

PONENCIAS DEL

III CONGRESO FEDERAL DE JUSTICIA PENAL

ASOCIACION PENSAMIENTO PENAL

EN HOMENAJE A **MARIO JULIANO**

MAR DEL PLATA - ABRIL 2025

Rodriguez, A.; López Ghiano, N.; Diaz Baudry, C.; Villa, M. A.; Salaverry, S. (coords.), (2025). Ponencias. III Congreso Federal de Justicia Penal. Mar del Plata – abril 2025 (Asociación Pensamiento Penal). *Revista Pensamiento Penal*, Dossier Especial, pp. 1-306



DOSSIER ESPECIAL (2025)

Revista Pensamiento Penal es una revista electrónica de la Asociación Pensamiento Penal

www.pensamientopenal.com.ar

ISSN: 1853 – 4554

Conozca al Equipo de la Revista en este enlace:

www.pensamientopenal.com.ar/equipo-trabajo

Dirección

Carlos H. González Bellene

Juan Almada

Coordinación General

Alan Rodriguez

Lucía Troncoso

Coordinación de contenido & repositorio

Constanza Diaz Baudry

María Alejandra Villa

Nazareno López Ghiano

Sergio Salaverry

Las opiniones expresadas en este documento son exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la opinión de la Asociación Pensamiento Penal.

Imagen de portada: www.istockphoto.com



Esta obra está bajo una licencia internacional
[Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Comité académico y editorial

Alan Rodriguez	<i>Criminología y sociología jurídica & Derecho penal</i>
Alejandra Álvarez	<i>Infancias y adolescencias</i>
Analía Reyes	<i>Juicios por jurados</i>
Andrés Bacigalupo	<i>Drogas y derecho penal</i>
Beatriz Ana Biolato	<i>Penal económico</i>
Brenda Eldrid	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Camila Petrone	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
Carlos H. González Bellene	<i>Derecho penal & Filosofía del derecho</i>
Carlos Villanueva	<i>Juicios por jurados</i>
Carolina Salas	<i>Derecho penal</i>
Daniel Schurjin	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
David Rodríguez Infante	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Diana Márquez	<i>Justicia restaurativa</i>
Franco Nicolás Gorini	<i>Derecho ambiental</i>
Gabriel Fava	<i>Justicia restaurativa</i>
Gustavo R. Sain	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Hernán Olaeta	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Jorge Perano	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Juan Manuel Almada	<i>Derecho penal, procesal & Justicia restaurativa</i>
Lucas Crisafulli	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Lucas Lecour	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Barrera	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Gallagher	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
Lucía Troncoso	<i>Derecho procesal y procesal penal</i>
María Eugenia Covacich	<i>Razonamiento probatorio y ciencias forenses</i>
Martina Barraza	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Micaela Castillo	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Mirtha López González	<i>Infancias y adolescencias</i>
Noelia Fernanda Orellana	<i>Género y derecho penal</i>
Pablo Garcarena	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Ramiro Gual	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Raúl Palma Olivares	<i>Derecho penal</i>
Virginia Rodriguez	<i>Género y derecho penal</i>

Integrantes de la Mesa Nacional 2024 – 2026 de la Asociación Pensamiento Penal

Fernando Ramón Ávila	<i>Presidente</i>
Josefina Ignacio	<i>Vice presidenta primera</i>
Kevin Nielsen	<i>Vicepresidente segundo</i>
Lariza Zerbino	<i>Secretaria</i>
Nicolás García	<i>Prosecretario</i>
Lucia Gallagher	<i>Tesorera</i>
Rodrigo Mathias Tejada Echevarria	<i>Protesorero</i>
Juan Salvador Delú	<i>Director de comunicaciones</i>
Mirta Liliana Lopez Gonzalez	<i>Vocal Titular</i>
Juan Cruz Chapuy	<i>Vocal Titular</i>
Aylen Salazar	<i>Vocal Titular</i>
Indiana Guereño	<i>Vocal Suplente 1</i>
Gabriela Stefani	<i>Vocal Suplente 2</i>
Andrés Bacigalupo	<i>Revisor de cuenta titular</i>
María José Bogado	<i>Revisor de cuenta titular</i>
Juan Manuel Almada	<i>Revisor de cuenta titular</i>
Adolfo Christen	<i>Revisor de cuenta titular suplente</i>

DOSSIER ESPECIAL

PONENCIAS DEL
III CONGRESO FEDERAL DE JUSTICIA PENAL
ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL
EN HOMENAJE A MARIO JULIANO
Mar del Plata – abril 2025

Coordinadores

Alan Rodriguez – Constanza Díaz Baudry – María Alejandra Villa –
Nazareno López Ghiano – Sergio Salaverry

Antonela Travesaro y Yamile Abdul Al • Yael Yanina Barrera, Leda Martyniuk, Carolina Raggio y Tamara Rotundo • Solange Alonso Barnetche • Ana Belén Beyrne y Juliana Weigel • Lucas Crisafulli • Sofia Crivello • Julia Lisman • Camila Prieto, Lucia Mailen Lago, Melina Ayelén Pintos, Pablo Over Obiaño y Susana Beatriz Romero • Rocío Milena Lorenzo • Ricardo Luis Mendoza, Lucia Ivorra, Julieta Torres, Mariana Mangas Tomassetti, Paloma Mendoza, Rocio Ilincheta, Maria Luz Mendez y Camila Rodrigo • Raúl Andrés Palma Olivares • Lilia Rodas • María de las Nieves Sanchez Burzomi • Cinthya Leonor Soich • Mariel Suarez • María Alejandra Villa • Guillermo Salvador Leibig

Revista Pensamiento Penal
Asociación Pensamiento Penal

Índice

1 Equipo de coordinación

Presentación

3 Fernando Gauna Alsina

Editorial

7 Antonela Travesaro y Yamile Abdul Al

Infierno legal: análisis crítico al nuevo régimen penitenciario

29 Yael Yanina Barrera, Leda Martyniuk, Carolina Raggio y Tamara Rotundo

Mitos y prejuicios sobre las mujeres en prisión domiciliaria

36 Solange Alonso Barnetche

Obstáculos judiciales a la reparación integral del daño

56 Ana Belén Beyrne y Juliana Weigel

La disponibilidad de la acción penal en casos de violencia institucional

82 Lucas Crisafulli

Sistema contravencional y relocalización del conflicto. Una lectura crítica desde los márgenes del derecho penal

96 Sofia Crivello

La «desfederalización» sin coordinación es negocio para el narcotráfico

102 Sofia Crivello

Error de prohibición invencible en los casos de abuso sexual con acceso carnal, cuando la víctima es menor de 13 años

108 Julia Lisman

La desaparición de mujeres y su vinculación con el femicidio

121 Camila Prieto, Lucia Mailen Lago, Melina Ayelén Pintos, Pablo Over Obiaño, Susana Beatriz Romero

Condiciones de detención en el destacamento femenino de Mar del Plata

138 Rocío Milena Lorenzo

El doble castigo. Mujeres privadas de la libertad y la desigualdad bajo la lupa de los derechos humanos

157 Ricardo Luis Mendoza, Lucia Ivorra, Julieta Torres, Mariana Mangas Tomassetti, Paloma Mendoza, Rocio Ilincheta, Maria Luz Mendez, Camila Rodrigo

Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad. Abordaje desde la extensión universitaria con mujeres madres detenidas en su domicilio

163 Raúl Andrés Palma Olivares

La cuestión carcelaria en Chile y su continuo colonial Una aproximación crítica e interdisciplinaria a un modelo penitenciario anacrónico

203 Lilia Rodas

La relación entre la justicia penal y el rol de los equipos profesionales dentro de las cárceles

213 María de las Nieves Sanchez Burzomi

Competencia del patrimonio arqueológico y paleontológico

237 Cinthya Leonor Soich

Adolescentes en conflicto con la ley penal y en situación de consumo de sustancias en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

246 Mariel Suarez

Ejecución penal en cuarentena El encierro dentro del encierro. A propósito de los detenidos de alto riesgo y/o alto perfil en Argentina

264 María Alejandra Villa

Prisión preventiva y crisis penitenciaria Entre la mano dura y la dignidad humana

272 Guillermo Salvador Leibig

El juicio por jurados a personas menores de edad en la provincia de Buenos Aires

Presentación

El viernes 25 y sábado 26 de abril de 2025, la *Asociación Pensamiento Penal* celebró su III *Congreso de Justicia Penal* en la Universidad Nacional de Mar del Plata coorganizado junto al grupo de investigación *Crítica Penal* y la cátedra de Criminología de la Universidad Nacional de Mar del Plata. En continuidad con las ediciones anteriores realizadas en Mendoza (Universidad Nacional de Cuyo, 2024) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires, 2007), este nuevo encuentro reafirmó una vocación federal que no es meramente geográfica, sino también epistemológica y política: la de pensar el derecho penal desde distintos territorios, experiencias y tradiciones jurídicas. En ese sentido, el Congreso no fue solo un evento académico, sino también un espacio de encuentro político-jurídico, orientado a poner en común diagnósticos, tensiones y propuestas en torno a los desafíos actuales de la justicia penal.

Este congreso tuvo un significado especial, porque coincidió con los veinte años de la Asociación, un aniversario que funciona menos como efeméride que como hito colectivo de un proyecto sostenido en el tiempo. Ese marco fue una oportunidad para homenajear a Mario Alberto Juliano, uno de sus fundadores. Su mirada continúa orientando el trabajo de la Asociación –aún de quienes no lo conocimos personalmente– y proyecta su sentido hacia los desafíos que se presentan en el futuro.

La preparación de este dossier supuso un trabajo de acompañamiento editorial orientado a revisar y fortalecer cada texto en su redacción, estructura y claridad argumentativa, así como a curar las ponencias incorporando los aportes y debates que surgieron durante el Congreso. Este proceso, coordinado de manera general por Alan Rodríguez, contó con el trabajo editorial de María Alejandra Villa, Constanza Díaz Baudry, Nazareno López Ghiano y Sergio Salaverry,

quienes trabajaron con cada autor y autora en los ajustes necesarios. Lejos de transformar esos trabajos en artículos cerrados o definitivos, el proceso respetó deliberadamente su carácter de *ponencias*: intervenciones situadas, abiertas, que no buscan agotar los problemas abordados, sino ofrecer miradas frescas y críticas sobre prisiones y comisarías; políticas de drogas; infancias y adolescencias; justicia penal; género; sistema penal; violencia institucional; y justicia restaurativa y víctimas.

Así, este dossier tiene como objetivo contribuir a la conversación colectiva sobre los desafíos y dilemas que plantea hoy el sistema penal, poniendo en circulación un conjunto de trabajos que dialogan entre sí y con los debates que atraviesan hoy el campo jurídico. Lejos de ofrecer respuestas cerradas o diagnósticos concluyentes, los textos reunidos buscan problematizar prácticas, categorías y supuestos arraigados, y aportar herramientas críticas para pensar el derecho penal desde una perspectiva atenta a sus impactos sociales, institucionales y democráticos.

Finalmente, queremos agradecerles por acompañarnos en esta nueva etapa. De nuestra parte, renovamos el compromiso de seguir abriendo espacios para pensar el derecho penal y sus instituciones.

Muchas gracias

Equipo de coordinación

Editorial

Tengo el privilegio de presentar un dossier verdaderamente especial. Es que reúne algunas de las numerosas ponencias — alrededor de cien— presentadas en el *III Congreso Federal de Justicia Penal*, que llevamos adelante en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata el 25 y 26 de abril pasado. La ocasión no fue menor: conmemoramos los veinte años de la *Asociación Pensamiento Penal* (en adelante, «APP») y rendimos homenaje a la trayectoria de Mario Alberto Juliano. Por lo que, al escribir estas líneas, me resulta inevitable revivir aquellas jornadas que —no tengo duda— no solo fueron significativas para quienes integramos APP, sino también para toda persona que tuvo la fortuna de conocer a Mario.

Fiel a nuestro estilo, el congreso estuvo atravesado por la discusión y el pensamiento crítico sobre temas actuales de derecho penal y criminología, con la participación de expositores y expositoras de todo el país. Tanto las mesas de ponencias, como los paneles centrales reflejaron una característica prácticamente constitutiva de APP: su naturaleza federal. Y no lo menciono para presumir. Es un error bastante extendido —y con cierto protagonismo porteño— suponer que lo que sucede en una localidad o provincia puede extrapolarse automáticamente a cualquier otra. De modo que el alcance federal del congreso, como el de todas las actividades de APP, contribuyó en la tarea de subsanar, o al menos matizar, ese déficit del que no están exentos trabajos de investigadores/as con holgado recorrido.

Otra de las tradiciones que procuramos mantener —nada sencilla en el mundo del derecho— fue la de no exigir ninguna contraprestación económica por asistir o enviar ponencias. Entendemos que suficiente esfuerzo ya implica el traslado y el alojamiento. Tampoco impusimos

criterios restrictivos de admisión. Y, de hecho, no rechazamos ninguna propuesta. Gracias a ello —y a la predisposición de la Facultad para proporcionarnos aulas suficientes— en una misma mesa pudimos encontrar la frescura de un estudiante o de un profesional recién recibido con las ideas maduras de quienes cuentan con mayor trayectoria o recorrido. Y *me guardo para mí*, tomando una frase de Juan Román Riquelme, el gusto de haber visto entre el público a Alberto Binder y a Máximo Sozzo haciendo preguntas a las y los ponentes como si fueran uno más.

Como ocurrió en otras ocasiones, algunas de las propuestas de ponencias no coincidieron con las posturas institucionales de APP. Sin embargo, teníamos claro que la respuesta no podía ser la intolerancia ni la censura. Además, ¿qué sentido tendría debatir únicamente entre quienes pensamos lo mismo? En todo caso, las ideas se confrontan con ideas, y así sucedió. En cada jornada hubo debate —a veces intenso—, pero siempre respetuoso, en un ambiente que alentó de manera permanente el disenso y la pluralidad. No por casualidad, uno de los primeros sitios web, se definía a APP como *un espacio para la crítica y la libertad*. Una palabra, esta última, especialmente significativa para quienes lidiamos a diario con el sistema penal que no deberíamos ceder en esta coyuntura, sino más bien reapropiar y resignificar, como alguna vez dijo mi buen amigo y presidente de APP, Fernando «Fano» Ávila.

En resumidas cuentas, este *dossier* refleja gran parte de la esencia de lo que hacemos y somos en APP. Entendida no sólo a través de quienes tienen el privilegio, así como la responsabilidad, de ocupar un lugar formal en el organigrama o el compromiso de militar y contribuir desde una de sus áreas. Nos gusta pensar a APP como una comunidad, *una red* —como bien señaló alguna vez nuestra ex presidenta, Indiana Guereño—, de la que también forman parte quienes colaboran con más o menos intensidad, aquellos que se esfuerzan por participar en nuestras actividades, quienes que se toman el trabajo de enviar material para la revista o, simplemente, la leen con frecuencia.

