador y Gustavo Kollman ante los Juzg. y Cámara de Apel. en lo Criminal y Correccional Federal No. 2.

¹⁰ Fabrício Azevedo De Souza, Defensor Público-Assessor, Subdefensoria Pública-Geral para Assuntos Jurídicos, Defensoria Pública Do Estado Do Rio Grande Do Sul.

Con cero pesos disponibles se indagó entre los recursos existentes dentro de la estructura de la Defensoría General de la Nación y, finalmente, se obtuvo la colaboración del área de Fortalecimiento Institucional, que gestionó la traducción pública de las piezas judiciales y brindó la ayuda necesaria para elaborar las misivas vía mail en portugués.

Seguidamente, se cumplió desde la Defensoría Pública Curaduría con el trámite de apostillado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, de conformidad con lo requerido por el banco BANRISUL para dar inicio con la transferencia del beneficio previsional.

A la par se abrieron dos cuentas judiciales en el Banco Nación, Sucursal Tribunales, una en pesos y otra en dólares, mientras se relevaba en qué moneda ingresarían los haberes y la forma de evitar que los impuestos a las transferencias internacionales licuaron las sumas obtenidas.

Las dos cuentas judiciales fueron informadas a la entidad extranjera, que finalmente liquidó los emolumentos en dólares billetes estadounidenses por un importe de cuarenta y un mil trescientos ochenta con setenta y siete centavos (USD 41.380,77). Con este dato asegurado, se relevó entre los convenios realizados con los países vecinos.

Así se dio con el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur que entró en vigencia en el año 2005, que regula los derechos de Seguridad Social para los trabajadores que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados Partes reconociéndose, así como a sus familiares y asimilados, los mismos derechos y estando sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales de dichos Estados Partes con respecto a los específicamente mencionados en el Acuerdo (art. 1).

El artículo 12 de dicho cuerpo normativo establece que las prestaciones pecuniarias concedidas de acuerdo con el régimen de uno o de otro Estado Parte no serán objeto de reducción, suspensión o extinción exclusivamente por el hecho de que el trabajador o sus familiares o asimilados residan en otro Estado Parte.

En consecuencia, se requirió al Banco Nación, Sucursal Tribunales, que liquide las divisas en la cuenta judicial en dólares con eximición del pago de las comisiones, gastos e impuestos.

Desde el contacto con los defensores públicos de Brasil hasta el recupero y la transferencia de los haberes de Vivian a nuestro país pasaron menos de tres meses y no se descontaron más que U\$S 65 por todo concepto impositivo.

El área internacional de la ANSES no había respondido ni la primera misiva.

c. El retorno

Obtenido el dinero, se canalizaron las necesidades más urgentes de Vivian: ropa, silla de ruedas a medida y las primeras salidas.

El dinero era bastante, pero escaso para un plan de externación sostenida en el tiempo que contemplara alojamiento, alimentación y asistencia personal.

Por otro lado, el pedido de giro de los haberes que se siguieran devengando no arrojaba resultados positivos.

La estrategia se había estancado nuevamente.

Fue entonces que se difundió a través del IG de nuestra Asociación un encuentro de trabajo con los cónsules de diferentes países para seguir abordando de manera conjunta una agenda de temas para fortalecer las relaciones institucionales y de capacitación¹¹.

Ese fue el puntapié de un nuevo contacto con la delegación extranjera desde otro punto de vista.

Así las cosas, Vivian empezó a madurar la idea de volver a su país.

A la fecha mantiene su decisión y la transmite con claridad en cada encuentro.

Claro que esto tampoco puede ser un salto al vacío.

Para el viaje de regreso se debe buscar previamente un hogar geriátrico, asegurar la atención psiquiátrica y la rehabilitación motora, dar intervención al juzgado con competencia en asuntos de familia y capacidad de las personas de la jurisdicción y procurar la designación de un Defensor Público a efectos de coordinar la nueva transferencia del dinero depositado en dólares en la cuenta judicial, entre otras circunstancias.

Continuamos trabajando en ello mientras se escriben estas líneas, en contacto fluido con los Defensores Públicos de la provincia de Santa Catarina, donde regresará Vivian en los próximos meses.

3. Análisis y conclusiones

El caso se abordó desde la perspectiva obligada de la interdependencia de los derechos humanos.

¹¹ <https://www.instagram.com/reel/ChqJopFDDtd/?igshid=NWQ4MGE5ZTk%3D>

Sabemos que la Declaración de los Derechos Universales del Hombre, ratificada en 1948, no hace ninguna distinción entre derechos, pero que con el correr de las décadas y a partir de las tensiones internacionales de la Guerra Fría se llegó a la negociación y adopción de pactos por separado y, más tarde, por grupos diferenciados, conforme sus específicas condiciones de vulnerabilidad.

En lo que aquí interesa, debemos tener en cuenta que la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, de rango constitucional desde fines de 2014 (ley 27.044), establece en su art. 4, inc. 2 que: “Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

Por otra parte, la Convención Interamericana de Adultos Mayores con rango constitucional desde diciembre de 2022 (ley 27.700), establece en su art. 4 inc. d) que: “Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

También resulta inexorable la referencia a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008, a las que adhirió la Corte Suprema de nuestro país por acordada 5/09, en cuanto se considera “condición de vulnerabilidad” la que atraviesan aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En su actualización, aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, se puso de resalto la poca utilidad que tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener

su tutela.

A su vez se sostuvo que, si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, esto es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducir las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

En ese sentido, el rol de los Defensores Públicos que recorren los hospitales a diario es fundamental, sobre todo, para quienes no pueden ser llegar su voz a los tribunales.

La filósofa argentina Florencia Luna señala que [U]na persona o grupo de personas se encuentra en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico [...] (Sección 2, Destinatarios). “... La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento e informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales”¹².

Vivian se encuentra atravesada por varias capas de vulnerabilidad.

En su caso, como en tantos otros que pasan por la defensa pública, se pone en juego el aspecto interdependiente de los derechos humanos.

La defensa de la capacidad jurídica fue solo un eslabón de la intervención, inescindible del derecho a la salud y demás derechos de la seguridad social. Todo ello bajo el imperativo de lograr la externación del hospital psiquiátrico, que es la última ratio de la atención de la salud mental y que debería estar reservada exclusivamente al momento de descompensación.

¹² Metáfora de Florencia Luna. Luna, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, Revista Jurisprudencia Argentina, No. IV, fascículo No. 1, 2008, 60-67)

Las condiciones de encierro en un hospital psiquiátrico imponen una tutela reforzada para los operadores del sistema. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes¹³, que fueron corolario de la condena impuesta por la Corte Interamericana en el caso “Ximenes López vs. Brasil”, donde se puso de resalto el acceso a la justicia como el derecho de los derechos, el derecho que garantiza la defensa de los demás¹⁴.

En el último tiempo se ha comenzado a hablar del acceso a la Justicia de las personas en contexto de movilidad humana, como un concepto abarcativo de todas las cuestiones a las que queda expuesta la persona que deja su país de origen.

En esta senda, mediante Resolución DGN 1824/22, del 7 de diciembre de 2022, se aprobó el Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana para defensoras y defensores públicos en Argentina, fruto del acompañamiento del programa EUROsocial de la Unión Europea a la Defensoría General de la Nación-DGN de Argentina y en el marco de la asistencia técnica anterior prestada a nivel regional a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas-AIDEP¹⁵.

El objetivo del protocolo es proveer a Defensoras y Defensores de un documento que pueda ser útil para abordar los casos que afectan a las personas en situación de movilidad humana, proporcionando reglas de actuación que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia y se integra con la Guía de Buenas prácticas en el abordaje de casos sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), elaboradas también con la colaboración del Programa EUROsocial y presentadas en el mes de abril de 2022¹⁶.

Todos estos avances estructuran a nivel institucional la cooperación internacional que venimos recorriendo artesanalmente.

Por último, ponemos de resalto la importancia de contar con una Defensa Pública independiente, garante del acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y con la capacidad de sortear los obstáculos burocráticos sin cortapisas.

¹³ Caso Tufano, Ricardo Alberto s/ internación – competencia No. 1511. XL, año 2005; Caso RMJ s/ Insania-competencia No. 1195 XLII, año 2008, Caso Hermosa, Luis Alberto s/ insania-proceso especial- competencia, No. 602. XLII, año 2007, entre otros.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ximenes López vs. Brasil” del 4/7/2006, Microsoft Word - Seriec_149_esp.doc (mpba.gov.ar)

¹⁵ <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/protocolo-de-actuacion-para-facilitar-el-acceso-a-la-justicia-a-personas-en-contexto-de-movilidad-humana-para-defensoras-y-defensores-publicos-en-argentina-diagnostico-final/>

¹⁶ <https://www.mpd.gov.ar/pdf/GUIABUENASPRACTICASDESCA.pdf>

Ese objetivo interpela nuestra creatividad diariamente y ha sido especialmente ponderado durante el 52º período de sesiones la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que tuvo lugar en Lima en octubre de 2022, oportunidad en la que se destacó a la Defensa Pública Autónoma como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas usuarias del Servicio de Salud Mental.