Termino contándoles que no es la primera vez que escribo para APP, y espero que no sea la última. Cierro los ojos, y puedo verme hace muchos años atrás escribiendo con entusiasmo mis puntos de vista en aquel primer foro virtual que vio nacer a APP. Qué generosidad la de Mario —y la de quienes lo acompañaban en ese entonces— que nos

permitió a pibes que recién dábamos nuestros primeros pasos en la carrera de abogacía discutir de igual a igual con monstruos del derecho penal argentino y de la región. Al poco tiempo, y ya no sé si fue generosidad o lisa y llana irresponsabilidad, pasé a escribir comunicados institucionales, presentaciones formales ante autoridades judiciales o de gobierno, columnas de opinión en medios de todo el país y célebres *amicus curiae*.

Ni hablar de los viajes *militantes* que compartí con él, a lo largo de la Argentina y el exterior, para sumar y conectar gente, para aprender y replicar buenas prácticas y, en definitiva, para hacer del sistema penal un ámbito menos doloroso. Con un poco más de veinte años, y todavía sin ser abogado —condición que incluso me acompañó durante buena parte de mi desempeño como secretario general de APP—, me encontré defendiendo nuestras posiciones ante gobernadores/as, legisladores/as, jueces y juezas de tribunales superiores que, quizás con un poco de razón, se habrán preguntado cómo una organización integrada por una enorme cantidad de profesionales —varios de ellos y ellas de prestigio y de renombre— era representada por un estudiante.

APP, con Mario a la cabeza y después en el corazón de cada uno de sus integrantes, fue una verdadera escuela. Un curso de grado y posgrado que no solo me enseñó a ejercer la abogacía, sino también a mirar más allá de la letra fría de la ley. Esa ley, que no son todas las leyes, porque los penalistas son fríos, exquisitos y rigurosos para defender el principio de legalidad cuando los beneficiados son los poderosos, pero bastantes flexibles cuando del otro lado están los de siempre. Frente a ese panorama —que vuelve a asomar con intensidad hoy— APP era y es un *sur* para pensar fuera de la caja estrategias y soluciones para reducir desigualdades y la realidad de los clientes habituales del sistema penal.

No los distraigo más. Les decía que no es la primera ocasión en la que escribo para APP. Pero es la primera en la que lo hago desde un rol distinto al que desempeñé por muchos años dentro de la comunidad de APP. Recientemente, abandoné la mesa directiva y pasé a ocupar el lugar de fervoroso seguidor de cada una de sus actividades y entusiasta lector de la revista. Como les conté, fueron años de mucho aprendizaje y crecimiento profesional al lado de personas que admiro mucho. Creo que quedó claro: si no todo, gran

parte de lo que hoy soy como abogado, se lo debo a ellas. Y no se los dije. Me retiré de un día para el otro sin dar demasiadas explicaciones. Como pude, como me salió. Básicamente, como siempre hice las cosas. Aprovecho entonces esta oportunidad para despedirme, para felicitarles por todo lo que siguen haciendo, y agradecerles el afecto, la paciencia y el ejemplo militante de todos los días.

Saavedra, diciembre de 2025.

Fernando Gauna Alsina

Director Ejecutivo APP (2025-2018)

Secretario General APP (2018-2014)

Miembro de la mesa directiva APP (2014-2007)

Infierno legal: análisis crítico al nuevo régimen penitenciario

Antonela Travesaro¹ y Yamile Abdul Al²

I. Resumen

El presente trabajo analiza la constitucionalidad del capítulo 11 de la ley 14.243 de la provincia de Santa Fe y las resoluciones 35/2024 y 153/2025 del ministerio de seguridad de la nación. Estas normativas crean las categorías de «alto perfil» y «alto riesgo» para personas privadas de la libertad (sin distinguir entre inocentes y condenados), estableciendo un régimen de detención con condiciones restrictivas y medidas que afectan derechos fundamentales. El trabajo pone en duda la constitucionalidad de estas disposiciones, argumentando que representan un retroceso en materia de derechos humanos y contravienen normas constitucionales y tratados internacionales ratificados por Argentina.

¹ Abogada penalista, egresada de la universidad nacional de Rosario (UNR, 2003–2009). Se desempeña como defensora particular en la provincia de Santa Fe, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es vicepresidenta de la Asociación de abogados penalistas de Rosario y del Instituto de derecho procesal penal del Colegio de abogados de Rosario, y directora jurídica de la Asociación Civil Inocente Colectivo. antonela_010@hotmail.com

² Abogada penalista, egresada de la Universidad Nacional de Rosario (UNR, 2017–2024). Se desempeña como defensora particular en la provincia de Santa Fe y en el fuero federal. Adscripta a la cátedra Derecho penal I (cátedra única), UNR. yamileabdulal@gmail.com

II. Introducción

El capítulo 11 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Santa Fe No. 14.243 faculta al poder ejecutivo provincial a determinar la condición de interno de «alto perfil»; siendo que la resolución 35/2024 del ministerio de seguridad de la nación puso en marcha el sistema integral de gestión para personas privadas de la libertad de «alto riesgo» en el servicio penitenciario federal, y, más recientemente, la resolución 153/2025 ministerio de seguridad nacional profundiza y agrava aún más el régimen de excepción aplicado a los internos considerados de «alto riesgo», limitando de forma extrema sus derechos fundamentales, como el contacto familiar, la asistencia letrada y las condiciones básicas de detención.

Nuestra propuesta será analizar la dudosa constitucionalidad de dicha normativa nacida de una decisión de cambio de política criminal de parte de las nuevas autoridades provinciales y nacionales asumidas en el año 2023 como intento de combatir la inseguridad y el flagelo que implica la actuación de las organizaciones criminales en las grandes ciudades, sobre todo en Rosario.

Sin dudas, estamos ante un cambio de paradigma en todo lo concerniente al abordaje de los reclusos, retrocediendo a límites insospechados en materia de derechos humanos.

Si bien, no desconocemos que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes gozan de una presunción de legitimidad, nos encontramos en la normativa invocada con cláusulas que atentan contra la constitución nacional y provincial, y los compromisos internacionales asumidos por la república, además de contradecir el capítulo iv de la ley 24.660, las reglas Mandela, y los parámetros establecidos por la corte interamericana de derechos humanos sobre el tratamiento de los reclusos, vulnerando los derechos más básicos tanto de personas condenadas como de personas inocentes encarceladas preventivamente, implicando tratos crueles, inhumanos y degradantes que a su vez trascienden sus efectos a toda su familia.

III. Breve tratamiento de la categoría de «alto perfil» y «alto riesgo»

La ley provincial 14.243 publicada en el boletín oficial el 29/12/2023, introdujo en el capítulo 11 arbitrarias «normas de trato para internos de alto perfil», cuya determinación queda en manos del poder ejecutivo provincial, a través del ministerio de justicia y seguridad.

La clasificación se basa en criterios arbitrarios, como la presunta participación en organizaciones criminales o la disponibilidad de recursos financieros que permitan suponer tal vinculación.

Las condiciones de detención para estos internos incluyen:

- Aislamiento en celdas individuales;
- Patios individuales con enrejado completo;
- Inhibición de señales de comunicación (celular, internet y radiofrecuencia);
- Restricción de traslados por razones de salud a situaciones de «absoluta necesidad y urgencia»;
- Visitas reducidas a dos personas con vínculo familiar directo, sin contacto físico a través de un blindex y con periodicidad quincenal;
- Procedimientos de requisa corporal intensiva para los visitantes.

En la misma sintonía, la resolución 35/2024 del ministerio de seguridad de la nación (B.O. 25/01/2024) que puso en marcha el sistema integral de gestión para personas privadas de la libertad de «alto riesgo» en el servicio penitenciario federal, menciona que el concepto de alto riesgo hace alusión a

«[...] la participación de las personas privadas de la libertad en organizaciones criminales, a las posibilidades fácticas que tienen de fugarse, ya sea por sus propios medios o con ayuda de terceros; de ejercer violencia hacia la comunidad o de daño a la misma en caso de fugarse; de dirigir actividades delictivas desde los establecimientos penitenciarios con impacto en la sociedad; de intimidar o corromper a funcionarios penitenciarios, y de entorpecer investigaciones judiciales en curso [...]»

El protocolo cita como bases a la convención de Palermo (*convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional*), lo que permitiría entender que solo debería ser aplicable

a personas privadas de la libertad que se vinculan con organizaciones transnacionales.

Sin embargo, en el anexo I donde se establecen los parámetros del sistema integral de gestión se denota que el objetivo principal son las personas presas por delitos previstos en nuestra legislación interna, como los delitos previstos en la ley 23.737 con el fin de «[...] fomentar de manera favorable y constructiva un entorno seguro y protegido dentro de las instituciones penitenciarias»; definición muy poco clara.

Al respecto corresponde comenzar analizando que a este protocolo se lo pretende implementar por medio de una resolución ministerial sin cumplir los parámetros democráticos para la sanción de normas, advirtiéndose pues que no se cumple con el criterio estricto de legalidad, según lo requerido en el artículo 30 de la convención americana de derechos humanos³.

Por otro lado, si se pretende poner en función a dichos «protocolos» (y que sean legales) debe reglamentarse a través de un procedimiento fijado de antemano, con reglas claras y ciertas. Lo que no ocurre.

Por lo que las carencias de la reglamentación bajo análisis ponen en evidencia su falta de razonabilidad toda vez que su aplicación incrementa la incertidumbre sobre los alcances de la misma

IV. Aparentes fundamentos de la normativa en cuestión

Respecto a los fundamentos de dicha normativa, cabe poner de resalto que la ley provincial no los menciona, mientras que en el anexo I de la res. 35/2024, se recurre al término ambiguo de «protección pública» y a la «seguridad» de todas las personas que se encuentran detenidas en las distintas prisiones, como si no fueran conceptos vigentes actualmente que rigen la vida dentro de las distintas unidades carcelarias.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023, septiembre 4). López y otros vs. Argentina: Supervisión de cumplimiento de sentencia.

A su vez, estos principios ya están contemplados no solo en la legislación vigente sino también en las normas internacionales sobre derechos de las personas privadas de libertad.

Esta ponencia argumenta que el uso de estos términos es meramente retórico y no justifica la imposición de un régimen que agrave las condiciones de detención más allá de lo necesario.

Al respecto, las «reglas mínimas de las naciones unidas para el tratamiento de los reclusos» (reglas Mandela), en su primera regla - donde fija los principios fundamentales de las mismas- determina que «[...] se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, personal y los visitantes [...]»

Es decir, la normativa citada, la cual forma parte de nuestro plexo legal, establece que la seguridad tanto de las personas privadas de la libertad, como la de las personas que van de visita o los mismos trabajadores, es una obligación que ya se encuentra en cabeza del servicio penitenciario federal.

La corte suprema de justicia de la nación en el caso «Fernández Prieto» ha expresado que «[...] cabe tener presente que la interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no puede el legislador disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre su modo de afectación. Ello es no sólo inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio incluso, con la única razón de ser de estas ordenaciones legales, que no es otra que la de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público, también cuando este poder se cumple, claro está, en el deber estatal de perseguir eficazmente el delito [...]»

En definitiva, no se entiende como razonable desde ninguna óptica, ni se encuentra dentro de los parámetros recomendados por naciones unidas, la posibilidad de restringir derechos con el fundamento de evitar y/o investigar posibles delitos dentro de una unidad penitenciaria.

Párrafo aparte merece el punto respecto al cual surge que la evaluación de los riesgos y las necesidades de la población pasible de ser incorporada tanto al sistema de alto perfil como al de alto riesgo se trata de un proceso poco claro y sin control de la defensa.

A su vez, se debe remarcar, una vez más, la impericia legislativa que presenta este «sistema» en cuanto no determina las formas en que se producirían esas supuestas evaluaciones, cada cuanto se reevaluará a la población y quiénes serán los encargados de dicha tarea, ni prevén la participación de la defensa. Veamos:

La resolución ministerial establece:

«[...] la decisión de incorporación es facultad exclusiva del SPF, luego de realizar las etapas del proceso detalladas en el punto 6.6. Dentro de las 24 horas posteriores, la incorporación deberá ser puesta en conocimiento de la autoridad judicial a cuya disposición se encuentra la persona. En caso de existir oposición de la autoridad judicial, se procederá conforme al punto 7.5[...]» (que prevé la exclusión del sistema).

Si bien aquí se garantiza un mínimo de control judicial, lo cierto es que no se prevé la intervención y/o control por parte de la defensa a fin de evaluar o discutir la razonabilidad de la decisión en virtud de las afectaciones concretas que el sistema pueda ocasionar.

Mucho peor es el caso de nuestra provincia de Santa Fe, donde ni siquiera se encuentra previsto un control de legalidad del juez (contrariando los parámetros establecidos por la CSJN en «Romero Cacharane»), y menos aún la participación de la defensa.

Si bien no se desconoce que el orden de la población dentro de los penales es de exclusiva responsabilidad del servicio penitenciario, esta potestad exclusiva de disponer la incorporación al sistema de alto perfil - alto riesgo, sin control alguno por parte de ningún otro organismo, deriva en una herramienta totalmente arbitraria.

En definitiva, todas estas cuestiones que no son resueltas con exactitud dan lugar a arbitrariedades y falta de transparencia y generalidades por parte del servicio penitenciario que conspira contra los internos.

Como si ello no fuera poco, recientemente se ha dictado la resolución 153/2025 del ministerio de seguridad de la nación (B.O. 05/02/2025), mediante la cual se agravan aún más las condiciones de

detención de las personas alojadas en la condición de «alto riesgo» y su núcleo familiar.

Dicha resolución consolida un régimen de máxima restricción basado en un criterio peligrosista, extendiendo el castigo más allá del propio interno hacia sus vínculos familiares.

Se dispone que las personas privadas de la libertad bajo esta categoría solo podrán recibir visitas de hasta dos familiares directos mayores de 16 años (sin antecedentes penales) cada 15 días, por un máximo de 60 minutos, y exclusivamente a través de un blindex, sin contacto físico.

Incluso los hijos menores de los detenidos deben someterse a esta misma modalidad de visita, lo que desnaturaliza por completo el concepto de vínculo familiar protegido por el artículo 17 de la convención americana de derechos humanos. A su vez, se prohíbe el ingreso de cualquier otra persona que no se encuadre en esos estrictos requisitos, incluidos apoderados o allegados, reduciendo drásticamente el entramado de contención emocional, económica y social del interno.

En definitiva, y bajo una aparente necesidad de orden, la resolución reproduce una lógica de excepcionalidad permanente, en donde se asume que la seguridad institucional justifica la anulación de derechos fundamentales. En realidad, no se ofrece justificación concreta ni evidencia de que estas restricciones tengan efecto real en la prevención de delitos intramuros o en la seguridad pública. De hecho, continúa habiendo imputaciones a personas alojadas bajo dicho régimen por delitos cometidos en el exterior.

Lo que se presenta como una política de control es, en los hechos, un modelo de castigo extrajudicial basado en presunciones, sin intervención judicial ni posibilidad real de revisión.

De esta forma, la resolución 153/2025 se inscribe dentro de un mismo patrón de medidas que, lejos de obedecer a fines legítimos conforme al orden constitucional, configuran una regresión en materia de derechos humanos. No sólo se viola la presunción de inocencia, sino también los estándares internacionales sobre trato digno, contacto familiar y acceso a la defensa técnica, reforzando una política criminal que confunde prevención con represión anticipada.

V. Derechos constitucionales y convencionales vulnerados

a. Salud

Cabe recordar que el derecho a la salud encuentra protección en los siguientes instrumentos: declaración americana de los derechos y deberes del hombre (arts. 1 y 11); declaración universal de derechos humanos (arts. 3 y 25); pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 12, inc. 1 y 2, apartado «d»); convención americana sobre derechos humanos (arts. 4, inciso 1, art. 5 inc., art. 19 y 26).

En tal sentido, el art. 12 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales reconoce «[...] el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [...]» y los *principios básicos para el tratamiento de los reclusos* en el punto 2 expresan que «[...] los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica [...]».

Por su parte, cabe destacar la definición de salud que nos brinda la organización mundial de la salud, la cual la ilustra como «estado completo de bienestar físico, mental y social».

Ahora bien, desglosemos esta definición en el caso concreto de los internos sometidos a este régimen.

- *Bienestar físico*. Los internos alojados bajo este régimen reciben una alimentación deficiente provista por el servicio penitenciario. La imposibilidad práctica de que sus familiares puedan ingresar alimentos agrava esta situación. A ello se suma la falta total de actividad física, dado que no cuentan con espacio ni tiempo para caminar siquiera unos pocos pasos diarios. Estas condiciones han derivado en un aumento excesivo de peso, comprometiendo seriamente su salud física y colocándolos en riesgo de colapso, lo que podría traducirse en daños irreversibles e incluso, en muchos casos, en la muerte.
- *Bienestar mental*: Los internos no tienen acceso a la luz solar ni a materiales de lectura, estudio o escritura (como libros, papel o lápices). Esta privación sensorial y cognitiva, sumada al encierro

absoluto, los obliga a permanecer 24 horas al día, los 365 días del año, con un nivel de estímulo prácticamente nulo, lo cual deteriora gravemente su salud mental.

- *Bienestar social.* Íntimamente vinculado con el aislamiento extremo, los internos no reciben visitas de forma directa. El único contacto posible es a través de un blindex, sin posibilidad alguna de contacto físico, ni siquiera con el personal penitenciario, quienes mantienen una distancia absoluta, como si se tratara de personas portadoras de una enfermedad altamente contagiosa. Esta deshumanización profundiza la ruptura de los vínculos sociales y familiares

b. Aislamiento indefinido

Otro punto clave es el del aislamiento, vinculado de forma estrecha con el bienestar mental y social, ya que los reclusos catalogados como «alto perfil» y «alto riesgo» se encuentran aislados indefinidamente. Aquí interesa destacar varias cuestiones.

En primer lugar tenemos que entender de qué estamos hablando cuando hablamos de aislamiento, o, dicho de otro modo la ausencia de «contacto humano apreciable» que es un concepto nuevo y en evolución en la legislación penitenciaria.

El comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes lo define como «[...] la cantidad y calidad de la interacción social y la estimulación psicológica que necesitan los seres humanos para su salud mental y bienestar [...]» siendo que

«[...] para que exista esa interacción es necesario que el contacto humano sea cara a cara y directo (sin barreras físicas) y más que fugaz o incidental, lo que permite una comunicación interpersonal empática. El contacto no debe limitarse a las interacciones determinadas por las actividades habituales de la cárcel, el curso de las investigaciones (penales) ni las necesidades médicas».

En el caso de esta «clase» de reclusos ni siquiera tienen las interacciones mínimas a la que refiere la última frase de la cita, mucho menos un contacto estrecho y sin barreras físicas.

Aunado a ello, respecto al aislamiento, la regla Mandela No. 45 establece que

[...] 1. El aislamiento solo se aplicará en casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de una autoridad competente. No se impondrá a un recluso en virtud de su condena.

2. La imposición de sanciones de aislamiento estará prohibida cuando el recluso tenga una discapacidad física o mental que pudiera agravarse bajo dicho régimen [...]

Y en cuanto a las restricciones, sólo se debería aplicar como sanción disciplinaria en casos excepcionales y de último recurso, durante el menor tiempo posible.

Así lo establece la regla Mandela No. 36 de donde surge que la disciplina y el orden se mantendrán sin imponer más restricciones de las necesarias para garantizar la custodia segura, el funcionamiento seguro del establecimiento penitenciario y la buena organización de la vida en común, limitándose la cuestión en la regla 43 en los siguientes términos;

[...] 1. Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán, en ninguna circunstancia, equivaler a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, quedarán prohibidas las siguientes prácticas:

- a) el aislamiento indefinido;
- b) el aislamiento prolongado;
- c) el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada;
- d) las penas corporales o la reducción de los alimentos o del agua potable;
- e) los castigos colectivos.

2. En ningún caso se utilizarán métodos de coerción física como sanción por faltas disciplinarias.

3. Entre las sanciones disciplinarias o medidas restrictivas no podrá figurar la prohibición del contacto con la familia. Solo se podrán restringir los medios de contacto familiar por un período limitado y en la estricta medida en que lo exija el mantenimiento de la seguridad y el orden [...]

En dicho sentido, se ha sostenido que el distanciamiento del núcleo familiar afecta directamente el artículo 17 de la convención americana de derechos humanos.

Así se ha expresado la Corte IDH al decir que

[...] Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no sólo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares [...]⁴

Siguiendo este caso, también se expidió nuestra CSJN «[...] en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile establece que la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención [...]». A ello también agrego que la familia «[...] es el elemento natural y fundamental de la sociedad [...]» y que el Estado «[...] está obligado a realizar acciones positivas y negativas para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y favorecer el respeto efectivo de la vida familiar[...]»⁵

Por su parte, durante el año 2024, la comisión interamericana de derechos humanos, en sus recomendaciones sobre personas privadas de libertad ha sostenido que «[...] las personas privadas de libertad tienen derecho a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales y otras personas [...]» instando al estado de honduras a garantizar visitas regulares eliminando requisitos que las obstaculicen.

Contrariamente, en nuestros casos bajo análisis, estos reglamentos impuestos por una ley y por una resolución ministerial no respetan la normativa legal ni tampoco lo dispuesto en el bloque de convencionalidad, lo que las torna válidamente discutibles respecto de su constitucionalidad

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, mayo 29). Norín Catrimán y otros vs. Chile: Fondo, reparaciones y costas.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019, noviembre 25). López y otros vs. Argentina: Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

c. Derecho a la privacidad frente a las requisas penitenciarias

Respecto a los registros y las requisas, la normativa cuya constitucionalidad se pone en duda pretende estipular medidas con fórmulas absolutamente amplias e intensas las cuales pueden dar espacio a todo tipo de excesos.

Motivo por el cual es indispensable establecer los límites de esas requisas y registros a parámetros convencionalmente aceptables.

el tribunal europeo de derechos humanos ha dicho que

[...] con independencia de que en cualquier caso la correspondencia, los diarios u otros documentos privados personales, se hallen o se lean, o se encuentren otros objetos íntimos durante el registro, el tribunal considera que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación, para exigir a una persona a someterse a un registro detallado, de su persona, su ropa y sus objetos personales, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. aunque el registro se lleve a cabo en un lugar público, esto no significa que el artículo 8 no sea de aplicación. de hecho, el tribunal opina que el carácter público del registro, puede en ciertos casos, agravar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza. los objetos tales como bolsos, carteras, cuadernos y diarios, pueden incluir además, información personal con la que el propietario pueda sentirse incómodo por haberse expuesto a la vista de sus compañeros o del público en general [...]»⁶

Y la Corte IDH, citando el anterior caso, remarca en «Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina» que

«[...] el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto, por lo tanto, puede ser restringido por los estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática [...]»

En el mismo sentido se expresó la corte suprema de justicia de la nación, en el considerando 11 del conocido caso «Dessy, Gustavo Gaston s/ habeas corpus» en cuanto explica que

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010, junio 28). Guilan y Quinton vs. Reino Unido.

[...] la seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos incuestionables del Estado. Pero esto no justifica la censura de la correspondencia de los internos, ya que éstos pueden mantener, mediante el régimen de visitas, conversaciones privadas y 'visitas íntimas periódicas' (art. 497 Código Procesal Penal de la Nación). Todo ello sin perjuicio de admitir que, en el caso particular en que hubiese razones fundadas para temer que, a través de la correspondencia que emite, el penado pudiese favorecer la comisión de actos ilícitos, las autoridades penitenciarias requieran en sede judicial la intervención de dicha correspondencia [...]

Nuevamente, estos criterios mínimos no se cumplen en las normativas tratadas conforme al alto perfil y alto riesgo.

d. Dignidad humana

Todo lo analizado precedentemente se encuentra íntimamente ligado a la dignidad de los internos.

Nuevamente, este derecho está protegido por numerosa normativa internacional, tal como la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el pacto de San José de Costa Rica el cual en su art. 5 reza, en lo que aquí interesa

«[...] 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas [...]»

Todos y cada uno de los incisos enumerados son vulnerados diariamente en el caso de los internos catalogados como alto perfil y alto riesgo.

En este sentido, es conveniente citar al prestigioso autor Iñaki Rivera Beiras en su análisis a la declaración universal de derechos humanos donde menciona:

[...] pese a tener algunas falencias, la declaración implicó plasmar una serie de derechos fundamentales y de garantías que, posteriormente y a través de distintos procesos, se han ido incorporando en textos normativos tanto internacionales como nacionales. La declaración de 1948 contiene un extenso catálogo de derechos fundamentales de la persona y, asimismo, establece una serie de garantías que tienden a la protección de aquellos. Ahora bien, es importante señalar una limitación de tales derechos que, por lo que respecta a la privación de libertad, ya se observa en las disposiciones de la misma y que, posteriormente, será recogida por otras normas e interpretada por los organismos jurisdiccionales. Se trata de la posible restricción de los derechos fundamentales en aras de «satisfacer las justas exigencias del orden público».

que se contempla en el art. 29.2. Si bien es cierto que dicha restricción encuentra a su vez un límite cuando se establece que

«estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las naciones unidas» (art. 29.2 in fine), no deja de constituir un importante precedente que, posteriormente, será desarrollado en otras disposiciones normativas -y en decisiones jurisdiccionales- que vendrán a configurar una «devaluación» de toda una serie de derechos fundamentales para quienes se encuentran privados de su libertad [...]

Cabe a su vez traer a colación que la corte IDH en el Caso «Lopez y otros vs Argentina» condenó al estado argentino por ser considerada responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la finalidad esencial de reforma y readaptación del condenado, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y del derecho a la familia, previstos en los artículos 5.1, 5.6, 11.2 y 17.1.

La Corte IDH entendió que

[...] La disposición del artículo 5.6 de la Convención que «las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados», aplicada al presente caso, resulta en el derecho de la persona privada de libertad y la consecuente obligación del Estado de garantizar el máximo contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior. No se trata de un derecho absoluto, pero en la decisión administrativa o judicial que establece el local de cumplimiento de pena o el traslado de la persona privada de libertad, es necesario tener en consideración, entre otros factores, que: i) la pena debe

tener como objeto principal la readaptación o reintegración del interno; ii) el contacto con la familia y el mundo exterior es fundamental en la rehabilitación social de personas privadas de libertad. Le anterior incluye el derecho a recibir visitas de familiares y representantes legales; iii) la restricción a las visitas puede tener efectos en la integridad personal de la persona privada de libertad y de sus familias; iv) la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención y eventualmente también al artículo 11.2 [...]

Por su parte, la oficina de la ONU contra la droga y el delito (UNODC) publicó un informe sobre el manejo de los prisioneros de alto riesgo y en donde establece una serie de cuestiones a tener en consideración para poder limitar los derechos que ya se encuentran reconocidos, por se, a las personas privadas de la libertad.

Allí recomienda que principio fundamental de una buena gestión penitenciaria es que los reclusos deben estar sujetos a las medidas menos restrictivas necesarias, y que, en caso de ser necesaria la implementación de restricciones las mismas deben respetar principios de legalidad, por lo que se deben ajustar al plexo normativo nacional e internacional; de necesidad, por lo que se debe utilizar siempre el medio menos restrictivo; el de proporcionalidad en relación al riesgo planteado, sin perder de vista que debe existir un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad y de la injerencia ilegítima del estado; de responsabilidad y transparencia de las decisiones y de no discriminación.

Párrafo aparte debe hacerse para las reglas Mandela, algunas ya mencionadas, toda vez que las mismas han venido a establecer nuevos estándares para el tratamiento de la población privada de su libertad regulando respecto al alojamiento, higiene personal, alimentación, ejercicio físico y deporte, servicios médicos, registros, contacto con el mundo exterior, biblioteca, religión, traslados, inspecciones, siendo sus principios fundamentales:

«[...] 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, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario [...]» (Regla 1)

«[...] La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación [...]» (Regla 3)

«[...] 1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

2. Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión [...]» (Regla 5).

A su vez, las reglas tratan separadamente a la categoría de «reclusos en espera de juicio» que son las personas que se encuentren en prisión tras haberseles imputado un delito pero que aún no hayan sido juzgadas.

Expresamente se establece que estos reclusos en espera de juicio gozarán de la presunción de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción, y gozarán de un régimen especial que se describe de la siguiente manera: permanecerán en espacios separados de los reclusos penados, dormirán solos en celdas individuales, teniendo en cuenta los diversos usos locales en lo que respecta al clima; podrán alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. En caso contrario, la administración les proporcionará alimentos; se autorizará a que use sus propias prendas personales siempre que estén aseadas y sean decorosas. Si lleva uniforme penitenciario, este será diferente del uniforme de los reclusos penados; se ofrecerá a todo recluso en espera de juicio la posibilidad de trabajar, pero no se le obligará a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar; se autorizará a todo recluso en espera de juicio a que se procure, a sus expensas o a las de un tercero, libros, diarios, material de escritura y otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia y la seguridad y el buen orden del establecimiento

penitenciario; se permitirá que el recluso en espera de juicio sea visitado y atendido por su propio médico o dentista si su petición es razonable y si está en condiciones de sufragar tal gasto; todo recluso en espera de juicio tendrá derecho a ser informado con prontitud de las razones de su detención y del delito que se le imputa; si un recluso en espera de juicio no cuenta con un asesor jurídico de su elección, tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un asesor jurídico, siempre que el interés de la justicia lo exija y sin correr con los gastos si carece de medios suficientes para hacerlo. La denegación del acceso a un asesor jurídico se someterá sin demora a un examen independiente; los derechos y las modalidades de acceso de los reclusos en espera de juicio al asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica para su defensa se regirán por los mismos principios enunciados en la regla 61. todo recluso en espera de juicio recibirá, si lo solicita, material de escritura para la preparación de los documentos relacionados con su defensa, incluidas instrucciones confidenciales para su asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica.

e. Dignidad humana

El sistema integral de gestión para las personas privadas de la libertad de alto riesgo indica que se implementarán acciones orientadas a evitar ciertas conductas por parte de esos detenidos, como ser que «[...] mantengan un contacto incorrecto con los visitantes: [...] Entre ellos [...] defensa técnica [...]».