Es un campo en el que profundizar y en el que la experiencia asociativa tiene un papel protagónico.

Entablar lazos, compartir experiencias nos enriquece personalmente y redundando en beneficio de la asistencia que debemos brindar.

Ciudadanos senegaleses en Argentina: ¿residentes o refugiados?

David Andrés Chassagnade*

I. Introducción

Es frecuente en el transitar diario de zonas céntricas de ciudades medianas a grandes dentro de la República Argentina, como así también en otras urbes de Latinoamérica y de Europa encontrarnos en las calles con personas de nacionalidad senegalesa que desempeñan labores de venta ambulante, generalmente, de accesorios de moda (como gafas de sol, relojes, gorros, suvenires turísticos, etc.). No hay dudas de que se trata de migrantes que han llegado en busca de trabajo, pero poco se conoce sobre las causas que los llevan de emigrar de su país, o cómo llegan a la Argentina, cuál es su situación migratoria, con qué asesoramiento cuentan y demás vicisitudes.

En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina se asiste a numerosas personas de nacionalidad senegalesa, tanto desde la Comisión del Migrante y desde la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio —ambas en la órbita de la Defensoría General de la Nación—, como también en las Defensorías Federales con competencia ante Juzgados Federales de primera instancia, con competencia en materia civil y leyes especiales de todo el territorio nacional. Dicho asesoramiento, en muchas ocasiones, es previo al inicio de un trámite migratorio ante la Dirección Nacional de Migraciones (D.N.M.), o ante la Comisión Nacional de Refugiados (Co.Na.Re.). Destaco la petición de refugio porque entre la comunidad senegalesa se ha difundido la utilización de este procedimiento administrativo para intentar regularizar un ingreso irregular al país por sobre el trámite migratorio ante la

*. *Defensor Público Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Rawson, Provincia del Chubut; Co-Titular de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación. Abogado y Procurador por la Universidad Nacional de Córdoba (U.N.C.); Abogado Especialista en Derecho Penal (UNC); Abogado Especialista en Derecho Tributario por la UNC.*

D.N.M. En ese sentido, una voz autorizada en el tema como lo es la investigadora del CONICET y Dra. en Cs. Sociales de la U.B.A; Gisele Kleidermacher, en su trabajo titulado *Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos*, menciona datos estadísticos de las peticiones de refugio y el alto grado de propagación que ha tenido dicho trámite entre la comunidad senegalesa en Argentina. Refiere esta autora que “...producto de la información que circula por las redes comunitarias, muchos senegaleses han optado por solicitar refugio ante la CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados). Esta condición es normalmente denegada debido a la inexistencia de conflictos en el país que pongan en riesgo la vida de los solicitantes, requisito para obtener dicho estatus”¹. La cifra que se ha relevado de pedidos de refugio por senegaleses en la Co.Na.Re. entre 2010 y 2020 es de 3066 casos, de los cuales se concedieron solo 12 en ese período.

Las notificaciones de rechazo de la solicitud de refugio u otros actos procesales que son notificados durante el procedimiento administrativo son lo que generalmente llevan a los peticionantes a contactarse con las Defensorías Federal con jurisdicción en su domicilio real, en aras de salvaguardar sus derechos, especialmente, en garantizar el acceso a la justicia y obtener asesoramiento que permita regularizar su situación de permanencia en el país. El registro y la judicialización de estos casos son lo que ha permitido al Poder Ejecutivo Nacional contar con información fidedigna y, así, disponer a través de la Dirección Nacional de Migraciones de regímenes de regularización como, por ejemplo, el dispuesto durante el año 2022 en la Disposición 940/2022 de la DNM. Dicha disposición permite acceder a una residencia transitoria por el plazo de 3 años y purgar el ingreso irregular al país. También, como contrapartida, exige desistir del trámite de solicitud de refugio ante la Co.Na.Re. No obstante, ello, muchas veces, la constante migración interna de estas personas hace que muchas veces sea difícil poder contactarlos, ya que, como motivo de su situación de vulnerabilidad, se hace difícil poder contactarlos, sea telefónicamente o en un domicilio real. De allí, que estas regularizaciones temporarias de la DNM, pese a su loable

¹ KLEIDERMACHER, Gisele, “Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Revista del Ministerio Público de la Defensa: Personas en contexto de movilidad humana. Disponible en el siguiente enlace <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/40711/1/Din%C3%A1micas%20de%20persecuci%C3%B3n%20policial%20hacia%20la%20comunidad%20senegalesa%20en%20la%20Ciudad%20Aut%C3%B3noma%20de%20Buenos%20Aires.%20Revista%20del%20Ministerio%20P%C3%ABlico%20de%20la%20Defensa%20N%C2%B017.%20Personas%20en%20contexto%20de%20movilidad%20humana.pdf>.

finalidad, mayormente no llegan a ser del todo exitosas y hacen que sigan generándose nuevos tramites por solicitud de refugio, ampliamente difundidos entre la población senegalesa en el país.

No obstante las particularidades expuestas y los cientos de aristas que tiene la temática, seguidamente y como objeto central del presente trabajo, nos centraremos en la judicialización del rechazo del trámite de refugio que, muchas veces, es una herramienta necesaria para denunciar vicios en el procedimiento administrativo, que ha vulnerado derechos y garantías fundamentales de estos migrantes en particular, conforme lo resolvió en dos precedentes de la Patagonia Sur la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, a través de la intervención y el patrocinio de la Defensa Publica Federal.

II. Solicitud de refugio. Régimen legal. Análisis de fallo

Como se mencionara en la introducción del presente trabajo, son elevadas las solicitudes de refugio que tramitan en la Co.Na.Re. por parte de migrantes de nacionalidad senegalesa. Ello, en principio, puede ser explicado desde dos aristas, una sociológica y otra jurídica. La primera es la que refiere la Dra. Kleidermacher en el trabajo referido, que se da a partir de la difusión y la comunicación entre redes de contacto de la comunidad senegalesa en la Argentina. La segunda tiene su fundamento en intentar regularizar un ingreso al país, que generalmente se da por vía terrestre y en el que se evadieron los puestos de control fronterizo, lo que le impide al migrante, en principio, acceder a una solicitud migratoria de permanencia por carriles ordinarios y que, analizando la situación particular de su país de origen y fundado en los arts. 2 y 7 de la Ley 26.165, permite acceder a la protección de la norma de no sanción de un ingreso ilegal y la prohibición de devolución, expulsión o extradición, mientras tramite la solicitud de refugio ante la Co.Na.Re.

El marco legal esencial sobre el que se basa la petición de refugio es la Convención de Ginebra del 28 de julio 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; el art. 1.2 y 1.3 del Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; arts. 31, 33 y 75 inc. 22 de la C.N; La Ley 26.165 Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado y, La Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo Nacional. A partir de este núcleo normativo es que se intenta brindar cobijo a este colec-

tivo de migrantes en suma situación de vulnerabilidad. Complementan todo ello, conforme lo establece el art. 35 de la Ley 26.165, los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.

Los motivos de la petición, generalmente, se fundamentan en el temor fundado a la persecución por motivos religiosos, sociales, familiares y económicos, que se analizan desde el punto de vista subjetivo del solicitante y desde la órbita objetiva de las condiciones y particularidades propias del país de origen desde donde se produce la migración, en el caso, la República de Senegal.

Desde el punto de vista subjetivo, el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, en su art. 40, establece en lo que hace a la faz subjetiva y el estado de ánimo *“que es inseparable de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos pueden no ser las mismas en idénticas condiciones”*. Además de que el temor fundado no solo implica el haber sido víctima de una persecución, sino también el deseo de evitar el riesgo de persecución. Desde la órbita objetiva, los países del continente africano suelen ser agentes de persecución contra sus nacionales. Ello, a raíz de que adoptan a la emigración como una solución a las crisis económicas e institucionales y, por otro lado, desalientan el retorno del migrante para evitar la propagación de nuevos ideales. Además, estamos ante naciones que, si bien han ratificado convenciones internacionales que intentan resguardar derechos humanos, civiles y políticos, como también los económicos, sociales y culturales, se advierte que la afectación, en especial, de derechos económicos, sociales y culturales, enmarcan en conductas persecutorias que habilitan indagar la cuestión y, que podrían dar lugar a que se configure la persecución habilitante de la condición de refugiado exigida por la Convención de Ginebra y la Ley 26.165.

En el caso de los migrantes senegaleses que llegan a la Argentina, comparten como patrón ser generalmente varones jóvenes, con plena aptitud y capacidad laboral, integrantes de familias numerosas y que practican el culto musulmán. Dichas familias, generalmente, insertas en situaciones de profunda pobreza con nulas posibilidades de crecimiento económico y ascenso en la pirámide social. A ello se suma que el país de origen, muchas veces, coloca a sus nacionales en un estado de vulnerabilidad y se fomenta esa migración que, por otro lado, luego se convierte en una fuente genuina de ingreso de divisas para el país, ya que, con-

forme surge de las entrevistas de los afectados, mayormente sus ahorros son transferidos a Senegal para ayudar al sostenimiento de sus familiares (padres, hermanos, mujeres e hijos). Claramente ello permite evidenciar una política estatal y el posible temor fundado —en el individuo— por la persecución, desalentando así cualquier intención de un eventual retorno permanente al país de origen.