A su vez, la resolución No 153/2025 refuerza estas restricciones estableciendo condiciones adicionales que limitan el contacto directo y confidencial entre los internos y su defensa técnica, en nombre de la seguridad institucional.

Estas disposiciones contradicen abiertamente lo dispuesto en el artículo 8.2.d de la convención americana sobre derechos humanos, el cual reconoce una serie de garantías judiciales entre las que se destaca:

[...] 2- toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d- derecho

del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor [...]

Al respecto, la corte interamericana de derechos humanos, en el caso «Castillo Petruzzi y otros», ha señalado

[...] el numeral 8 de los principios básicos sobre la función de los abogados [...] establece que: (a) toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación [...]

Lo cierto es que los internos sometidos a este régimen no pueden conferenciar con sus abogados en forma libre y privada, no pueden preparar adecuadamente su defensa y, en muchos casos, ni siquiera son trasladados personalmente a las audiencias judiciales.

En definitiva, sostenemos que la colisión de las normas en cuestión con las cláusulas constitucionales y convencionales reseñadas es manifiesta, clara e indudable.

VI. Palabras finales

De todo lo expuesto, se advierte que la normativa cuya inconstitucionalidad se propone (siempre analizando cada caso en concreto) vulnera palmariamente el derecho a la vida, salud, dignidad, privacidad y defensa de que gozan todas las personas inocentes encarceladas preventivamente como así también las condenadas, agravando sus condiciones de detención, y aplicando un perjuicio injustificado, y de imposible reparación ulterior también a su familia.

Como adelantamos, no debemos olvidar que la normativa cuya constitucionalidad se pone en dudas fue dictada de la noche a la mañana, como una clara respuesta demagógica, en donde los legisladores y ministros pensando más en elecciones venideras, que en una seria política criminal de estado, dieron por resuelto la inseguridad en la ciudad de rosario empeorando las leyes y confinando al extremo a condenados e inocentes.

Tan palpable resulta la inconstitucionalidad planteada, y, a su vez, tan claro el cuerpo normativo constitucional; que como suele ocurrir en estos casos en los que una norma resulta manifiestamente repugnante e incompatible con el espíritu constitucional, dicha norma no sólo colisiona de forma clara y manifiesta con una sola cláusula de la constitución, sino con varias de ellas.

Como si la incorporación de un catálogo de «medidas» y «ampliación de facultades del poder ejecutivo y ministerio de seguridad» seleccionadas sin un fundamento objetivo alguno, arbitrarias e irrazonables, no hubieran sido ya suficientemente violatorias al derecho a la vida, salud, dignidad y defensa, la legislación, basándose únicamente en consideraciones propias del derecho penal de autor, pretende encasillar indefinidamente a los internos de alto perfil y alto riesgo, desbaratando sus derechos más básicos.

No caben dudas que el capítulo 11 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad No. 14.243 y las resoluciones 35/2024 y 153/2025 del ministerio de seguridad de la nación traslucen criterios peligrosistas que exceden los parámetros de un derecho penal de acto, sin justificación objetiva que le brinde validez.

Nos preguntamos: ¿para qué serviría realizar un proceso penal absolutamente respetuoso del derecho de defensa en juicio, del principio de inocencia, de la garantía del juez natural, del principio de legalidad, de la igualdad ante la ley, del *in dubio pro reo*, entre muchos otros principios y garantías constitucionales; si con solo una imputación se pretende degradar a una persona encasillándolo como peligroso y culpable de antemano.

Tal como reza el artículo 28 de la constitución nacional; los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados a través de leyes que reglamenten su ejercicio; y el control de que ese precepto se cumpla les corresponde a los jueces.

VII. Comentarios de un caso concreto

El señor «R» se halla en prisión preventiva desde el mes de abril de 2020 a disposición del colegio de jueces de la ciudad de rosario en el marco de varias investigaciones, manteniendo el estado de inocencia en la totalidad de las carpetas judiciales. A su vez se encuentra

condenado por un tribunal de la plata a la pena de 5 años de prisión efectiva.

Que desde entonces ha transitado distintas unidades penitenciarias; en primer lugar, estuvo alojado en la unidad XI de Piñero, y luego en el penal federal de Ezeiza.

Que actualmente, y desde enero de 2024, el mismo se halla alojado en el complejo penitenciario federal II de Marcos Paz, categorizado como interno de «alto perfil» - «alto riesgo» de acuerdo a lo previsto en la normativa analizada.

Concretamente, y desde hace más de un año, se encuentra aislado indefinidamente en una celda individual, oscura y de escasa dimensión, sin cumplir con las normas de higiene ni de superficie mínima, iluminación, y ventilación, sin poder caminar, prácticamente sin moverse, sin ver la luz del sol, y sin contacto físico, directo y asiduo con su madre e hijos ya que las «visitas» son a través de un vidrio.

Que el confinamiento es de tal magnitud que, a su vez, «R» no puede tener adecuado contacto con sus abogadas, ni conferenciar en forma libre y privada con las mismas, no puede recibir ni siquiera un papel para preparar adecuadamente su defensa, ni material de lectura o entretenimiento, ni alimentos caseros llevados por su familia.

Que más allá de todo lo relatado, lo más grave es que «R» posee serios problemas médicos, ha sido intervenido quirúrgicamente en tres oportunidades en el hospital de emergencia «Dr. Clemente Álvarez» y en el sanatorio delta, ambos de la ciudad de Rosario, teniendo a la fecha problemas en esófago, estómago, páncreas, riñón, baso e intestino grueso tal como se ha probado con las historias clínicas y un pormenorizado informe médico de parte que se acompañó donde se concluye de manera categórica:

[...] se considera que el interno «R», es una persona lábil, en lo que a su salud se refiere, aunque tenga eventualmente lo que se denomina una salud práctica, requiere inexorablemente controles por distintos especialistas a fin de tratar las mencionadas complicaciones expuestas precedentemente o prevenirlas de no haberse manifestado alguna de ellas [...]

[...] Asimismo, en función del relato de la familia en cuanto a las condiciones de detención del llamado «R», de ser así, merecen ser destacadas como altamente nocivas y lo exponen a complicaciones en algunos casos graves, propias de las patologías mencionadas

previamente, todo lo cual sin dudas puede afectar en forma aguda o crónica e irreversible la salud del interno, poniendo eventualmente en riesgo incluso su vida [...]

[...] Más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas que escapan a la expertise de quien suscribe, existen derechos inalienables como es el derecho a la salud, entendido el concepto, como el bienestar bio-psico-social de una persona, independientemente del proceso jurídico/judicial en el que se encuentre, asimismo, sin ser idóneo en leyes, es de amplio conocimiento que existe abundante normativa y jurisprudencia nacional e internacional, que así lo indican [...]

Que, sin embargo, desde el año 2020, no ha tenido controles médicos en ninguna de las unidades penitenciarias, ya que cada vez que solicito revisión médica se la negaron.

Que el tránsito en el encierro en las condiciones apuntadas ha traído aparejado un deterioro de la salud psicofísica de «R».

Por ello, en fecha 14/01/2025 se presentó ante la oficina de gestión judicial de Rosario escrito conjunto de habeas corpus correctivo y pedido de inconstitucionalidad de la normativa alegada.

La Dra. Silvia Castelli se declara incompetente para intervenir, y remite las actuaciones al juzgado federal en turno de la ciudad de Rosario. Radicados los autos en el juzgado federal 3 de Rosario, este también se declara incompetente, y lo gira al juzgado federal de Morón que por turno corresponda, recayendo ante el juzgado en lo criminal y correccional No. 1 a cargo del Dr. Martín Ramos, quien admite la competencia, rechaza el habeas corpus en fecha 20/01/2025, pero decide formar un incidente para tratar el pedido de inconstitucionalidad ante la trascendencia del planteo.

Luego de correr vista a los representantes legales del servicio penitenciario y fiscal, por resolución de fecha 18 de febrero del año 2025, resuelve: «[...] no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad promovida [...]»

El juez alega que la postura de la defensa es una mera «[...] disconformidad del alojamiento de «R» bajo los parámetros del «sistema integral de gestión para personas privadas de la libertad de alto riesgo» y que «[...] La parte no introduce ningún elemento externo nuevo al debate, sino que reitera, en este caso por la vía de la inconstitucionalidad, la búsqueda de variar la situación de alojamiento de «R» [...]»

Recurrida tal resolución, alegando con énfasis la falta de valoración de prueba dirimente (concretamente el estado de salud), la sala I de la cámara federal de San Martín confirmó tal resolución.

Finalmente se rechazó el remedio casatorio intentado en queja, con un voto en disidencia del Dr. Gustavo Hornos: (registro 956/25 de fecha 11/09/25) en los siguientes términos

[...] que, en el presente caso, la naturaleza federal del agravio planteado por la recurrente - doctrina de la arbitrariedad-, el cual luce, en principio, razonablemente fundado -art. 15 de la ley 48-, como así también la demostración del agravio actual de tardía o imposible reparación ulterior que le genera la decisión dictada por el a quo, lo que permite equiparar la resolución atacada a un pronunciamiento de carácter definitivo y habilitar así esta instancia («Di Nunzio», fallos: 328:1108, CSJN). Por lo expuesto, sin que esto importe abrir juicio sobre el fondo del asunto, entiendo que debe declararse la admisibilidad formal de la vía recursiva intentada [...]

VIII. Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, mayo 29). *Norín Catrimán y otros vs. Chile: Fondo, reparaciones y costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019, noviembre 25). *López y otros vs. Argentina: Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023, septiembre 4). *López y otros vs. Argentina: Supervisión de cumplimiento de sentencia*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010, junio 28). *Guillan y Quinton vs. Reino Unido*.

Mitos y prejuicios sobre las mujeres en prisión domiciliaria

Yael Yanina Barrera¹, Leda Martyniuk²,
Carolina Raggio³ y Tamara Rotundo⁴

I. Resumen

La llamada «lucha contra las drogas» promueve la criminalización de los sectores más bajos de la cadena del narcotráfico, impactando de modo diferencial en las mujeres pobres. Éstas, en su mayoría son madres de hogares monoparentales, por lo que se les concede la detención domiciliaria, pero se les niegan los permisos para realizar las actividades de cuidado necesarias para su subsistencia y la de sus hijos e hijas. Las respuestas judiciales que se dan a su situación están plagadas de prejuicios machistas y patriarcales y dan lugar a ciertos mitos del texto.

¹ Licenciada en Trabajo social (UNLA); magister en Diseño y gestión de programas y políticas sociales (FLACSO); integrante del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. yaelbarrera@gmail.com

² Licenciada en Psicología (UBA); integrante del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. martyniukleda@gmail.com

³ Licenciada en Trabajo social (UNLA); integrante del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. caritoraggio@gmail.com

⁴ Licenciada en Psicología (UBA); integrante del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. tamyrotundo@yahoo.com.ar

II. Presentación del equipo y contexto del trabajo

Buenos días, es un placer para nosotras participar de esta mesa sobre género y sistema penal ya que es una temática en la cual venimos trabajando desde hace muchos años como parte del Equipo Interdisciplinario de la defensora general de la Ciudad de Buenos Aires. Somos psicólogas y trabajadoras sociales que desde el 2008 venimos acompañando a personas privadas de su libertad detenidas tanto en establecimientos penitenciarios como en arrestos domiciliarios.

En 2019 la Ciudad de Buenos Aires aceptó la competencia de los delitos del mal llamado «narcomenudeo» y tenencia de estupefacientes, aun para consumo personal. Desde entonces, empezamos a conocer la problemática específica de las mujeres madres que acceden a cumplir su pena de prisión bajo la modalidad de arresto domiciliario.

III. Introducción

El paradigma prohibicionista y represivo impulsado por Estados Unidos respecto de la venta de determinadas sustancias fue adoptado en diferentes países de América Latina. De más está decir que, esta situación lejos de «luchar contra el narcotráfico» promueve la criminalización de usuarios, limita la persecución a los eslabones más débiles y, a su vez aumenta la detención de mujeres cis, trans y travestis. En nuestro país, lejos de aportar soluciones al problema del narcotráfico y el consumo problemático de drogas, promueve la criminalización de los eslabones más bajos de la cadena de venta ilegal. Así, contribuye a que la severidad penal recaiga fundamentalmente en consumidores y pequeños traficantes provenientes de los estratos sociales más desaventajados: jóvenes de barrios populares y, en forma cada vez más creciente, mujeres.

El perfil de las mujeres detenidas por delitos relacionados con drogas es similar: viven en la pobreza, ejercen la jefatura afectiva y económica de su hogar (tienen hijos, hijas y demás familiares a su exclusivo cargo), no tienen causas penales previas, fueron (y/o son) víctimas de violencia de género de algún tipo y accedieron de forma limitada o nula a empleos formales y educación. La búsqueda desesperada de modos de supervivencia que sean compatibles con el

sostenimiento de las tareas de cuidado y gestión del hogar, las conduce en muchos casos a traspasar las fronteras de lo legal.

La ley establece que las mujeres embarazadas y madres de niños/as menores de 5 años o personas con discapacidad podrán cumplir la pena de prisión bajo la modalidad de detención domiciliaria. El fundamento de la misma, apoyada en la normativa nacional e internacional, es evitar que los efectos nocivos de la prisión trasciendan a las personas que se encuentran a su cargo, garantizando el interés superior del niño y la niña y de las personas con discapacidad.

Sin embargo, lo que ocurre en la realidad de esas mujeres y sus hijos e hijas es opuesto a lo que ocurriría en caso de cumplirse el objetivo que persigue la ley. En la gran mayoría de los casos, la manera en que se implementa la prisión domiciliaria refuerza y acrecienta las situaciones de vulnerabilidad en las que ya vivían, distanciándose del objetivo inicial.

El desajuste entre el objetivo de la norma y su impacto en las personas a las que va dirigida se debe, en parte, a que la mayoría de las respuestas judiciales en torno al tema están condicionadas por los estereotipos de género patriarcales, opresivos y discriminatorios que rigen en nuestra sociedad. Éstos son la base de ciertos mitos y prejuicios que giran en torno de las mujeres en prisión domiciliaria y que, en tanto son quienes cumplen el rol de cuidadoras, repercuten en las personas que tienen a su cargo y, por consiguiente, perjudican a la comunidad en su conjunto.

IV. Los mitos

Resumimos estos mitos y prejuicios en tres enunciados a fin de analizarlos y cuestionarlos y poder así repensar y reflexionar sobre nuestras prácticas:

a. «La prisión domiciliaria es un beneficio que se les da a las mujeres»

Este enunciado se apoya en la confusión entre derecho y beneficio (sabemos que uno se desprende de las normas y reglas establecidas en la ley y el otro abarca las ventajas que se obtienen de una situación).

La prisión domiciliaria es un derecho que otorga la ley a las mujeres (aunque no solo a ellas) en determinadas situaciones (si cursan un embarazo o si tienen a su cargo niños/as menores de 5 años o personas con discapacidad) como alternativa a la prisión. Se funda en que la cárcel no es un lugar adecuado para una mujer gestante, en el reconocimiento del papel fundamental que ocupa la madre en la crianza de los hijos (sobre todo cuando es jefa de hogares monoparentales) y en los efectos nocivos que puede tener el encierro en niños menores de 5 años.

Es así que esta posibilidad de cumplir la pena de prisión bajo el modo de arresto domiciliario que otorga la ley no es para las mujeres (no todas las mujeres son madres) sino para aquellas que cumplen el rol de cuidadoras, y en tanto se considere que lo cumplen.

Por un lado, se les reconoce un derecho (maternar en un contexto distinto a la cárcel) y por el otro se refuerza el estereotipo de la mujer/madre.

b. «Siempre hay algún familiar que se puede hacer cargo de lxs hijxs»

En algunos casos, se niega a las mujeres-madres la posibilidad de la prisión domiciliaria porque se considera que otro familiar o allegado puede realizar las tareas de cuidado y gestión del hogar. En otros casos, y ante la falta de un referente, se les concede la detención domiciliaria, pero se les niega cualquier permiso de salida.

En ambos casos, dichas tareas recaen casi invariablemente en otras mujeres: las hijas mayores, las madres de las detenidas o sus vecinas. Éstas se comprometen a realizarlas ante los funcionarios judiciales para evitar males mayores (que los menores sean separados de su

hogar) pero, debido su propia situación de vulnerabilidad, lo hacen a costa de sus propios intereses (abandonan o descuidan su trabajo, su salud, estudios, vida social) y se sobrecargan de tareas.

Advertimos que las mujeres y las niñas se encuentran más expuestas al empobrecimiento de su calidad de vida, lo que profundiza la brecha de género y potencia el proceso de feminización de la pobreza.

c. «Está en la casa, no necesita nada más»

Las prácticas judiciales pretenden que en el momento en que se otorgue la prisión domiciliaria a una mujer cuidadora se resuelvan todos sus problemas y los de sus hijos e hijas. El Estado las obliga a permanecer encerradas, pero se desentiende de garantizarles condiciones dignas de detención (alimentación, asistencia médica, educación, trabajo, etc.) encarnando la autogestión de la cárcel, el liberalismo extremo y deshumanizado.

Así, las mujeres acceden a permanecer en su casa durante la detención con el objetivo de que puedan cumplir su rol de cuidadoras y organizadoras del hogar, pero las condiciones en las que viven y la imposibilidad de salir a obtener sustento económico, llevar a sus hijos al médico o al colegio, a comprar medicamentos o buscar ayuda de alguna asociación comunitaria o religiosa, convierten a la prisión domiciliaria en una verdadera trampa.

V. Para concluir

- Advertimos, en consonancia con lo que plantea Guereño (2015) que «hay un plus de sufrimiento», un plus de castigo para las mujeres detenidas;
- Proponemos que se deje de hablar de «narco» para referirse a estos casos;
- Sostenemos que deben evaluarse las condiciones en que se otorga la prisión domiciliaria a las mujeres madres, considerando las posibilidades reales (objetivas y subjetivas) para que puedan sostenerla, sino, como afirma Guereño (2015) y señalamos es una trampa;

- Entendemos que es necesario considerar la situación particular de cada mujer en prisión domiciliaria y poner a disposición los recursos disponibles del Estado para que no se vulneren los derechos básicos como salud, educación, trabajo, entre otros. Acompañarlas, como plantea Ulloa (1995), a partir de la ternura⁵, erradicando cualquier pretensión disciplinadora como las que vemos cotidianamente en las prácticas judiciales crueles y deshumanizadas que imponen objetivos meritocráticos: formarse, hacer cursos o adquirir un oficio. Indagar, por ejemplo, si perciben algún programa social que requiera trámites presenciales, si son parte de alguna organización con anclaje territorial, cuál va a ser su sustento económico, si pagan un alquiler, etc. A su vez, también puede considerarse un rango de movimiento de algunas cuerdas para la pulsera electrónica de modo que puedan circular por el barrio, ya sea para asistir al Centro de Salud, al colegio de sus hijos o al Comedor Comunitario a retirar alimentos, que generalmente se encuentran en el radio de los 500 m a la redonda del domicilio.
- Si se otorga el derecho de la prisión domiciliaria a las mujeres madres para ejercer el rol de cuidadoras, es de esperar que se les permita cumplirlo, para eso hay que tener en cuenta que el rol de cuidadora incluye actividades fuera del hogar (como llevar y traer a los niños y niñas del colegio, llevarlos al médico, ir a hacer compras, etc.). Además, como afirma Timpanaro (2024), hay que considerar que el trabajo doméstico es un trabajo a pesar de que no está contemplado como tal.

⁵ La «ternura» es un concepto que tomamos de Ulloa (1995), que la entiende como una dimensión que refiere a la ética del sujeto, especialmente en contextos de sufrimiento y desamparo. Para el autor la ternura es lo opuesto a la crueldad, implica un acto de cuidado y reconocimiento del otro.

VI. Bibliografía

- Guereño, I. (2015). *La prisión domiciliaria de madres: La trampa del encierro hogareño*. Asociación Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42203-prision-domiciliaria-madres-trampa-del-encierro-hogareno>
- Timpanaro, B. (2024). La protección del trabajo hacia el sector del cuidado comunitario de la economía popular: Los desafíos hacia el derecho. *Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo*. Nueva época, 20, Artículo e049. https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.18414/pr.18414.pdf
- Ulloa, F. (1995). La ternura como denuncia y contraste del horror represivo. En *Novela clínica psicoanalítica: Historial de una práctica*. Paidós.

Obstáculos judiciales a la reparación integral del daño

Solange Alonso Barnetche¹

I. Resumen

El presente artículo tiene como objetivo plantear alternativas a la resolución de conflictos dentro del ámbito penal, mediante herramientas legales que constan de una menor injerencia del poder punitivo en la vida de las personas que atraviesan el proceso penal. En consecuencia, se pretende abordar la reparación integral del daño como aquella medida tendiente, por un lado, a garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas y, por otro lado, como garantía y derecho del imputado de aplicar alternativas a la solución del conflicto penal menos lesiva de los derechos en pugna, desde la normativa vigente, nacional e internacional, y su interpretación jurisprudencial en la provincia de buenos aires.

II. Introducción

En el afán de proveer al proceso penal de alternativas al *ius puniendi* del estado, es que considero de importancia el análisis de la reparación integral del daño como causal de extinción de la acción penal y su implementación en la provincia de buenos aires, mediante el abordaje doctrinario y jurisprudencial sobre la temática, destacando aquellos

¹ Abogada, Universidad Nacional de la Plata (2018); escribana, Universidad Nacional de La Plata (2019); Especialista en Derecho penal, Universidad de Buenos Aires (2025); maestranda en la Universidad de Buenos Aires (en curso); docente de nivel superior en el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires (2021). solalonsob@gmail.com

obstáculos que se imponen en la práctica judicial para la materialización de alternativas dentro de la justicia restaurativa.

Ello, a partir del convencimiento de que se debe actuar con razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a la aplicación del poder penal del estado, siendo siempre de *ultima ratio*, entendiendo que, en muchos casos, la reparación integral del daño resulta ser la manera de hacer más eficiente la conclusión del conflicto. En este andarivel, la reparación integral del daño con la consecuente extinción de la acción penal y, sobreseimiento total y definitivo, puede resultar la solución que mejor se adapte al caso concreto y a las condiciones personales de la persona imputada, lo que se ajusta al espíritu del nuevo paradigma legal propiciado por el legislador nacional, esto es, la justicia restaurativa.

Dable es mencionar que, además, ello surge de las reglas de Brasilia en su sección primera, reglas No. 43 y 45, en tanto exhortan al impulso de la aplicación de medidas alternativas vigentes (acordada 5/2099, corte suprema de justicia de la nación), como así también que se tiene como finalidad la posibilidad de brindar una mejor resolución al conflicto, con un proceso más breve y que implique menos dispendios jurisdiccionales; haciendo lo propio con la ampliación de facultades a las partes, siendo una de ellas la posibilidad de garantizar la reparación integral del daño evitando la respuesta meramente punitiva que, en definitiva, en determinados casos no repara a las víctimas.

Ahora bien. Frente al escenario de cosas planteado corresponde, para una mejor y mayor fundamentación de la solución alternativa al conflicto propuesta en éste artículo, analizar por un lado la operatividad del artículo 59 inciso 6 del código penal y su recepción jurisprudencial tanto a nivel nacional como provincial; haciendo lo propio con las facultades que tienen las víctimas de extinguir la acción penal frente a la satisfacción de su pretensión, con el análisis del acceso a la justicia y a ser oídas como derecho humano. Asimismo, también se analizarán los obstáculos judiciales que surgen al momento de materializar respuestas propias de la justicia restaurativa y el choque que emerge con derechos y garantías constitucionales; para por último realizar una crítica constructiva a aquellos fallos que no han implementado la reparación integral del daño con exceso en la jurisdicción, todo lo cual constituye los siguientes apartados.

Por demás está aclarar que el presente tiene como eje transversal no sólo una perspectiva de derechos humanos que garantice el acceso a la jurisdicción por parte de las víctimas frente a cualquier delito, sino también y, derivada de aquella, la perspectiva de género, toda vez que en casos donde medie un contexto de violencia de género también considero posible la presente alternativa.

Finalmente, espero que el presente reúna contenido jurisprudencial y dogmático que brinde de herramientas no sólo a quienes litigamos la profesión liberal para implementar respuestas no punitivas, sino también a operadores y operadoras judiciales con el objetivo de cambiar prácticas sistemáticas de punición que no son reparatorias de los derechos afectados en algunos casos, es decir, espero que sirva como puntapié para desandar la cultura judicial punitiva.

III. Operatividad de la reparación integral del daño

Respecto a la operatividad del artículo 59 inciso 6 del código penal el mismo establece que la reparación integral del daño lo será «*de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*», recordando siempre que nos abocaremos al ordenamiento procesal de la provincia de buenos aires, sin perjuicio del análisis jurisprudencial que supera dicha jurisdicción a los fines de un mayor enriquecimiento intelectual.

De acuerdo a la normativa de fondo cada provincia debe regular la forma en la cual se va a implementar procesalmente dicha causal extintiva de la acción penal, lo que conlleva a establecer el procedimiento pertinente para su implementación. En nuestra provincia surge la problemática de que luego de la reforma operada por la ley 27.147 del año 2015 al artículo 59 del código penal, el código procesal penal bonaerense no ha sido reformado en sintonía con aquella norma, por lo que únicamente contamos con la norma que regula la procedencia del sobreseimiento, la cual refiere que procederá -entre otros casos- cuando la acción penal se extinga, por lo que debemos remitirnos al código de fondo a los fines de determinar las causas de extinción de la acción penal y, es allí donde la cuestión se vuelve un círculo vicioso porque el código penal nos remite al ordenamiento procesal.

Frente a dicho contexto normativo podrá surgir el interrogante, entonces, de que dicha norma no tiene operatividad en la provincia de buenos aires frente a la ausencia de regulación específica y, es acá donde debemos recordar que aquello que no está prohibido está permitido por mandato constitucional. Entonces la implementación deberá realizarse por vía jurisprudencial lo que sin dudas conlleva a cierta inseguridad jurídica, porque como veremos, no en todas las jurisdicciones se entiende que tiene plena operatividad más allá de la forma en que pueda luego proceder la causal de extinción de la acción penal.

Como bien adelante, soy de la opinión de que la causal extintiva debe tener operatividad, no sólo porque no está prohibida su implementación sino porque proviene de una norma que fija el piso mínimo de los institutos que regula y, en tal sentido, los ordenamientos procesales no pueden desconocer su existencia pues cuando se alega que no tiene operatividad, es decir, que no puede implementarse porque procesalmente no está regulada, se desconoce la propia letra de la ley y ello es contrario al debido proceso legal emanado del artículo 19 de nuestra constitución nacional.

Sin embargo, más allá de la opinión personal que cada litigante pueda tener sobre la cuestión, veamos que ha dicho la jurisprudencia al respecto, lo que sin dudas no sólo nos brindará herramientas para la litigación del caso en concreto, sino también hará que el debate sea más enriquecedor intelectualmente a los fines de que se puedan fijar posturas, las cuales considero siempre deben ser guiadas por las bases constitucionales y convencionales que luego veremos.

En tal punto, la jurisprudencia ha expresado que «la remisión del art. 59 inc.6 del C.P. A las leyes procesales correspondientes, sin ningún otro agregado, y al menos en el estado actual de cosas, me llevan a darle operatividad, en función del art. 323 inc. 1 del C.P.P, desde que atendiendo el acuerdo reparador de las partes, ante la entidad de los hechos investigados, torna operativo tal instituto y que por otra parte no existe normativa que por el contrario prohíba su aplicación en tal sentido y que en definitiva quienes se vieron atravesados por el conflicto han llegado de modo consensuado y pacifico a una solución beneficiosa para ambos, a la vez que debe recordarse que los principios que rigen en la aplicación del derecho penal deben ser los

de mínima intervención y última razón» (juzgado de garantías n°8 de la plata, 2023, p.8)

En igual sentido, los señores jueces de la sala i del tribunal de casación manifestaron que «[i]ngresando ya en el terreno de la resolución en crisis, cabe apreciar inicialmente que es compartida la opinión, en mi parecer de adecuada exégesis, en relación con la posibilidad de aplicación en nuestra jurisdiccional provincial de la regla sustantiva del artículo 59 del digesto de fondo» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023: 4) denotando la operatividad de la causal extintiva a nivel provincial.

Por otro lado, se ha manifestado que «las cuestiones a resolver en el caso se circunscribe en determinar: a) si el instituto de la «reparación integral» previsto en el inc. 6 del art. 59, CP, se encuentra vigente y b) de encontrarse vigente, si la extinción de la acción penal fue resuelta en la oportunidad correspondiente [...] Respecto al primer punto, y tal como se detalló en los precedente «Almada» y «Bustos», con cita del caso «Verde Alva», las previsiones del art. 59 inc. 6, CP respecto al modo de extinción de la acción penal, se encuentran vigentes» (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2019: 3).

Ahora bien. No toda la jurisprudencia ha sido pacífica en tal sentido, puntualmente en lo que respecta a la vigencia o no del nuevo código procesal penal federal, ya que «[a] partir del dictado del DNU varios jueces de la CNCCC entendieron que la postergación en la entrada en vigor del nuevo CPP impedía considerar operativa la nueva causal de extinción. En «Fernández» y «Almada», por ejemplo, dos jueces sostuvieron que el nuevo CPP no estaba vigente y que por ello las reglas del art. 59.6 CP eran de imposible aplicación. Un criterio similar apareció en diversos tribunales orales en lo criminal y correccional. En «Verde Alva», en cambio, otros jueces de la misma CNCCC afirmaron que el art. 59.6 CP sí era operativo, al igual que distintos tribunales orales que también se expidieron a favor de la operatividad» (jurisprudencia de la cámara nacional de casación respecto de la operatividad de la conciliación y la reparación integral, área de asistencia del ministerio público fiscal de la nación ante la CNCCC, 2019: 7).