Bajo este prisma es que en Argentina existen miles de ciudadanos senegaleses que, en un gran número, han solicitado refugio ante la Co.Na.Re. Como bien se refiriera, muchos, con la asistencia que se brinda desde el Ministerio Público de la Defensa.

Como ejemplo de esa asistencia, resulta de interés analizar lo resuelto en algunas causas que tramitaron en la jurisdicción federal del Chubut y que nos permiten profundizar el estudio de la temática². En los expedientes administrativos se advierten graves vicios en el acto administrativo, denegatorio de la solicitud de refugio y que afectaron el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal. Ante ello es que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia resolvió declarar la nulidad de la totalidad del procedimiento que tramitare ante la Co.Na.Re. que rechazó la petición de refugio.

En los considerandos del fallo la Cámara citada, en voto liderante de la Dra. Hebe Corchuelo de Huberman, se dijo:

VI.- De la reseña anterior, es posible concluir en que ha sido la breve entrevista personal que luce a fs.97/98 el único elemento que ha sido valorado y al que se le ha otorgado fuerza vinculante suficiente para el rechazo de la solicitud de refugiado instada por el recurrente, pues evidentemente el informe sobre la situación reinante en el país confeccionado por Amnesty Internacional, no ha sido ponderado en modo alguno.

En efecto, a mi criterio, debe meritarse que la ley 26.165 impone en su art.41 que: *“Una vez apersonado el solicitante en las dependencias del Secretariado Ejecutivo, se le informará del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, sus derechos y obligaciones en su propio idioma o en un idioma que pueda entender. Al solicitante que así lo requiera o necesite, se le facilitará los servicios de un intérprete calificado, para asistirle en las entrevistas y en la presentación por escrito de los hechos en los que fundamenta su solicitud. Asimismo, se le informará de su derecho a recibir asesoría legal” (el destacado me pertenece).*

² Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en el marco de la causa “M.L.M. C/ Estado Nacional – Ministerio del Interior – Obras Públicas y Vivienda de la Nación s/Impugnación de Acto Administrativo – Expte. FCR n° 17322/2017” de fecha 20/12/2019.

En este contexto, advierto que los formularios que integraron su petición e inicio del trámite se encuentran redactados en idioma francés; el peticionante se expresó en idioma wolof, y la entrevista fue realizada en idioma español con asistencia de un intérprete idóneo del idioma wolof —funcionaria Seynabou Sane— sin dificultades, pero sin figurar entre las formalidades previas al inicio que le fuera ofrecida asistencia letrada, conforme lo exige la norma en trato.

Cobra importancia lo respondido por el accionante, cuando se le preguntó que consideraba que le sucedería si regresara hoy a su país de origen: *“Eso está en manos de Dios”*.

Esta respuesta permite, al menos en principio, presumir la incertidumbre que se vive en su país y, por lo tanto, en su vida, quedándose allí que, corroborado con el informe que nuestro país considera fidedigno respecto de la situación imperante en la República de Senegal, no se comprende cómo la condición de refugiado le fuera rechazada.

En esa misma línea de interpretación, resulta relevante meritar que, frente a lo respondido, no se indagó un poco más, ni se repreguntó.

Por otra parte, y al momento de corroborar si la resolución administrativa se ajusta o no a las constancias del expediente, advierto que en el mismo informe la Secretaría de la CO.NA.RE. indicó con base en un reporte de Amnistía Internacional que, en la República de Senegal, las autoridades restringían la libertad de reunión pacífica, usando fuerza excesiva contra manifestantes; que varias personas sufrieron torturas y malos tratos a manos de las fuerzas de seguridad dando cuenta de varias muertes como consecuencia de ello; que los activistas políticos y defensores de los derechos humanos sufrieron agresiones y fueron encarcelados por expresar pacíficamente su oposición a la candidatura del presidente Wade; se relatan violaciones y abusos en Casamanza; que varios civiles fueron detenidos y perseguidos debido al aumento de las tensiones entre el Movimiento de las Fuerzas Democráticas (MFDC) y el ejército; y que, pese a que la Asamblea Nacional aprobó una ley por la que se creaban salas especiales dentro de la estructura judicial existente, no se habían puesto en marcha los mecanismos para la realización de juicios con garantías, como un programa de protección de víctimas y testigos o un acuerdo efectivo de asistencia jurídica mutua con otros países, donde pudiera haber víctimas, testigos, pruebas y bienes (99/100).

Dicho informe constituyó el fundamento del Acta resolutive No. 553/2016 de la CO.NA.RE., mediante la cual se rechazó el reconocimiento de la condición

de refugiado a M. L. M. (fs.102/103), siendo la entrevista la única prueba merituada, también en los dictámenes jurídicos previos al dictado del acto administrativo, que rechazó el recurso jerárquico dictado por el Secretario del Interior.

Expuesto de este modo el contexto fáctico acreditado en autos, compartiré el encuadre normativo efectuado por el juez *a quo*, dado que es a la luz de la Ley General de Reconocimiento y Protección al refugiado No. 26.165 —a la que agregaré los Tratados Internacionales enumerados en el art. 57 de la misma— que debe ser evaluada la petición del actor y, consecuentemente, la legalidad de lo decidido por la administración (esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra de 1951 y el correspondiente Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y todas aquellas disposiciones o convenciones aplicables ratificados por la República Argentina y/o contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional e instrumentos de asilo vigentes en nuestro país.

Así, conforme el art.4 de la citada norma, el término de “refugiado”, se aplicará a toda persona que: a) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él; b) ha huido de su país de nacionalidad o residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva a los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Respecto del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, además de una expresa remisión a la ley 19.549 (conf. art. 34), el art. 35 de la ley 26.165 establece que en el cumplimiento de las funciones que le son asignadas a la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados del ACNUR. Esto significa que el marco de actuación de dichos órganos administrativos debe respetar las pautas que están regladas en dichos instrumentos, por lo que su actuación no es, de ningún modo, totalmente discrecional.

De esta forma, la decisión de los organismos estatales para denegar la condición de refugiado de M. L. M., sustentada en que este habría salido de su país únicamente por su situación económica y no por un “temor fundado” de persecución, no encuentra adecuado fundamento a partir de la insuficiente entrevista antes descrita, integrada por la descripción de las condiciones imperantes en su país de origen, pues nada de ello fue debidamente valorado.

En efecto, las conclusiones, tanto del entrevistador como las de la Secretaria Ejecutiva de la CO.NA.RE., parcializan las declaraciones del peticionante y no ponderan el estado de situación de la República de Senegal, con base en el informe de Amnesty Internacional, sin explicar los motivos por los cuales le restan fuerza convictiva al citado informe o sobre la base de qué probanzas arriban a una decisión en contrario.

En esta misma línea, el Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados del ACNUR (aplicable para la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, instrumentos jurídicos internacionales que se han adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas), prevé que las consideraciones para determinar la existencia del apuntado “temor fundado” del solicitante no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal, pues lo ocurrido, por ejemplo, a sus amigos o parientes y a otros miembros del mismo grupo racial, religioso o social puede ser indicio suficiente de sus temores de convertirse en una víctima. Este mismo manual agrega que las leyes del país de origen y, en particular, su modo de aplicación son elementos pertinentes, no obstante lo cual, “la situación de cada persona debe apreciarse prescindiendo de toda consideración extrínseca. Si se trata de una personalidad conocida, la posibilidad de ser perseguida puede ser mayor que en el caso de una persona anónima”. Todos esos factores, por ejemplo, el carácter de la persona, sus antecedentes, su influencia, su situación económica o su franqueza pueden llevar a la conclusión de que sus temores de ser perseguida son o no “fundados” (apartado 44 del análisis general).

A partir de lo expuesto, debo concluir en sentido contrario al que lo hizo el magistrado de grado, en cuanto a que la administración no ha emitido una decisión fundada, en la que se haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas en tanto fueran conducentes a la solución del caso, ordenando aquellas medidas probatorias que fueren conducentes y que, al mismo tiempo, justifiquen el rechazo de aquellos elementos que conducían a

una decisión distinta (el informe de Amnistía Internacional), constituyendo ello vicio suficiente para declarar su invalidez jurídica.

Se advierte en el caso que no se ha producido otra probanza ni reunido otra información que permitiera integrar y darle sentido a la declaración del administrado, violándose además la regla sobre valoración probatoria que impone el art.46 de la ley 26.153, que prescribe que: “Para considerar probados los hechos basta con indicios suficientes; y que si no pudiera recolectarse prueba directa, las autoridades en su evaluación, podrán basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante, en cuyo caso corresponde aplicar el beneficio de la duda a su favor, siempre que éste hubiere dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en el art. 44”. Estas se refieren a decir la verdad, a ofrecer pruebas, a suministrar la información y a contestar todas las preguntas, circunstancias estas que no han sido cuestionadas objetivamente como para dudar de su veracidad.