En tal sentido, en lo que respecta a la jurisprudencia de la cámara nacional de casación en lo criminal y correccional y, en cuanto al criterio de que no se encuentra operativa la norma de fondo, el juez Bruzzzone ha expresado que «la falta de reglamentación procesal a la que hace referencia el art. 59, inciso 6° del código penal [...] Resulta motivo suficiente para rechazar, a la fecha, esta modalidad de extinción de la acción penal [...] Así, entiendo que la operatividad de este instituto (art. 59, inc. 6, CP) se encuentra supeditada a la entrada en vigencia de la ley procesal nacional (ley 27.063), cuya puesta en marcha quedó suspendida con plazo indefinido, a través del decreto No. 257/20152 del poder ejecutivo nacional [...] Entonces, dado que el nuevo código procesal penal de la nación no se encuentra vigente, por consiguiente, la aplicación de las normas penales (art. 59, inc. 6, CP) vinculadas a la ley de forma se tornan, de momento, de imposible aplicación» (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2017: 9-10).

Por otro lado, el juez Rimondi también considera no operativa la norma, sin embargo con criterio diferente al anteriormente expuesto, toda vez que considera que la regulación de las causas sobre extinción de la acción se encuentra dentro de las facultades no delegadas por la provincias al gobierno federal por lo que en definitiva entiende que para su operatividad necesariamente debe ser regulado de forma expresa por la ley procesal (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2019: 2). El juez días también ha tratado la temática desde esta óptica, aunque ha considerado que es materia del congreso nacional, sin perjuicio de lo cual, debe existir una regulación procesal para la operatividad, por lo que, siguiendo dicha lógica, de no estar regulado expresamente en los ordenamientos procesales la causal extintiva no resulta operativa (cámara nacional de casación en lo criminal y correccional de la capital federal, 2017: 8-16).

En definitiva, la cuestión de la operatividad al menos en dicha jurisdicción se ha planteado en base a la vigencia o no del ordenamiento procesal y la regulación específica del instituto en análisis. Sin perjuicio de ello y de los diferentes abordajes, entiendo que la reparación integral del daño al estar regulada como un derecho mínimo desde el código penal debe tener plena operatividad pues de

negarse la misma estaríamos contrariando la voluntad del legislador en la implementación de alternativas al *ius puniendi* del estado.

Aunado a ello, es dable destacar que la reparación integral del daño, como también las demás causas de extinción de la acción penal, deben entenderse dentro de la justicia restaurativa, es decir, como formas diversas de responder frente al conflicto que garanticen una escucha activa y respetuosa de las pretensiones de las partes, lo que además materializa el principio de *ultima ratio* del derecho penal. En esa línea, la corte suprema de justicia de la nación ha señalado que el derecho penal debe ser la última ratio del orden jurídico y el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal (corte suprema de justicia de la nación, 2008: 3-4) en concordancia con el criterio de la corte interamericana de derechos humanos quien sostiene que la tipificación de delitos no debe resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal, siendo que «[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del estado» (corte interamericana de derechos humanos, 2008: 19).

Es por ello que entiendo de plena aplicación y operatividad la causal de extinción de la acción penal por reparación integral del daño, sin limitación alguna a la forma de proceder y el delito imputado, máxime cuando la reparación integral es voluntariamente aceptada por la/s víctima/s, con un monto de reparación razonable y proporcional al daño sufrido.

IV. La/s víctima/s frente a la reparación integral del daño dentro de la justicia restaurativa. Derechos involucrados

Saldada la cuestión de la operatividad de la causal extintiva de la acción penal y previo a ingresar al análisis de los obstáculos judiciales para su materialización en la provincia de buenos aires, es pertinente analizar los derechos de las víctimas frente a la alternativa de la

respuesta punitiva, por cuanto entiendo de fundamental importancia no sólo garantizar el acceso a la jurisdicción sino también el derecho a ser oídas y la autonomía de la voluntad, máxime en casos donde media contexto de violencia de género.

La/s víctima/s pueden decidir arribar a la reparación integral del daño y, por ende, a que se extinga la acción penal por diversos motivos que pueden ir desde motivos estrictamente personales a puramente procesales. Sin embargo, esos motivos, al estar dentro de la esfera privada, poco importan a los fines de la implementación del instituto en trato, sino que lo importante es la voluntad libre e informada de la/s víctima/s para acceder a lo pretendido. Cabe aclarar que la reparación integral del daño puede ser a requerimiento de cualquiera de las partes, pues no necesariamente debe ser a pedido estricto de la persona imputada. Lo importante siempre debe ser que la/s víctima/s den por satisfecha su pretensión mediante la reparación integral del daño. Por ahora nos quedamos con esta primera idea, luego más allá de su importante, veremos si es estrictamente necesaria la voluntad de la víctima en la causal extintiva.

Ahora bien. Supongamos que la reparación integral del daño debe materializarse en un proceso donde el delito imputado cuenta con una víctima o varias, que es de acción pública o privada, y que media consentimiento de todas las partes involucradas, es decir, de la persona imputada, de la persona ofendida y del ministerio público fiscal. Podría pensarse que no sería problemática la aplicación del instituto bajo trato pues no hay voluntades adversas y en definitiva la solución propuesta satisface a todas las partes.

Sin embargo, aquí puede empezar a complejizarse la cuestión cuando al menos es el ministerio público fiscal quien no da su consentimiento o bien, por parte de la jurisdicción, pese a la voluntad de las partes, no otorga lo peticionado. Es en éste primer momento donde cabrá analizar los derechos de las víctimas y las facultades que tengan frente al proceso, específicamente en la provincia de buenos aires, pero entiendo, extensible a las demás jurisdicciones por mandato constitucional.

El acceso a la justicia por parte de las víctimas y, el poder que tienen frente a la solución alternativa al conflicto como es la reparación integral del daño con la consecuente extinción de la acción penal y

sobreseimiento, genera que su voluntad deba ser vinculante para la resolución que se adopte, siendo necesario manifestar que, como el sistema de administración de justicia tiene rutinas, circuitos y trámites que impactan de manera desigual sobre los derechos de quienes reclaman, la voz de las víctimas resulta de total relevancia, todo ello para que las prácticas judiciales dejen de causar tensión en el alcance y la ponderación de los derechos en juego.

La corte interamericana de derechos humanos, ha definido el acceso a la justicia estableciendo que el estado tiene que organizar todo su aparato estatal para asegurar las garantías de debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo (corte interamericana de derechos humanos, 1990: 7). El acceso a la justicia, debe tener como prioridad las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, desde la exigencia de que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de los derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables. Constituye un derecho fundamental de todo ser humano y ha sido consagrado en una diversidad de instrumentos internacionales, por lo que restarle voluntad a las víctimas cuando han adoptado de forma libre y voluntaria, con previo asesoramiento, la salida alternativa, sería contradictorio a la normativa vigente², reduciéndolas a un mero objeto dentro del proceso, sometiendo a éste y desconociendo su calidad de parte e interesada en el proceso; máxime si se tiene en consideración que el desistimiento de la acción particular coloca al proceso en un proceso sin víctimas a futuro, por lo que sí pese a la reparación integral del daño quisiera mantenerse la acusación, lo cierto es que no contará con víctimas que la sostengan, además de ir contra la voluntad de las partes.

De esta manera, el acceso a la justicia conforme la manda constitucional debe ser irrestricto, lo que implica que éste sea sin condicionamientos ni limitaciones. Es por ello que el acceso a la justicia es aquella atribución o derecho de toda persona para recurrir de forma amplia, sin restricciones y libre de discriminación a los tribunales con el objetivo de proteger sus derechos. En este punto «[l]a

² Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 15; Ley 15.232 (PBA); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7, 8 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 9 y 14.

igualdad necesita cambios, no reflexión. Una nueva jurisprudencia, una nueva relación entre la vida y el derecho» (catherine mackinnon, 1989).

Además del acceso a la jurisdicción y de las herramientas que se implementan desde el sistema de administración de justicia para que se garantice de forma irrestricta, debe contemplarse que además se encuentra en juego el derecho a ser oída de las víctimas.

Tanto el acceso a la justicia como el derecho a ser oída de la/s víctima/s debe, además, ser analizado en relación a la autonomía de la voluntad de ésta/s, sobre todo en delitos donde medie contexto de violencia en razón del género. Es decir, mientras que el estado provee de salidas alternativas a la víctima para evitar el sometimiento a un proceso judicial cuando así lo requiera y, además ello implique evitar revictimizaciones, en cada caso particular deberá no sólo asesorarse a la víctima por parte del patrocinio particular que pueda tener o por parte del ministerio público fiscal, sino también por parte del órgano jurisdiccional, y es en dicho asesoramiento y puesta en conocimiento de los derechos que la asisten donde debe evaluarse la autonomía de la voluntad, es decir, que ésta sea libre y sin vicios.

En muchos casos donde media un contexto de violencia en razón del género se tiende a anular la voluntad de la víctima, pues se considera que está inmersa en el círculo de la violencia, con lo cual no quiero decir que ello no exista ni se dé en algunos casos, sino que no en toda la víctima pierde autonomía para decidir sujetarse o no a un proceso penal. Ello se da por diferentes causas, mientras que en algunos casos les basta con ser escuchadas al momento de la denuncia pues nunca nadie las escuchó y este mecanismo opera como reparación, en otros implicará procesos de revictimización que frente a ellos no quiera seguir soportando; o bien porque con el paso del tiempo simplemente no le interese continuar con el proceso, entre otras diversas situaciones. En estos casos, donde la víctima decide libre y voluntariamente aplicar una salida alternativa mediante la reparación integral del daño, el estado no puede impedir dicha posibilidad, de lo contrario vulneraría sus derechos dentro del proceso

y, es aquí donde es importante la argumentación jurídica con perspectiva de género³.

Cuando la voluntad de la víctima de violencia de género no se encuentra condicionada, no existe prohibición legal alguna para obturar la aplicación de la reparación integral del daño, sin embargo, en ésta y en cualquier situación el estado nunca debe presumir la afectación de la voluntad, por el contrario, es el estado quien debe probar fundadamente que existe falta y/o vicio en la voluntad de la víctima y ello debe ser probado en base al principio de la debida diligencia reforzada, lo que se encuentra en cabeza no sólo del ministerio público fiscal sino también del órgano jurisdiccional. La omisión de ello podría acarrear responsabilidad internacional del estado argentino. En consecuencia, cuando se decida no contemplar la voluntad de la víctima y, por ende, no aplicar la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal, se deberá explicitar de forma muy rigurosa las razones por las cuales, considerada la opinión de la víctima, el órgano jurisdiccional decide una solución que se aparta de ésta, porque en definitiva lo que debe justificar es la ausencia de autonomía de la voluntad y no su existencia toda vez que ésta es inherente a la dignidad humana (Llambí, 2023: 108).

Es así que la voluntad de las víctimas debe prevalecer en el acuerdo de reparación integral del daño y por ende, la solución jurídica que debe primar es la extinción de la acción penal y el sobreseimiento total y definitivo de la persona imputada conforme la normativa vigente⁴.

V. Obstáculos judiciales a la reparación integral del daño

Habiendo echado un poco de luz sobre la procedencia de la reparación integral del daño y los derechos de las víctimas, cabe agregar que ésta tiene como causa directa la extinción de la acción penal, ergo, el sobreseimiento de la persona imputada; sin embargo se suscitan algunos problemas en la práctica que se relacionan con

³ María Rita Custet Llambí, *perspectiva de género en la argumentación jurídica* (Editores del Sur, 2023)

⁴ Código penal, art. 59 inc. 6; código procesal penal, arts. 6, 12 y ss., y 77 y ss.; código civil y comercial de la nación, art. 1.737 y ss.

exigencias legales, las cuales considero violatorias del debido proceso legal, el derecho de defensa, el acceso a la justicia y a ser oída de la víctima y de la persona imputada.

Así surgen exigencias en cuanto a la calidad del delito, la pena en expectativa, si el delito es de acción pública o privada, si existe o no consentimiento fiscal, si la persona imputada se encuentra prófuga o privada de su libertad, si media contexto de violencia de género. En fin, los obstáculos pueden ser diversos, ya hemos visto que en algunas jurisdicciones y en base a determinados criterios judiciales siquiera se considera operativa la causal extintiva de la acción penal. Recordemos que en la provincia de buenos aires la reparación integral del daño no se encuentra regulada normativamente, por lo que la manda de fondo no encuentra correlación para su aplicación en la práctica, debiendo constituir entonces su aplicación mediante la jurisprudencia, lo que sin dudas conlleva a soluciones dispares que ponen en jaque la seguridad jurídica.

En este sentido cabe manifestar que «[e]n tanto la promoción de una investigación por la cual el estado ejercita la acción penal no tiene una finalidad moral subyacente, es de toda lógica que aquellas causales que obstan su ejercicio, en los términos del art. 59 del CP, a su vez sean contempladas como una objetiva causal de sobreseimiento, que no exige mayor certeza que la pertinencia del presupuesto extintivo incoado» (Nicolás Schiavo, 2020: 201).

Sin ánimo de agotar todos los obstáculos que pudieran existir, sino por el contrario, que funcione como disparador para pensar y replantear argumentos en pos de materializar la reparación integral del daño, abordaré algunos de ellos a raíz de los obstáculos que surgieron en casos de la jurisdicción del departamento judicial de la plata. Con dicho norte en algunos casos se ha requerido el consentimiento fiscal como requisito indispensable de procedencia cuando el delito es de acción pública, que la persona imputada no se encuentre en estado de profuguez, las características del hecho imputado y el monto reparatorio, entre otros, como por ejemplo en la investigación penal preparatoria No. 06-00-27095-24/01, de trámite ante el juzgado de garantías No. 6 de La Plata y la causa CP-40150-4, sala IV de la cámara de apelación y garantías del mismo departamento judicial.

Así, cabe decir que en lo que respecta al consentimiento fiscal entiendo que no resulta ser una exigencia del legislador, obturando así no sólo el acceso a la justicia por parte de las víctimas sino el debido proceso legal y el derecho de defensa por la arbitraria valoración de la causal extintiva, lo que deriva en que no se realice una aplicación lógica del derecho vigente.

Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho que no se requiere el consentimiento del ministerio público fiscal, pues lo que debe primar es la voluntad de las partes y la aplicación objetiva de la causal extintiva, ello por cuanto no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal la instrumentación de la reparación integral del daño, por lo que mal pueden para su procedencia exigir requisitos no contemplados por el legislador en la normativa de fondo, toda vez que ello no sólo genera disparidad en su implementación y pierde virtualidad, sino que además vulnera el debido proceso legal toda vez que obtura una causal de sobreseimiento que deviene objetiva y que sólo basta para su procedencia la acreditación de la reparación integral del daño.