VII.- Pues bien, valorando el marco de actuación en que la Administración debe desenvolverse en el caso, al momento de evaluar los aspectos reglados de los actos administrativos, y acorde a la jurisprudencia de nuestros tribunales, se impone verificar que éstos cuenten con motivación suficiente y también que se hayan cumplido los procedimientos previos a su emisión. En cuanto a la exigencia de motivación, conviene recordar la doctrina de la Corte Suprema que indica que aun en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración, es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada uno de ellos (Fallos:324:1860 y 329:4577, entre otros).

Así pues, en el caso “Industria Maderera Lanin S.R.L.”, la Corte reafirmó la idea del ejercicio razonable de sus facultades discrecionales y la posibilidad del control judicial cuando se traspone ese límite. Dijo en esa oportunidad el Alto Tribunal: “...la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia” (Fallos 298:223).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, encuentro ajustado a derecho nulificar los actos que integraron y culminaron la instancia administrativa, por encontrarse viciados en sus elementos esenciales, por lo que, sin suplir la voluntad de la Administración ni interferir en los ámbitos específicos de sus atribuciones legalmente conferidas —a mi criterio—, se debe ordenar el dictado de un nuevo acto administrativo mediante el cual se valoren en debida forma las declaraciones del actor, se ponderen los informes actualizados de Amnesty Internacional, nuevos elementos probatorios que pudieran incorporarse y, además, se sustenten correctamente los motivos para el otorgamiento o la denegación de la condición de refugiado que se pretende.

VIII.- Por último, en cuanto al criterio a seguir para la imposición de las costas, me guiaré por el mismo principio de gratuidad consagrado para este tipo de peticiones y trámites recursivos en materia migratoria (ley 25.871), el que debe hacerse jugar en beneficio de ambas partes litigantes, por lo que entiendo que las mismas deben mantenerse en el orden causado.

En virtud de las consideraciones que anteceden, propongo al Acuerdo del Tribunal: 1) REVOCAR en cuanto ha sido materia de apelación la sentencia de fs.216/220vta.; 2) DECLARAR LA NULIDAD del Acta resolutive 553/2016 y de la Resolución N°2017-783-APN-SEC#MI; 3) IMPONER las costas en ambas instancias en el orden causado. Los Dres. Aldo E. Suarez y Javier M. Leal de Ibarra, adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

- 1) REVOCAR en cuanto ha sido materia de apelación la sentencia de fs. 216/220vta.
- 2) DECLARAR LA NULIDAD del Acta resolutive 553/2016 y de la Resolución N°2017-783-APN-SEC#MI.
- 3) IMPONER las costas en ambas instancias en el orden causado.”

Del fallo en cuestión debemos analizar dos particularidades: por un lado, la consideración que realiza la Cámara sobre que la Co.Na.Re. debió haber reconocido la condición de refugiado del actor. Por otro, el gran número de vicios en el acto administrativo y su proceso formativo, que llevaron, por unanimidad, al Tribunal de Alzada, a declarar la nulidad de todo lo actuado. Respecto del reconocimiento de la condición de refugiado, como bien se expusiera en la introducción, es la vía procesal que mayoritariamente eligen los ciudadanos senegaleses para

regularizar su situación migratoria en la República Argentina. Sobre este aspecto sustancial en el caso concreto la Cámara sostuvo que: “Cobra importancia lo respondido por el accionante cuando se le pregunta que considera que le sucedería si regresara hoy a su país de origen “eso está en manos de Dios”. Esta respuesta permite al menos en principio presumir la incertidumbre que se vive en su país y por lo tanto en su vida quedándose allí, que corroborado con el informe que nuestro país considera fidedigno respecto a la situación imperante en la República de Senegal, no se comprende como la condición de refugiado le fuera rechazada”. (la negrilla no es original). Como se podrá advertir, a pesar de estar viciado de nulidad el procedimiento formativo del acto administrativo por la falta de investigación de las condiciones personales del solicitante referidas en la entrevista inicial, de la escasa prueba recolectada por la Co.Na.Re., el Tribunal interviniente, consideró que debió haberse admitido la solicitud de refugio, ya que se encontraba acreditado el temor fundado, con motivo de la particular situación del actor. De dicho informe —no valorado conforme a los principios de la sana crítica racional al rechazarse la solicitud— surgía la endeble situación institucional de la República de Senegal y de la que eran víctimas sus habitantes. En especial, se destaca la restricción de derechos de libertad de reunión y expresión; la represión armada a las manifestaciones pacíficas y el encarcelamiento de los manifestantes en centros de detención en situación de hacinamiento; encarcelamiento de opositores; violencia institucional en las cárceles, situaciones de extrema pobreza y vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes mendigando por las calles; etc. Todo ello entendió la Cámara que debiera haber sido valorado, investigado y que acreditaba el temor fundado requerido para reconocer la condición de refugiado que se solicitaba.

La conclusión de la Cámara en este fallo también nos puede llevar a una primera conclusión respecto de que, de las 3066 solicitudes de refugio presentadas por ciudadanos senegaleses ante la Co.Na.Re. entre 2010 y 2020 —de las que se concedieron solo 12—, en un importante número seguramente que no debieron haber sido rechazadas, ya que la situación de fondo —conforme los informes de Amnistía Internacional— habría acreditado los temores fundados requeridos de acreditar pero, como ocurrió en los precedentes mencionados, dichos informes —en los casos que fueron ofrecidos como prueba— en forma arbitraria no fueron valorados, constituyendo ello, un vicio tangible y que nulifica el acto.

En lo que refiere al análisis de la cuestión procedimental y la comprobación de vicios que nulifican el acto administrativo, el de mayor fuerza es el de falta o

ausencia de motivación del acto administrativo. Recordemos que el art. 7 de la ley 19.549³ de Procedimiento Administrativo Nacional establece en sus inc. b) y e) que el acto administrativo debe encontrarse debidamente motivado, y ello solo se verifica si esa motivación tiene apoyatura en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa, como en el derecho aplicable. Esa omisión absoluta de considerar el informe de Amnistía Internacional y su incidencia respecto del temor fundado manifestado por el actor acreditan el vicio que nulifica el acto administrativo, en los términos del art. 14, y es lo que determina su necesidad de revocación (conforme el art. 17, ambos de la ley 19549). Sin dudas que la omisión de considerar en su valoración la prueba ofrecida por el actor, como también la afectación del derecho de defensa en juicio por la falta de traducción oficial de documentos al idioma nacional y del asesoramiento previo respecto de la necesidad de contar con traductores e intérpretes en todo momento, constituyeron la partida de defunción del acto administrativo que dispone rechazar la solicitud de refugio.

La sola mención en el acto administrativo impugnado de la existencia del informe de Amnistía internacional, como de la entrevista con presencia de un intérprete, no son de suficiencia para concluir que el acto se encuentre motivado en los términos el art. 7 de la Ley 19549, ya que la administración, entiendo que supero el umbral de la discrecionalidad para ingresar en el campo de la arbitrariedad, y ello ante un prístino vicio de fundamentación aparente.

De todo lo expuesto, y si bien el acto administrativo de la Co.Na.Re. fue revocado por los vicios procesales que lo nulificaban, es importante entender que, aún en un hipotético caso ausencia de vicios en la etapa formativa del acto, en caso de un rechazo, la administración también podría haber incurrido en un supuesto de arbitrariedad en la valoración probatoria. Lo que también podría haber dado lugar a que, por la impugnación, se revoque el acto y se disponga el refugio, atento la verificación de las condiciones que lo habilitaban (la existencia del temor fundado en el peticionante en función de la situación que relevó Amnistía Internacional en su informe para el 2016/2017).

III. Conclusiones

1. Como primera conclusión, no se puede pasar por alto la importancia del patrocinio de la defensa pública desde un primer momento, a los efectos de hacer efectiva la garantía de acceso a la justicia de sectores vulnerables, en este caso de migrantes de países del continente africano para la regularización de su permanencia en el país, ya sea como residente permanente o como refugiado.

2. Como segunda conclusión, conforme se expusiera al analizar los fallos de mención, no resulta nada disparatado evaluar en un asesoramiento la procedencia de la solicitud de refugio ante la Co.Na.Re. ante supuestos de países de origen, que han adoptado como política de estado la expulsión de sus nacionales para llevar adelante determinadas políticas internas de gobierno.

3. Como tercera conclusión, y desde una visión pragmática la tramitación del expediente administrativo, permite al migrante, aunque sea transitoriamente, salir de una situación de ilegalidad (por un ingreso irregular al territorio nacional) y que, sumado al paso del tiempo, le permite, luego, acceder a su residencia permanente, como ocurrió con la disposición de regularización migratoria del año 2022 (Disposición 940/2022 de la DGM), que permitió acceder a una residencia transitoria por el plazo de 3 años y purgar el ingreso irregular al país para ciudadanos senegaleses que tenían en trámite una solicitud de refugio ante la Co.Na.Re.

VÍCTIMAS

El derecho al recurso de la víctima no constituida en querellante. Alcances y límites a la luz de la jurisprudencia nacional y federal

Inés Jaureguiberry*

I. Introducción

El derecho al recurso de la víctima constituida en parte querellante ha tenido un amplio desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales argentinos.

La Cámara Federal de Casación Penal ha establecido en diversos precedentes¹ y un fallo plenario² que el pretense querellante posee la facultad de interponer recurso de casación. Por remisión del art. 460 del CPPN, este recurso procede para la víctima constituida en querellante en los mismos supuestos habilitados para el Ministerio Público Fiscal (art. 458 CPPN).

Si bien los cuestionamientos sobre limitaciones procesales impuestas al acusador privado para acceder al recurso contra la sentencia se han resuelto en general con derivación al caso “Arce”³, la CSJN estableció en “Juri”⁴ que dichas limitaciones procesales deben ceder cuando se plantean en el caso cuestiones de

* *Abogada (UNLP), Master en Derecho (Yale University), Diploma de postítulo en Mujeres y Derechos Humanos (Universidad de Chile). En la actualidad se desempeña como Defensora Pública de Víctimas en el fuero federal de la provincia de Buenos Aires (Ministerio Público de la Defensa de la Nación). Es docente de derecho constitucional (UBA – UP). Integra el grupo de investigación Doctrina Penal Feminista (UBA).*

Agradezco a Pablo Castelli y Pedro Pugliese el tiempo dedicado a la lectura de un borrador de este trabajo y el aporte de agudas observaciones que sin dudas enriquecieron el análisis propuesto.

¹ Ver CFCP, Sala IV “Celles y Celles” causa Nro. 553, registro No. 869.4, sentencia del día 23/06/97; Sala I “Borenholtz”, causa No. 37, registro No. 44, sentencia del día el 28/9/93, entre muchas otras.

² Fallo Plenario No. 11, “ZICHY THYSEN” del 23/06/2007

³ CSJN Fallos 320:2145. Desde la perspectiva de quien escribe, existen razones fundadas para cuestionar dicha remisión pues las consideraciones y fundamentos brindados por la CSJN en “Arce” no resultan asimilables al caso de la víctima constituida en querellante que se invoca la protección de normas constitucionales y convencionales. En especial, en casos en que se encuentran en juego vulneraciones a derechos humanos, protección que por razones evidentes no posee el Estado. Sin embargo, el análisis de esta cuestión excede los límites del presente trabajo.

⁴ CSJN Fallos 329:5994

naturaleza federal. De esta manera, ha quedado robustecido el derecho al recurso de la víctima de un delito, cuando se ha constituido en parte acusadora.

Sin embargo, menor desarrollo ha tenido la cuestión vinculada a la facultad recursiva autónoma de la víctima no constituida en querellante, para pedir la revisión de ciertos actos procesales que causan perjuicio a sus derechos.

Las razones de este incipiente desarrollo pueden encontrarse en que se trata de un fenómeno relativamente novedoso, favorecido inicialmente a partir del avance de criterios jurisprudenciales de la CSJN y Corte IDH, y luego con la sanción de normas específicamente destinadas a reconocer y garantizar derechos a las víctimas de manera autónoma e independientemente del rol procesal que pudieran asumir⁵.

En primer término, los lineamientos de la CSJN y la Corte IDH han ido precisando con mayor detalle la extensión y el anclaje constitucional/convencional de los derechos de las víctimas de delitos.

En lo relativo a la jurisprudencia de la CSJN, desde “Otto Wald”⁶ en adelante, el máximo tribunal federal estableció que *“todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma”*.

Luego, en “Santini”⁷ la CSJN resolvió que la garantía constitucional de la defensa en juicio otorga la posibilidad de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia y agregó que no existen razones para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho —así fuere el de obtener la imposición de una pena— y el de quien se opone a tal pretensión. En este sentido, reiteró que la Constitución garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma.

⁵ Este trabajo analiza la extensión y alcances del derecho al recurso de la víctima no constituida en querellante en los procesos penales ante el Fuero Federal y Fuero Criminal y Correccional Nacional. Es decir, los regidos por el CPPN y CPPF. Dada la organización federal de nuestro país (arts. 5, 75 inc. 12 y ccts. de la CN) las provincias poseen regulaciones procesales diversas y han optado por modelos, principios y reglas procesales distintas en relación a los derechos de las víctimas. Su estudio, que se estima sumamente necesario, excede los límites del presente trabajo.

⁶ CSJN, Fallos 268:266

⁷ CSJN, Fallos 321:3322

Sobre esta interpretación que ha realizado el máximo tribunal federal de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio “*empezó a consolidarse un piso mínimo de derechos constitucionales de las víctimas de delitos, los que luego serían enriquecidos en cantidad y alcance con la incorporación a nuestra Constitución de los pactos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia*”⁸.

Más adelante, la CSJN resolvió en “Ortega”⁹; “Callejas”¹⁰ y “Araoz”¹¹ — todos ellos, por remisión al dictamen del Sr. Procurador Fiscal— que las cuestiones formales en la interpretación de la extensión de las facultades recursivas no puede afectar el acceso a la justicia de las víctimas en general. En particular, cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género y de niños en situación de vulnerabilidad.

En lo relativo al reconocimiento convencional de derechos a las víctimas, la Corte IDH ha sostenido en numerosos precedentes que los Estados deben garantizar a toda persona el acceso a la justicia, obligación que se deriva de la interpretación conjunta de los arts. 8 y 25 de la CADH.

El artículo 8 de la CADH consagra las garantías judiciales. Más particularmente, el inciso 1 reconoce a toda persona la garantía del debido proceso, constituida por el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Por su parte, el artículo 25.1 de la CADH contempla la obligación de garantizar a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, el concepto de “efectividad” implica que, además de la existencia formal de los recursos, estos sean “idóneos” para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente¹². Es decir, que puedan dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención, en la Constitución o en las leyes¹³.

⁸ Piqué, María Luisa: “Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución”, en Gargarella, R. y Guidi, S. (directores) Constitución de la Nación Argentina Comentada, Tomo I, Ed. Thomson Reuters, 2019, pág. 673.

⁹ CSJN causa 105/2014 (50-0) /CS1 Recurso de hecho “Ortega, Daniel Héctor s/causa No. 1011/2013”, sentencia del día 15/12/2015

¹⁰ CSJN causa 3171/2015/RH1 “Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos”, sentencia del 14/10/2021

¹¹ CSJN causa 649/2018/RH1 “Aráoz, Ramón Ángel y otros s/homicidio agravado por el vínculo conyugal por ensañamiento y mediando violencia de género”, resuelta el 14/10/2021

¹² Ver, además, Opinión Consultiva OC-9/87 “Garantías Judiciales en estados de emergencia” del 6/10/87

¹³ Ver, por ejemplo: Corte IDH, caso “Baraona Bray vs. Chile”, sentencia del 24/11/2022, párr. 147,

Además, la efectividad del recurso en términos de la protección del artículo 25 implica la posibilidad real de acceder a un mecanismo judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener¹⁴.

Bajo los lineamientos de este marco jurisprudencial, el reconocimiento legal de mayores derechos a las víctimas de delitos se produjo con la sanción de la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Víctimas de Delitos. En lo que resulta de interés para el presente trabajo, tal como se verá, la ley trajo como novedad la posibilidad para la víctima de pedir la revisión de ciertos actos procesales, aun cuando no se encuentre constituida en querellante.

Esta nueva legitimación recursiva autónoma de las víctimas de delitos ha despertado diversos interrogantes en cuanto a su aplicación y sus alcances.

En este trabajo nos proponemos estudiar distintos precedentes jurisprudenciales de la justicia nacional y federal que han ido precisando la extensión de este derecho recientemente reconocido a las víctimas de delitos.

II. El recurso de la víctima no constituida en querellante. Reconocimiento legal, reglamentario y jurisprudencial

La ley 27.372¹⁵ de Derechos y Garantías de las víctimas de delitos sustituyó — entre otras modificaciones— el art. 80 del CPPN por el siguiente: “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: ... h) A solicitar la revisión de la desestimación o el archivo, aún si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante*”.

Por su parte, el art 80, inciso j) del Código Procesal Penal Federal (Leyes 27063 y 27842) reconoce el derecho de las víctimas a “*requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante*”.

entre muchos otros

¹⁴ Párr. 148. Corte IDH, caso “Baraona Bray vs. Chile”, sentencia del 24/11/2022, párr. 147, entre muchos otros

¹⁵ Sancionada el 21/06/2017 y promulgada el 11/07/2017

De la lectura de las dos disposiciones transcritas se advierten dos cuestiones de relevancia.

En primer término, es importante notar que, a partir de la sanción de la ley 27.372, el ordenamiento jurídico reconoce a la víctima¹⁶ de un delito el derecho a solicitar la revisión de ciertos actos procesales sin necesidad de asumir el rol de querellante.

Luego, se advierte que el CPPF resulta más abarcativo que el CPPN en relación con los actos cuya revisión puede solicitar autónomamente la víctima, al incluirse en el Código Procesal Penal Federal —además de la desestimación y el archivo— otros supuestos procesales: la aplicación de un criterio de oportunidad o sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal.