Así se ha expresado que «no obstante la oposición del fiscal, haré lugar al sobreseimiento propiciado en los términos establecidos por el inciso primero del artículo 323 del cuerpo legal citado [...] Al considerar que la acción penal por el acuerdo de las partes, debe declararse extinguida [...] La denominada ley de víctimas (15232) tuvo como finalidad entre otras permitir que aquellas personas que habían sido ofendidas por un delito sean escuchadas por quienes debemos tomar decisiones en el proceso. Esto es garantizar entre otros el derecho de aquellas a ser oídas, derecho que implica que en aquellos casos que éstas opten por hacer uso del mismo, las decisiones que se adopten consideren sus dichos, aunque no sean vinculantes, pero como sucede en el caso permiten advertir cual resulta su verdadero interés en el proceso, aunque este pueda colisionar con el ministerio público. Por su parte dentro del denominado derecho que tienen estas de acceso a la justicia, se encuentra el de acceder a soluciones alternativas al juicio en sí, que atiendan en la medida de lo posible la reparación del daño sufrido, pero que necesariamente no se relacionen con la imposición de una pena en sí» -el resaltado es propio- (juzgado de garantías No. 8 de la plata, 2023: 5-6).

Véase que de allí también surge, como previamente mencioné, la forma acertada de materializar y garantizar el acceso a la justicia y a ser oída de la víctima, sobre todo cuando a través de la ampliación de sus derechos el Estado ya no es titular del conflicto, sino que la expropiación de la voluntad de la víctima que antiguamente -aunque no tanto- estaba vigente, hoy ya no lo está.

En el mismo precedente citado, y a los fines de materializar la aplicación de alternativas al *ius puniendi* del Estado y hacer posible la *ultima ratio* del derecho penal, el magistrado ha referido que «lo cierto es que en el caso debe primar el enfoque restaurativo, que entre otros objetivos tiene el de restaurar la paz social que pudiera haberse visto afectada a partir de la comisión del delito y atender al verdadero interés de la víctima y la reparación del daño sufrido por parte del ofensor [...] permite una participación activa de la víctima, ofensor y la comunidad y sobre todo que el ofensor repare el daño en lugar de recibir un castigo, facilitando el proceso de construcción de comunidades más pacíficas y evitando el incremento de litigiosidad y judicialización de los conflictos, asegurando con ello el cumplimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso» -el resaltado me pertenece- (juzgado de garantías n°8 de La Plata, 2023: 6-7).

El fallo previamente citado fue apelado por el señor agente fiscal con intervención de la sala IV de la cámara de apelación y garantías de La Plata (causa CP 40.229), quien confirmó la resolución de la instancia y expresaron que «los principios que rigen en la aplicación del derecho penal relativos -en lo medular- a la mínima intervención y «ultima ratio», dan sustento suficiente a la solución adoptada y en atención a que en función de todo ello- cabe dar primacía al mecanismo de reparación y validar su implementación, morigerando de este modo de manera asaz razonable la activación de la espada penal cuando el propio presunto damnificado se ha desinteresado de esa consecuencia con pleno discernimiento, intención y libertad y merced a los mecanismos reparatorios establecidos en una suerte de reasunción y realce del protagonismo de la víctima con atenta escucha de sus pretensiones que no puede menospreciarse so capa de un punitivismo a todo trance, desajustado respecto a las particularidades que presenta el caso (arts. 18, 28 de la C.N., 106 y ccs. del C.P.P.)» (cámara de apelación y garantías de la plata, 2023: 2-3).

Con ello puede observarse que cuando se considera un obstáculo insalvable la falta de anuencia fiscal, lo cierto es que en pos de no vulnerar el principio de igualdad, debe primar la aceptación de la reparación integral del daño cuando la víctima brinde su consentimiento a la causal extintiva, pues de lo contrario no sólo se viola el principio mencionado sino que comenzamos a introducirnos en el terreno de la inseguridad jurídica, pues dependerá de qué órgano jurisdiccional nos toque en cada caso para saber qué solución se adoptará.

En la misma sintonía, el tribunal de casación penal bonaerense ha expresado que «[e]n el precedente de sala tercera C.121.033 (rta. 18/05/2023) adherí al voto que en lo pertinente expresaba «En este punto, debo observar también que si las víctimas deben ser escuchadas, si deben tener garantizado el acceso a la justicia, y conforme la evolución legislativa y jurisprudencial reciente pueden incluso impulsar la acción y sustituir al fiscal en el caso de que éste desista de acusar, es decir, si se les asigna un rol preponderante a la hora de impulsar la acción, petitionar la imposición de pena o revocar un pronunciamiento absolutorio en contra de lo manifestado por el titular de la acción pública, entonces, por una cuestión de estricta justicia (y de lógica intrínseca del discurso), también deberían tener la misma autoridad cuando, a contrario se pronuncian en sentido inverso, petitionando el sobreseimiento en razón de haber sido resarcidas y no tener interés en la persecución penal» [...] [m]enos aún, si la norma en trato prevé, en seis de sus siete incisos, causales extintivas que no dependen de la voluntad fiscal (por ejemplo, la muerte del acusado, la amnistía, la prescripción), y sólo el inciso 5° alude a la aplicación de un criterio de oportunidad, que al encontrarse expresamente legislado en un inciso independiente, no puede ser extendido a la totalidad de los demás supuestos del artículo (de hecho, los criterios para aplicar un principio de oportunidad nada tienen que ver con una causal extintiva de la acción)⁵» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023, p. 4) -los resaltados son propios-.

⁵ Cám. Penal n.º 2 de Catamarca, Sala unipersonal, sentencia n.º 54/23, «C., J. D.» (29 de agosto de 2023, sentencia firme); precedentes concordantes de la misma Sala: sentencias n.º 25/21, 24/22, 54/23, 60/23 y 17/24, entre otras; «Esquivel, Guillermo Eduardo – Hurto y Extorsión en Concurso Real – Homologación de acuerdo conciliatorio – Sobreseimiento», Expte. n.º 5.342, Sala n.º 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Por otro lado, cuando la exigencia para no admitir la reparación integral del daño se centra en el tipo de delito, es decir, en que éste sea de instancia pública y no privada, ergo, dependa del impulso estatal para la persecución penal, también considero que deviene en una exigencia extralegal por cuanto el legislador no ha establecido distinción en cuanto a los delitos, por lo que mal puede limitarse su aplicación, recordemos que todo aquello que no está prohibido, está permitido (tribunal de casación penal bonaerense, 2023, p. 4).

La misma situación se origina con la referencia al estado de profuguez de la persona imputada toda vez que la normativa vigente no establece valladar alguno en relación a la situación procesal de la persona imputada y su temperamento frente al proceso hasta dicho momento, por lo que de ingresar a dicha exigencia nuevamente se efectúa intromisión en facultades legislativas que devienen en exceso del ámbito de competencia de lxs Magistradxs, con exigencias de requisitos legales de forma arbitraria y discrecional.

Pero, además, porque dicho estado de profuguez frente a la reparación integral del daño denota la voluntad de la persona sometida al proceso de reparar las afectaciones causadas en el marco del proceso, poniéndose a disposición de las víctimas. Ante dicha situación no puede fundamentarse que la persona no se encuentra a derecho, pues entiendo que asumir la responsabilidad de reparar el daño causado, lejos de obturar el proceso, busca garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas mediante la justicia restaurativa y, la consecuente reparación integral del daño; por lo que no deviene en un obstáculo a la causal extintiva requerida, pues tampoco ha sido considerado por el legislador ni deviene arbitrario e irrazonable el accionar comprensivo de la persona imputada en relación a las víctimas.

El razonamiento esbozado sin dudas considero que puede ser extensible a otros obstáculos que quisieran imponerse, pues, en definitiva, el fondo de la cuestión se circunscribe a que el legislador no ha impuesto restricciones y por ende debe primar lo más beneficioso a la persona imputada, lo que además implica poder materializar, como he dicho, el principio de *ultima ratio* y mínima intervención del derecho penal.

Señala Nicolás Schiavo que «[e]n tanto la promoción de una investigación por la cual el Estado ejercita la acción penal no tiene una finalidad moral subyacente, es de toda lógica que aquellas causales que obstan su ejercicio, en los términos del art. 59 del CP, a su vez sean contempladas como una objetiva causal de sobreseimiento, que no exige mayor certeza que la pertinencia del presupuesto extintivo incoado», siendo que «el nuevo ordenamiento procesal ha contemplado el presente instituto atendándose a la único efecto y finalidad que le es propio, que no es otro que el de obstruir el ejercicio de la acción penal con efectos jurídicos equivalentes a los de una resolución definitiva desincriminante» (Nicolás Schiavo, 2020: 201-202).

Cuando dicha exigencia se impone, lo cierto es que se actúa en exceso de competencia toda vez que se ingresa a la órbita legislativa colocando un valladar no legislado para la procedencia de la reparación integral del daño y que, habiendo sido concedido en ocasiones sin dicha exigencia, cuando la misma sea requerida vulneraría además el principio de igualdad ante la ley.

No cabe dudas, a mi entender, que si pretendemos que la sociedad sea menos conflictiva necesariamente debemos propiciar alternativas al modelo punitivo del derecho penal implementado de forma sistemática como única respuesta al conflicto social, lo que conlleva a evaluar y aplicar salidas alternativas desde la justicia restaurativa con una escucha activa a las partes del proceso, principalmente a las víctimas, quienes a lo largo de los últimos años y con las últimas reformas legislativas han adquirido en el proceso penal un significativo aumento de derechos que hacen a su autonomía y, sobre todo, les devuelve la confiscación del conflicto que se colocó siempre en manos y poder del Estado.

Es así que siguiendo a Alberto Binder se trata de materializar el proceso compositivo, el cual gira alrededor de la idea de acuerdo y reparación y no de la imposición de la pena. Dice el autor que «[e]l carácter social del conflicto, el concepto realista de víctima y la preocupación constante para que no desaparezcan del caso los protagonistas de carne y hueso, nos llevan siempre a la consideración del tratamiento frente al conflicto como el eje central de la respuesta penal» -el resultado es propio- (Alberto M. Binder, 2018: 353-354).

La confluencia de las reglas de la responsabilidad civil y las nuevas reglas de la justicia penal muestran que el sistema de gestión de conflictos sociales se está orientado hacia una diversificación de respuestas, hacia una flexibilización y a un aumento de lo preventivo, que por ello mismo debe abandonar lo violento en sentido estricto, señala el autor precitado en dicha obra.

Siguiendo dicha lógica, coincido plenamente con Binder cuando, en la misma obra, señala que «[o]ponerse a esta necesidad social y a esta evolución de las instituciones de gestión de conflictos, suele esconder una visión esencialista del poder penal, que lo considera como el único instrumento capaz de garantizar el «orden social» [...] Dotar de las herramientas adecuadas de punición [...] al sistema de reparación civil, así como preparar a toda la justicia penal para una función más útil respecto del conjunto de toda la sociedad, es un paso adelante en la reducción del poder penal, pero llevada delante de un modo concreto, práctico y menos declamativo [...] Nada de lo dicho se encuentra impedido porque existen normas sobre reparación en el Código Penal, que también acoge el principio de reparación» -el resaltado me pertenece- (Alberto M. Binder, 2018: 358).

Por ende, si el propio Código de Fondo no establece requisito alguno ni causa obstructiva en relación al delito, anuencia fiscal, monto reparatorio determinado y estado del proceso, entre otros, no pueden desde la jurisdicción alegar tales impedimentos como valladares irreversibles, pues la normativa vigente no lo prevé, lo que conlleva a una gravedad institucional desmedida por la inseguridad jurídica que causa.

Ha dicho el tribunal de casación que «en una provincia plagada de conflictividad, las herramientas que tanto se han dispuesto desde hace ya varios años a partir del ordenamiento procesal y que ahora unifica y refuerza en su legitimación la legislación nacional, sumado al reaseguro del acceso a la justicia que le compete a las víctimas y al cumplimiento de uno de los objetivos de reparación, no pueden ser desatendidos con posiciones que desconozcan o no se hagan cargo de la finalidad de estos institutos, menos a[ún] cuando se adicionan exigencias por fuera de los presupuestos de ley» (tribunal de casación penal bonaerense, 2023: 6-7).

En relación al consentimiento de la víctima en la reparación integral del daño, cabe aclarar que teórica y conceptualmente no es una exigencia para la procedencia del instituto en trato, como sí lo es en la conciliación, pues en la reparación integral sólo es suficiente con reparar el daño causado objetivamente, lo que debe incluir no sólo la reparación material, sino también moral, etc., conforme la normativa civil. Incluso véase que la reparación integral del daño procede también como causa de extinción de la acción penal en aquellos delitos donde no hay una víctima tangible, como ocurre en los delitos relacionados a la ley de estupefacientes, por ejemplo. Ello ocurre por cuanto la reparación del daño, como dije, es objetiva por ende satisfecha dicha exigencia debe operar la extinción de la acción penal⁶.

VI. Conclusión

Sin ánimo de dar por acabada la temática, pues hay varias aristas que se pueden profundizar, sirviendo el presente como mero disparador para replantear la respuesta judicial frente al conflicto en el sistema de justicia penal, entiendo que las exigencias extralegales que se consideran en algunos casos y, podrían considerarse en otros, al exceder el ámbito de la jurisdicción no sólo entran en conflicto con los derechos y garantías desarrollados a lo largo del presente, sino que tornan abstractas las respuestas alternativas.

Respuestas que se consideran alternativas por cuanto así se han establecido normativamente pero que, conceptualmente, si nos guiamos por el principio de ultima ratio y de mínima intervención del derecho penal, lo cierto es que deberían operar como principales y no como alternativas; en consecuencia, deberían ser las primeras opciones a evaluar para garantizar no sólo respuestas que satisfagan a las partes involucradas, sino que permitan evaluar una mejor y adecuada respuesta estatal al conflicto, toda vez que la idea planteada por Alberto Binder del proceso compositivo, gira en torno a la idea de acuerdo y reparación y no de la imposición de una pena.

⁶ Cám. Penal n.º 2 de Catamarca, Sent. n.º 17/24, «H., C. F.» (14 de junio de 2024, jurisdicción unipersonal); Causa n.º CFP 4723/2021/10, en autos CFP 4723/2021, «Fernández, Alberto y otros s/ violación de medidas – propagación de epidemia (art. 205 C.P.)», Juzg. Fed. Crim. y Corr. n.º 2 de San Isidro, Sec. n.º 4; Causa n.º FCR 6210/2022, Juzg. Fed. de 1.ª Instancia de Río Grande, Sec. Penal n.º 1 (Tierra del Fuego, A.I.A.S.); Causa n.º FGR 2227/2022, «Díaz, Bianca Rosa s/ infracción Ley 23.737», Juzg. Fed. de 1.ª Instancia de General Roca, entre otros.

Es así que la extinción de la acción penal mediante la reparación integral del daño debe proceder, ya que frente a la razonabilidad de la alternativa propuesta no pueden discrecionalmente obturar la implementación por vía jurisprudencial cuando en el sistema normativo el legislador no lo prevé, motivo por el cual insisto en el reclamo e implementación en la práctica litigante y jurisdiccional a los fines de aportar soluciones que contemplen la voluntad de las partes como únicas portadoras del conflicto, de lo contrario no haremos más que contribuir a un sistema de administración de justicia que pareciera contemplar intereses diferentes a los de las partes que devienen ocultos y peligrosos ya que no garantizan el acceso a una justicia irrestricta.