El 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal dispuso la implementación —entre otras normas— del art. 80 del CPPF para todos los tribunales con competencia penal en todas las jurisdicciones federales (art. 1 de la Resolución 2/2019). Es decir, el art. 80 del CPPF posee plena vigencia en la actualidad en todo el territorio de la nación¹⁷.

Tal como han sido empleados los términos legales, la titularidad del derecho a requerir la revisión corresponde a *la víctima*, es decir, a la persona ofendida directamente (víctima directa) o al cónyuge, conviviente, los padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos (víctimas indirectas)¹⁸. De modo que otros sujetos distintos a la víctima, como puede ser el/la denunciante que no reviste simultáneamente la condición de persona ofendida directa o indirectamente por el delito investigado, no posee autónomamente el derecho de revisión bajo análisis.

¹⁶ Algunos han cuestionado el lenguaje utilizado por la ley y consideran más aceptable el término “presunta víctima”. Ver Pastor, Daniel: “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?” en Gargarella, R. y Pastor, D. (directores) *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Ed. Ad Hoc, pág. 364. En este trabajo se utiliza la terminología adoptada por la ley, para mayor claridad expositiva.

¹⁷ Artículos 7 de la ley 27.063 y 2 de la ley 27.150

¹⁸ Artículo 2 de la ley 27.372 y 79 del CPPF

III. Definiciones jurisprudenciales

La aplicación de la norma ha suscitado algunas cuestiones relevantes a los fines de este trabajo:

La necesidad de determinar los actos a los que se extiende.

El tipo de recurso a que hace alusión la norma cuando reconoce a la víctima el derecho “a solicitar la revisión”.

La vinculación entre las facultades autónomas de la víctima y la constitución en querellante.

III.i. Actos a los que se extiende

Una de las primeras decisiones jurisprudenciales relativa al recurso autónomo de la víctima para pedir la revisión de ciertos actos provino de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V¹⁹. En el caso, el órgano jurisdiccional de instrucción había resuelto sobreseer a los imputados y, a su vez, rechazar la solicitud de quien se presentó como damnificado de ser tenido como parte querellante. Ante esa situación, el pretense querellante impugnó la decisión del juzgado ante la alzada.

Elevada la causa a la Cámara, la Sala V como cuestión previa a resolver evaluó la facultad de la víctima de interponer recurso de apelación frente al pedido de sobreseimiento formulado por el fiscal.

En su decisión la Cámara consideró que las mayores facultades otorgadas a las presuntas víctimas de delitos en el marco del proceso penal a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos y, en particular, lo resuelto por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal en la Resolución 2/19, imponían ingresar al fondo de los agravios invocados por la víctima en su solicitud de revisión del sobreseimiento de los imputados, independientemente de la pretensión de constituirse en querellante. Asimismo, consideró que se encontraba en juego el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 25 de la CADH).

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V “P., I. L. s/ sobreseimiento”, c. no 10.766/2019, sentencia del 19 de febrero de 2020.

Poco tiempo después, en una relevante decisión²⁰, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso presentado por la Defensa Oficial en representación de la víctima no constituida en querellante contra el archivo de una causa en la que se investigaban hechos de violencia institucional acaecidos en una unidad del Servicio Penitenciario Federal. En consecuencia, anuló una resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que había dispuesto el archivo de las actuaciones por falta de pruebas, por considerarla una decisión prematura y arbitraria.

Para resolver de ese modo, la Sala IV de la CFCP tuvo en cuenta no sólo los lineamientos normativos y jurisprudenciales relativos a la víctima y al querellante como protagonistas del proceso penal y a la plena atención de sus demandas e intereses, sino también las pautas y principios introducidos por la ley 27.372. En particular, señaló el deber del Estado durante todo el proceso penal de garantizar a la víctima del delito los derechos reconocidos por ley, a cuyo fin las disposiciones procesales del Código Procesal Penal deben ser interpretadas y ejecutadas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a la víctima²¹.

En esta decisión, además, la Sala IV de la CFCP consideró que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, al disponer el archivo de las actuaciones en un caso de las características del sometido a decisión no solo privó a la *víctima directa* del acceso a la justicia, sino a *toda la población penitenciaria* que puede verse potencialmente cercenada en sus derechos.

Hasta aquí se han abordado decisiones jurisprudenciales que dispusieron la aplicación de la normativa para supuestos expresamente contemplados en el art. 80 CPPN y CPPE.

Sin embargo, el art. 80 CPPN, primero, y el 80 CPPE, a partir de su implementación, han planteado el interrogante sobre el carácter de la enumeración de los actos procesales respecto de los cuales la víctima no constituida en querellante puede solicitar la revisión. En particular, si el derecho al recurso se extiende a otros actos procesales (como una sentencia absolutoria en el marco de un juicio oral) no expresamente enumerados en el art. 80 CPPN ni CPPE.

La Cámara Federal de Casación Penal ha tenido oportunidad de decidir sobre esta cuestión.

²⁰ CFCP Sala IV, causa FCR 19855/2018/CFC1, registro nro. 2235/20.4, sentencia del 6 de noviembre de 2020.

²¹ Art. 81 CPPN -según ley 27.372-.

En el precedente “Ferreyra, M.L.”²² la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió que las facultades de la víctima no constituida en querellante para solicitar la revisión de ciertos actos procesales no se extienden a la sentencia absolutoria a la que se ha arribado luego de un juicio oral.

En el caso, se investigaban diversos hechos calificados como trata de personas agravado con fines de someter a las víctimas a matrimonio forzado o contraer una unión de hecho, en uno de los casos en concurso real con abuso sexual. Al dictar sentencia en el marco de un juicio oral, el Tribunal Oral Federal había resuelto absolver a dos de los imputados y condenar a otro de ellos. Una de las víctimas —que contaba con patrocinio gratuito de la Defensoría General de la Nación, pero no se había constituido en parte querellante— interpuso recurso de casación. El Ministerio Público Fiscal y la Defensa hicieron lo propio. Los recursos fueron declarados admisibles y elevados a la CFCP.

Al entender en los recursos interpuestos, la Sala I de la CFCP, contrariamente al criterio sostenido por el tribunal *a quo*, consideró que al surgir del expediente que la víctima no se encontraba constituida como parte querellante, no se encontraba habilitada la CFCP para el tratamiento de su recurso de casación contra la sentencia definitiva dictada.

No obstante ello, la Sala realizó un extenso desarrollo de los derechos de las víctimas reconocidos en instrumentos internacionales, jurisprudencia nacional e internacional, como también por la adopción de legislación específica que asigna a la víctima un rol cada vez más protagónico en el proceso penal.

El tribunal revisor consideró que la sanción de la ley 27372 de “Ley de Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos” constituye un robustecimiento del compromiso de garantizar una interacción entre la promoción de la acción penal y quienes sufren las consecuencias del delito. Conforme este entramado normativo, señaló que la víctima se ubica como un sujeto procesal que debe ser escuchado ante la toma de diversas decisiones judiciales en todas las etapas del proceso penal, desde su inicio hasta la ejecución de la pena. En igual sentido, destacó que la ley brinda a las víctimas el reconocimiento de un conjunto de derechos para garantizar la efectiva tutela judicial y evitar su revictimización.

En este marco, el órgano casatorio consideró que la ley 27.372 imponía la obligación del Estado a reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesora-

²² CFCP, Sala I, causa No. FBB 9294/2018/TO1/12/CFC1, sentencia del día 18/3/2022.

miento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación y celeridad.

Sin embargo, señaló que el texto de la norma reconoce el derecho ante diferentes supuestos: por un lado, la víctima constituida como querellante tendrá derecho a impulsar el proceso y a recurrir con los alcances del código ritual. Por el contrario, la víctima que no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante tendrá derecho a solicitar la revisión sólo de los actos enumerados en el art. 80 del código ritual.

Dado que en el caso no se verificaba uno de esos supuestos, consideró la Sala que el recurso de casación interpuesto por la víctima no constituida en querellante contra una sentencia absolutoria dictada en el marco de un juicio oral no debía prosperar.

No obstante ello, la Sala recuperó el marco de derechos reconocido en los instrumentos internacionales, constitucionales y legales, para argumentar que el recurso interpuesto por la víctima *debía ser valorado* al momento de resolver. En especial, valoró el derecho de las víctimas a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte, particularmente, cuando se trata de hechos que involucran violencia contra la mujer (como el sometido a decisión) por el riesgo de comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino²³.

Con ese norte, consideró que, si bien el recurso interpuesto por la víctima no constituida en querellante no podía ser *declarado admisible*, dado que los planteos expuestos por la misma en el caso resultaban coincidentes con los agravios del representante del Ministerio Público Fiscal, *debían ser tenidos en cuenta* al momento de dictar sentencia.

En definitiva, la CFCP resolvió declarar inadmisibile el recurso de la víctima, admisible el del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anuló parcialmente la sentencia recurrida, con reenvío para el dictado de una nueva sentencia sobre el punto.

²³ CFCP, Sala IV “Alfonzo, Gustavo Darío s/ recurso de casación”, causa FPA 9143/2014/TO1/8/3/CFC4, registro reg. 723/20, sentencia de fecha 26/6/2020

III.ii. La clase de recurso que procede para solicitar la revisión

Ni el art. 80 CPPN (redacción según Ley 27.372) ni el art. 80 del CPPF establecen el tipo de recurso por el cual la víctima no constituida en querellante puede solicitar la revisión del archivo, desestimación, aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal.

Ello se debe a que las instancias procesales para el dictado de estos actos (en particular los enumerados en último término) son diversas, por lo cual plantean perspectivas recursivas diferentes²⁴ en las respectivas oportunidades procesales en que se verifiquen. En este sentido, corresponderán a la víctima los mecanismos para activar la revisión y el control de competencia jurisdiccional como también las previstas ante el superior jerárquico del Ministerio Público Fiscal, en los casos previstos por las normas de rito.

En este sentido, si bien por regla la desestimación de la denuncia y/o archivo de las actuaciones permiten un contralor por recuso de revisión ordinaria o ante el superior fiscal en los casos previstos por las leyes procesales, también es posible encuadrar el derecho a revisión del art. 80 CPPN y CPPF en el marco de un recurso de casación.

En el primer caso, el 25 de noviembre de 2019 la Procuración General de la Nación dictó la Resolución PGN nro. 97/2019 que reglamentó un mecanismo de revisión del MPF ante la aplicación de criterios de oportunidad por aplicación del CPPF. En este sentido, si bien la facultad de disponer la acción penal en el sistema acusatorio posee un procedimiento específico para el control de la decisión adoptada regulado en la propia legislación procesal (arts. 251 y 252 CPPF), en las jurisdicciones en las cuales aún no rige plenamente el CPPF pero si algunos de sus institutos (por Resoluciones de la Comisión Bicameral y/o Decretos del PEN), se tornaba necesario la implementación de una vía previsible de revisión.

De este modo, la Resolución PGN 97/2019 establece que si el representante del MPF estima procedente la aplicación de un supuesto de oportunidad del art. 31 del CPPF, declarará que prescinde de la persecución penal pública y notificará a la víctima de la manera más ágil y desformalizada posible. Ésta, en el plazo de tres días, podrá requerir fundadamente su revisión ante el fiscal superior.

²⁴ En este sentido, diferirá, por ejemplo, el recurso articulado contra un sobreseimiento dictado en etapa de instrucción por las causales del art. 336 CPPN, de uno en etapa de juicio en los términos del art. 361 CPPN. En el esquema del CPPF, correlativamente, variará según se adopten las vías impugnativas de revisión ordinaria o casatoria, e incluso en el derecho de la víctima a obtener la revisión de ciertas decisiones del ministerio público fiscal, ante el superior jerárquico (arts. 53, 54, 268, 269, 279, 357 y ccts. CPPF).

Luego, con fecha 14 de junio de 2023, se dictó la Resolución PGN nro. 41/2023 a fin de establecer un procedimiento de revisión cuando la víctima así lo requiera en los procedimientos regidos por la ley 23.984, ante solicitudes de desestimación, archivo o sobreseimiento pedido por el Ministerio Público Fiscal. Ante la falta de reglamentación del procedimiento por parte de la Comisión Bicameral, la PGN consideró necesario regular un sistema de revisión interno ante el ejercicio del derecho de las víctimas consagrado en el art. 80 inc. j del CPPF.

En líneas generales, la resolución establece que durante la etapa inicial el pedido de revisión debe ser promovido para su examen por el fiscal superior, dentro de los tres días, y sin mayores exigencias formales que la expresión de las razones por parte de la víctima por las cuales no está de acuerdo con el criterio adoptado por la fiscalía. Para los casos de archivo y desestimación (art. 252 CPPF), se establece un plazo de tres días para que el superior se pronuncie. En el caso de sobreseimiento, se establece el plazo de diez días (art. 271 CPPF in fine).

Durante la etapa intermedia (art. 347 inc. 2 del CPPN), si el/la fiscal estimara procedente el sobreseimiento y no hubiera parte querellante, se comunicará la decisión a la víctima, quien podrá requerir la revisión dentro del plazo de tres días. En este sentido, a fin de no dilatar el plazo del art. 346 CPPN, la fiscalía deberá presentar un dictamen desvinculante ante el órgano jurisdiccional con la constancia de la notificación en cuestión.

Durante la etapa de juicio, cuando se trate de sobreseimientos que vayan a ser promovidos por los representantes del MPF, se comunicará a la víctima del “modo más ágil y desformalizado posible”, quien podrá promover la revisión ante los fiscales generales ante la Cámara Federal de Casación Penal²⁵, por períodos de rotación anual de forma ascendente.

En cuanto a la revisión por recurso de casación, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “Varacalli”²⁶ entendió en un recurso de casación interpuesto por la víctima no constituida en querellante, con patrocinio de la Defensoría Pública de Víctimas, contra un sobreseimiento dictado en etapa de juicio por fuera de los supuestos del art. 361 del CPPN.

En el caso, la defensa de dos personas procesadas por trata de personas agravaada con fines de explotación laboral había solicitado el sobreseimiento de sus

²⁵ En el caso del fuero Nacional en lo Criminal y Correccional y de Menores de la Capital Federal, la función rotará anualmente entre los fiscales generales ante los Tribunales Orales de cada fuero.

²⁶ CFCP, Sala III, FMP 801/2021/TO1/9/1/CFC1, “Varacalli, María del Carmen s/recurso de casación”, sentencia del 28/12/2022.

asistidos “por inexistencia de delito”, a lo cual el representante del Ministerio Público Fiscal adhirió. La víctima fue citada por el tribunal y manifestó su oposición junto a su asistencia letrada, no obstante lo cual, el Tribunal hizo lugar al sobreseimiento y señaló que la víctima no se había constituido en querellante. Al ser notificada de la decisión, la damnificada interpuso recurso de casación con invocación de la legitimación del art. 80 del CPPF. Elevados los autos a la Cámara Federal de Casación Penal, la defensa de los imputados cuestionó la legitimación de la víctima para interponer recurso de casación contra el sobreseimiento dictado, por no haberse constituido en carácter de querellante.

Al dictar sentencia, la Sala III hizo lugar al recurso y, para ello, tuvo por legitimada a la víctima no constituida en querellante para interponer recurso de casación contra el sobreseimiento dictado por el Tribunal de juicio, por resultar la vía impugnatoria prevista en la etapa procesal en la que se encontraba la causa.

Expresó la Sala III: “*Sobre la cuestión de la legitimación, en el caso discutida, de la víctima no constituida en querellante, cabe tener presente que la vía recursiva ha sido concedida por el a quo a tenor del art. 80 inc. j) del CPPF*”.

Resaltó además que dicho artículo había sido puesto en vigor por la Resolución 2/2019 del 13/11/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, de cuyos fundamentos se desprende que el objetivo respondió a garantizar debidamente los derechos de las víctimas en el marco de institutos que impliquen “...*la extinción o suspensión de la acción penal, entre otras*”, todo ello de conformidad con los derechos ya acordados por la Ley No. 27.372.

En su decisión, la Sala III recordó los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Otto Wald”²⁷ en relación con que “*por principio, todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento —civil o criminal— de que se trate*”(cfr. Fallos 268:266, entre muchos otros)”.

²⁷ CSJN, Fallos 268:266

Asimismo, señaló el órgano casatorio que el desconocimiento de la posibilidad recursiva brindada por el art. 80 del CPPF a la víctima resultaba inconciliable con la garantía de la tutela judicial efectiva “*a la vez que se desajusta de las previsiones establecidas sobre la materia por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372)*”.

En este sentido, la interpretación realizada por el tribunal intermedio recoge los lineamientos marcados por la Corte IDH y la CSJN en su jurisprudencia, en tanto interpreta que el derecho al recurso de las víctimas de violaciones a derechos humanos en salvaguarda de los derechos se encuentra íntimamente relacionado con la garantía de tutela judicial efectiva y el derecho de acceder a la justicia (art. 18 C.N., 8.1. y 25 CADH, 14 del PIDCyP).

Además, el tribunal vinculó la garantía procesal con el carácter de los hechos investigados —generadores de obligaciones internacionales específicas— al sostener que: “*la citada garantía, en la especie adquiere mayor entidad en la medida en que dicho resguardo resulta especialmente exigible dada la particular gravedad de los hechos investigados, prima facie constitutivos de conductas en infracción a la ley de sanción y prevención de la trata de personas...*”.

También resaltó la Sala III la importancia que adquiere la facultad recursiva de las víctimas en situación de vulnerabilidad, a la luz de la garantía de la tutela judicial efectiva: “*cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento’ (Fallos 344:983 y sus citas)*”.

Por último, señaló el tribunal casatorio “*las cuestiones formales en la interpretación de la extensión de las facultades recursivas no puede afectar el acceso a la justicia de las víctimas en general, y en particular, cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género y de niños, en situación de vulnerabilidad*”.

III.iii. La víctima-querellante / pretensa querellante

Otra cuestión que se ha suscitado en la jurisprudencia se vincula con la relación entre los derechos reconocidos a la víctima en su calidad de tal y los emanados de la constitución en querellante.

En particular, se ha cuestionado la presentación de la víctima solicitando ser tenida como querellante luego de dictado el sobreseimiento del imputado. En este marco, la facultad autónoma de la víctima de requerir la revisión del archivo dispuesto sin ser querellante ha sido valorada para responder a la excepción de falta de acción interpuesta por la defensa.

A poco de la entrada en vigencia de la ley 27.372 el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional No. 21 en la causa CCC 10938/2017/1²⁸ resolvió una incidencia suscitada a partir de la presentación de la defensa del imputado, mediante la cual se cuestionaba la decisión del Tribunal de tener como parte querellante a la víctima luego de dictado el sobreseimiento del imputado. En el caso, al ser notificada del sobreseimiento y el archivo de las actuaciones la víctima se presentó en el expediente con patrocinio letrado, solicitó ser tenida como querellante y requirió la revisión del sobreseimiento dictado. Ante ello, la defensa interpuso una excepción de falta de acción.

Al rechazar el planteo de la defensa, el juzgado consideró que *“la notificación a la víctima garantiza su protagonismo y la posibilidad de ejercer los derechos que le son propios. Siendo ello el espíritu que motorizó la sanción de la ley 27.372, en cuya observancia —junto con los derechos fundamentales de la víctima que reglamenta (art. 8.1 y 25 de la C.A.D.H)—, este Tribunal cimentó la decisión de reconocer la legitimación reclamada por la víctima (querellante) y computar los plazos procesales que derivaron de las presentaciones que efectuó, a la hora de conceder el recurso de apelación. Máxime cuando, la calidad de víctima en el proceso penal lleva a admitir, a partir de la sanción de la ley 27.372 que resulta modificatoria del art. 80 del código de adjetivo, la posibilidad de requerir la revisión de decisiones en las que se desestima o archiva la causa, aun cuando ésta no haya solicitado su actuación en el proceso en calidad de querellante (art.80, inciso “h”).*

Y agregó: *“El amplio espectro de derechos que se le han concedido a la víctima aún sin necesidad de actuar como acusador particular en el procedimiento penal, asumiendo una interpretación armónica entre esta nueva ley de protección y las*

²⁸ Sentencia del 8 de marzo de 2018

concepciones más abarcativas de la voz “víctima” provenientes de los acuerdos internacionales con más las previsiones de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad” elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008 (v. sección 2° beneficiarios, apart. 5° victimización), conduce a concluir que los derechos consagrados deben ser garantizados en su ejercicio cumplimentando la manda legal que impone, entre otras obligaciones, la notificación de decisiones jurisdiccionales conclusivas del proceso...El proclamado acceso a la justicia por el que la nueva normativa alude bregar, caería en letra muerta si no se practican las diligencias procesales concretas, que aseguren a la víctima un plano de igualdad de armas, desde la etapa liminar de todo proceso que la afecte y desde su rol...”.

Por ello, el órgano jurisdiccional decidió no hacer lugar a la excepción de falta de acción interpuesta por la defensa a fin de que se desestime el recurso de la víctima —retensa querellante— contra el archivo de las actuaciones.

Otra cuestión que se ha presentado en la jurisprudencia refiere a la relación entre los derechos asignados autónomamente a la víctima, por un lado, y los que se derivan de la constitución en querellante, por el otro.

En “Gutiérrez Eguía”²⁹ la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal debió resolver sobre la pretensión de la víctima constituida en querellante, de ejercer autónomamente el derecho a solicitar la revisión, cuando no había interpuesto recurso alguno al ser notificada del sobreseimiento del imputado. La Cámara Federal de Mar del Plata³⁰ había declarado admisible el recurso deducido cuando había vencido el término legal, invocando la facultad autónoma de la víctima para pedir la revisión del sobreseimiento. La defensa del imputado interpuso recurso de casación contra esta decisión.

La Sala II del tribunal casatorio resolvió hacer lugar al recurso, anular la resolución impugnada y remitir las actuaciones al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Para resolver de ese modo, el tribunal intermedio expresó que: *“en el presente caso al haber asumido la víctima el rol de parte querellante, debe afirmarse que, en el supuesto, fue debidamente notificada del sobreseimiento (del imputado). En consecuencia, no se vio vulnerado ninguno de sus derechos, ni como parte querellante a intervenir en el proceso (art. 337 del CPPN), ni como víctima a ser notificada y escuchada (art. 5 inc. ‘k’ y ‘l’ de la Ley 27.372)”.*

²⁹ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa No. FLP 20476/2016/7/CFC1, sentencia del día 25/8/2022

³⁰ Sentencia del 19 de octubre de 2021

Del fallo se deriva que el derecho al recurso de la víctima que ha asumido el rol de querellante comprende al reconocido autónomamente en su calidad de víctima, de modo que no es posible invocar una legitimación como víctima y otra como querellante, cuando se encuentran debidamente notificadas las decisiones a la damnificada.

VII. Conclusión

La ley 27.372 reconoce autónomamente a la víctima, sin necesidad de intervenir como querellante, el derecho a solicitar la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal.

Este derecho debe ser interpretado a la luz de la garantía del debido proceso y el acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1. y 25 de la CADH y 14 del PDCyP).

La facultad recursiva de la víctima para pedir la revisión de ciertos actos procesales (desestimación, archivo, aplicación de un criterio de oportunidad o sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal) adquiere particular relevancia como mecanismo para efectivizar el acceso a la justicia de las víctimas.

En especial, en aquellos delitos cuya investigación y sanción se encuentra frecuentemente atravesada por obstáculos o resistencias, como los vinculados a la violencia institucional, violencia de género o delitos de criminalidad organizada o compleja. En todos estos supuestos, la Corte IDH ha llamado la atención sobre la necesidad de dotar a las víctimas de recursos efectivos que le permitan acudir a la justicia en proclama de sus derechos.

Dado que la norma no restringe el derecho a interponer un recurso específico para solicitar la revisión, la jurisprudencia ha entendido que proceden los recursos previstos para cada oportunidad procesal (CFCP, Sala III, “Varacalli”).

Desde esta perspectiva, corresponden a la víctima en ejercicio del derecho de revisión el acceso a las vías impugnativas y de control previstas por las distintas leyes procesales, sea que estas procedan ante el órgano jurisdiccional (arts. 449, 456 y ccts. del CPPN; 53, 54, 357 y ccts. CPPF) o ante superiores jerárquicos del Ministerio Público fiscal en los supuestos de revisión del ejercicio de facultades que el nuevo paradigma pone en cabeza de este organismo (arts. 251, 252 y ccts. del CPPF).

Esta interpretación es, además, la que mejor se condice con la pauta interpretativa del art. 81 del CPPN, en el sentido de interpretar y ejecutar las disposiciones procesales del modo que mejor garanticen los derechos reconocidos a la víctima.

Asimismo, resultan armónicos con los lineamientos de la CSJN en su doctrina jurisprudencial sentada en “Otto Wald”, “Santini”, “Ortega”, “Callejas” y “Aráoz”.

Por otra parte, la jurisprudencia ha entendido que la legitimación de la víctima para pedir la revisión de los actos procesales enumerados en el art. 80 CPPN y CPPF no se extiende a otros actos procesales distintos. Por ejemplo, para recurrir una sentencia absolutoria de la víctima no constituida en querellante (CFCP “Ferreyra”).

Por último, se ha interpretado que, si la víctima ha asumido el rol de querellante y no ha interpuesto, al ser notificada, los recursos específicamente emanados de tal rol, no posee legitimación activa diversa como víctima (CFCP, “Gutiérrez Eguía”).

En el presente trabajo se han reseñado los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la justicia nacional y federal que hasta la fecha han indagado en el derecho autónomo de la víctima a solicitar la revisión de ciertos actos procesales potencialmente perjudiciales para sus intereses.

Subsisten aún diversos interrogantes vinculados a la extensión de tal derecho que hasta la fecha no han encontrado una respuesta única. Por ejemplo, no resulta unívoca la interpretación sobre la necesidad de contar con patrocinio letrado para el ejercicio del derecho a revisión. Algunas Cámaras Federales³¹ han interpretado que resulta exigible el patrocinio letrado a los fines de fundar jurídicamente el trámite recursivo que se intenta, mientras que otros organismos de alzada han garantizado a la víctima el derecho de revisión sin patrocinio letrado³².

En definitiva, se advierte que el desarrollo jurisprudencial sobre el tema planteado se encuentra en plena y permanente evolución, pero con una marcada tendencia hacia el reconocimiento pleno de las víctimas en su rol activo dentro del proceso penal.

Las posibles divergencias interpretativas que pudieren generarse a futuro en la aplicación del derecho al recurso de la víctima no constituida en querellante

³¹ CFASM “Cárdenas” FSM 15454/2021

³² CFALP, causa “Amado” FLP 34575/2022

deben resolverse, desde la perspectiva constitucional y convencional propuesta por la CSJN y la Corte IDH, teniendo como norte la garantía del debido proceso y derecho al acceso a la justicia reconocido a todas las personas que comparecen ante un tribunal en procura de sus derechos (arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1. y 25 de la CADH y 14 del PDCyP).