Como he mencionado al inicio, espero que los disparadores del presente sirvan no sólo para descongestionar el sistema de administración de justicia, sino para hacerlo más justo, empático y conciliador de los intereses de las partes.

VII. Bibliografía

Binder, A. M. (2018). *Derecho procesal penal* (Tomo IV). Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. (2019). *Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación respecto de la operatividad de la conciliación y la reparación integral*.

Custet Llambí, M. R. (2023). *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Schiavo, N. (2020). *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo 2). Buenos Aires: Hammurabi.

Si querés, puedo ordenarlas alfabéticamente (como recomienda APA), o dejarlas en el orden de aparición según tu trabajo.

La disponibilidad de la acción penal en casos de violencia institucional

Ana Belén Beyrne¹ y Juliana Weigel²

I. Resumen

El presente artículo tiene como objetivo abordar la procedencia de los institutos contemplados en el art. 30 del código procesal penal federal, que permiten al ministerio público fiscal la disposición de la acción penal, en los casos de violencia institucional; y a partir de allí plantearnos una serie de interrogantes. Al respecto, la norma de mención establece dos vallas principales. Por un lado, el carácter de funcionario público de las personas imputadas en tanto se les atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo; y por otro lado, la incompatibilidad, a partir de los supuestos investigados, con las previsiones de instrumentos internacionales. En concreto, con los estándares vigentes en materia de prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. A partir de este marco, pretendemos analizar en clave crítica, si, más allá de los límites indicados, y teniendo en cuenta el deber de investigar y sancionar, pero también de reparar a las víctimas de estos hechos, existe la posibilidad de aplicar en ciertos casos soluciones conciliatorias.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Rosario). Doctoranda en Derecho (UNLZ). Funcionaria del Ministerio Público Fiscal. Ex abogada de la Asociación Miguel Brú. bbeyrne@yahoo.com.ar

² Abogada (UBA). Docente en la UBA y la UNS. Magíster en Derecho internacional de los derechos humanos (UBA). Maestranda en Derecho procesal penal (UNPAZ). Funcionaria del Ministerio Público Fiscal. juliweigel@hotmail.com

II. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo abordar los institutos contemplados en el art. 30 del código procesal penal federal que, en el nuevo proceso acusatorio, permiten al ministerio público fiscal de la nación, la disposición de la acción penal; y en particular, su procedencia en los casos de violencia institucional.

Para ello, se describirá en primer término, el universo de casos caracterizados como tales, de acuerdo al recorte metodológico que explicaremos a continuación, y sus particularidades en torno a la investigación.

Luego, continuaremos con la descripción de la normativa procesal vigente en el ámbito federal sobre las posibilidades de disponibilidad de la acción penal; con particular énfasis en las vallas para su aplicación en este grupo particular de casos.

En un siguiente apartado, nos referiremos a la especificidad de las víctimas de este tipo de hechos, y la importancia de su palabra bajo el paradigma de la justicia restaurativa.

Analizaremos también un precedente jurisprudencial donde se ha aplicado el instituto de la suspensión del proceso a prueba en un caso de violencia institucional, y éste será el disparador para analizar, finalmente, la posibilidad de armonizar el deber de investigar y sancionar estas conductas por parte del Estado con el deber de reparación a las víctimas.

Se intentará abordar de esta forma la tensión que se presenta entre el bloque de normatividad y la justicia de la solución en el caso concreto, con miras a contribuir a la reflexión crítica para una mejor y más eficiente administración del sistema de justicia.

III. Los casos de violencia institucional

Comenzaremos por delimitar el universo sobre el cual analizaremos la posibilidad de aplicar o no las reglas de disposición de la acción penal en el nuevo proceso acusatorio federal, que es, como adelantamos, el de los casos de violencia institucional.

En primer lugar, cabe aclarar que, en razón de ello, haremos referencia únicamente a aquellas causas que tramitan ante el fuero federal, y en las que el objeto de investigación son las conductas ilegítimas de los agentes de seguridad del estado nacional.

Esta ilegitimidad implica un abuso de la fuerza: partimos de conductas reprochables porque están fuera de los límites del monopolio legítimo de la fuerza que corresponde al estado, y que le permite ejercer la función de seguridad.

De esta forma, podemos definir a la violencia estatal a los fines de este trabajo como el fenómeno criminal consistente en la afectación de los derechos humanos de los habitantes -sea por acción u omisión-, llevada a cabo por parte de los agentes de seguridad estatales, en el ejercicio de sus funciones o, fuera de éstas, mediante la utilización de técnicas que corresponden a su función y del armamento u otros bienes provistos por el Estado, en virtud del estado policial que portan de acuerdo con la mayoría de las normas que las constituyen y estructuran.

Es decir, vamos a utilizar aquí un concepto restrictivo de violencia institucional, sin dejar de mencionar que se trata de un concepto ampliamente debatido en cuanto a su mayor o menor amplitud, debate que excede el objeto específico de este trabajo.

Es así que, en esta elección, estamos excluyendo de nuestro abordaje aquellos casos de violencia estatal donde la afectación del bien jurídico es primordialmente de carácter económico, para poder problematizar la cuestión respecto de las afectaciones a los bienes jurídicos que reciben la mayor protección en nuestra normativa penal.

Para ello, vamos a echar mano de lo dispuesto oportunamente por la resolución PGN No. 455/13³, en la que se hace referencia a los

³ Resolución PGN No. 455/2013, del 13 de marzo de 2013, considerando 4. La norma creó, en el ámbito del ministerio público fiscal de la nación, la procuraduría de violencia institucional.

casos de torturas, tratos inhumanos y degradantes, prácticas atentatorias de la libertad y otras violaciones a los derechos humanos que en ejercicio de sus funciones consumen agentes estatales, principalmente pertenecientes a las fuerzas de seguridad y penitenciarias mediante el ejercicio abusivo e ilegal del poder punitivo.

Dicho esto, corresponde esbozar a continuación, algunas características de este fenómeno criminal.

La primera, es el contraste entre las disposiciones del Código Penal que prevé fuertes sanciones para esas conductas -en el título de los delitos contra la libertad fundamentalmente- y la impunidad de los autores de esos actos.

Así, señala la resolución PGN No. 455/13 mencionada previamente que

[...] de acuerdo con un relevo del Ministerio de Seguridad de la Nación realizado durante los meses de julio de 2012 y enero de 2013, se registraron 36 causas judiciales correspondientes a hechos de violencia institucional en los que se encuentra involucrado personal de las fuerzas de seguridad y cuerpos policiales ocurridos en 2011, 2012 y 2013. En esas 36 causas aparecen identificados 52 presuntos responsables, aunque respecto del 46 % no se dispuso imputación, sólo se le formuló imputación al 21 %, se sobreseyó o dictó falta de mérito al 25 %, en tanto que se procesó al 4%, y a otro 4% no se llegó a determinar su identidad en sede judicial, pese a que sí lo hizo el Ministerio de Seguridad. Del total de 52 involucrados, no hay ningún condenado. Sólo en dos casos se ordenó prisión preventiva para el personal de la fuerzas involucrado, aunque uno de ellos fue finalmente excarcelado. Sobre el resto de los imputados no se dispuso ninguna medida restrictiva de la libertad [...]⁴.

A pesar de que la producción de información sobre el fenómeno no ha sido continua e integral, podemos decir que esta situación se mantiene relativamente estable en los años siguientes.

Una segunda nota que caracteriza el fenómeno -conforme la resolución indicada-, es que las víctimas, en su gran mayoría, son personas que se encuentran alejadas de los elementos de poder y en situaciones de especial vulnerabilidad. Ello, como consecuencia de

Posteriormente, la ley 27.148 (ley orgánica del ministerio público fiscal) incorporó dicha Procuraduría entre sus órganos permanentes (véase cap. 5, art. 22, inc. g).

⁴ Resolución PGN No. 455/2013, del 13 de marzo de 2013, considerando 4.

factores de diversa entidad tales como la condición socioeconómica, el encierro, las afecciones en la salud mental, la edad, el género, la identidad sexual, la migración irregular, entre otros. Se destaca también que estas personas frecuentemente son estigmatizadas en razón del paradigma punitivo dominante y cuentan con escasas posibilidades de acceso a la justicia⁵.

Finalmente, una tercera nota característica que se deriva de la anterior y que trae como consecuencia la impunidad señalada en primer término, tiene que ver con la asimetría de poder entre las partes en el proceso (víctima y victimario). Ello determina que muchas conductas no lleguen a denunciarse en tanto otras, no obstante ser denunciadas, nunca llegan a culminar en una condena.

Al respecto, la resolución a la que venimos haciendo referencia señala que los autores de estos delitos, funcionarios públicos, no suelen encuadrar en los estereotipos sociales de «delincuentes», justamente por ser aquellos encargados de la prevención del delito y de velar por la seguridad de los habitantes. Incluso, en ocasiones, los autores de los hechos son los mismos funcionarios que determinan la orientación de las investigaciones por resolución de operadores judiciales que permiten tal accionar en desmedro de toda posibilidad de tramitación regular del proceso penal.

Esto va de la mano con una particularidad de estos delitos que repercute en la actividad judicial, y que es la vigencia de un fuerte compromiso corporativo en los agentes de las instituciones desde las que se cometen los hechos, que, en el caso de las fuerzas de seguridad y penitenciarias, cuentan con una manifiesta capacidad de intimidación y poder de fuego. Así, son prácticas relacionadas con estos hechos las conductas contra la administración de justicia, tales como la afectación de elementos de prueba, alteración de registros, el direccionamiento de pericias, el fraguado de causas, la capacidad de intimidación e incluso de atentar contra testigos de hechos que se encuentren en instancia de investigación o juzgamiento.

Ello tiene como consecuencia la especial complejidad que revisten estas investigaciones, a raíz de que, en la mayoría de los casos, debe desandarse la versión dada como «oficial» por las fuerzas implicadas, para poder llegar a la verdad de lo acontecido. Esto conlleva una

⁵ Resolución PGN No. 455/2013, del 13 de marzo de 2013, considerando 5.

esmerada tarea para poder recepcionar debidamente la palabra de las víctimas, fortalecer su posición, brindarles contención o resguardo; hallar testigos, y eventualmente ofrecer adecuada protección a éstos; sortear la dificultad para conseguir imágenes (fotos o videos); interpretar los informes brindados por los organismos oficiales de seguridad (cuya consecución suele resultar un camino arduo); así como obtener la legislación interna que regula las prácticas de cada fuerza de seguridad; todas estas cuestiones son señaladas aquí de forma ejemplificativa para poder dar cuenta de una consecuencia inexorable que caracteriza a gran parte de estas investigaciones, y que es su prolongada duración en el tiempo.

IV. Reglas de disponibilidad de la acción penal. Improcedencia de su aplicación en los casos de violencia institucional

El código procesal penal federal, que regula el proceso acusatorio para todos aquellos casos sometidos a la jurisdicción federal⁶, establece en la sección 2da. Las «reglas de disponibilidad» de la acción.

Así, el artículo 30 prescribe que el representante del ministerio público fiscal puede disponer de la acción penal pública en los casos allí enumerados, a saber: en función de criterios de oportunidad; en casos de conversión de la acción; de conciliación o de suspensión del proceso a prueba.

Y a continuación, en el último párrafo del art. Mencionado, se establecen los límites a tal disposición. En concreto, la norma indica que no es posible prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado es funcionario público y se le atribuye un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo. Tampoco es posible esta disposición cuando se trata de un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Finalmente, se establece que el representante de la acusación pública no puede disponer de la acción en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos

⁶ Ley 27.063 y modificatorias.

internacionales, leyes o instrucciones generales del ministerio público fiscal fundadas en criterios de política criminal.

Ahora bien, lo dispuesto en este último párrafo, interpretado en su literalidad, importa una valla para la disponibilidad de la acción en los delitos constitutivos de violencia institucional, conforme fueran descriptos en el acápite anterior.

En primer lugar, porque el sujeto activo de estos delitos es necesariamente un funcionario público o agente estatal, al cual se atribuye un delito cometido -por acción u omisión- en el ejercicio o en razón de su cargo.

Para definir el concepto de funcionario público, por la especificidad de la materia, nos remitimos para integrar la norma al concepto brindado por el art. 77 del código penal. Este artículo indica que por los términos «funcionario público» y «empleado público», se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En efecto, son funcionarios y/o empleados públicos quienes, con distintos rangos y funciones, forman parte de las fuerzas federales de seguridad -es decir, de la policía federal argentina, de la gendarmería nacional argentina, de la policía de seguridad aeroportuaria y de la prefectura naval argentina-, ya que revistan en la función pública nombrados por la autoridad competente, y son dependientes del ministerio de seguridad de la nación. También a cargo de esta cartera se encuentran actualmente quienes cumplen funciones en el servicio penitenciario federal.

Por fuera de ella, con funciones de defensa nacional, y dependientes del ministerio de defensa, se encuentran los agentes de las tres fuerzas militares, esto es, el ejército, la armada y la fuerza aérea argentina.

Por lo tanto, esta condición de funcionario público, que cometiera el delito en el ejercicio o en razón de su cargo, es el primer impedimento para que, en los casos de violencia institucional, el fiscal no pueda prescindir del ejercicio de la acción.

En este sentido, la sala IV de la cámara federal de casación penal, se ha pronunciado en contra de que proceda la conciliación cuando los imputados sean funcionarios públicos y así ha manifestado que

[...] [u]n estudio sistemático y razonable de la normativa vigente autoriza a descartar la procedencia de la conciliación o reparación como modo de exención de la acción penal respecto de los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública, y más aún cuando son cometidos por los funcionarios públicos. Diferenciación que tiene un claro sustento objetivo, en el tipo de bien jurídico lesionado y en la función pública que cumplen los funcionarios, de conformidad con los principios y objetivos que emanan de la normativa de rango constitucional [...]. Los delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales exceden el daño a una víctima concreta que pueda ver satisfechas sus pretensiones a través de una conciliación o reparación económica [...]⁷.

Esto, que dicho así resulta más claro en aquellos delitos en los que el bien jurídico es propiamente la administración pública - concretamente los receptados en el título XI del código penal-, presenta aristas propias en los hechos de violencia institucional, los que, en su gran mayoría, se encuentran receptados en el título V del libro segundo de dicho código, como delitos que afectan el bien jurídico libertad individual.

Debemos señalar que, en estos casos, se verifica una pluri afectación a bienes jurídicos. Si bien los mismos tienen una o más víctimas, en tanto personas concretas que son lesionadas en su libertad, en su integridad física o psíquica, en su dignidad personal, y en los casos extremos, en su vida; de modo tangencial también afectan o corrompen el buen funcionamiento del estado, por el comportamiento anómalo de sus agentes.

En efecto, estos agentes estatales ejercen prácticas violatorias de los derechos humanos fundamentales, que perjudican la vigencia plena del estado democrático de derecho, y que, aparte de generar responsabilidad estatal en el ámbito interno, pueden acarrear eventualmente responsabilidad al estado en el plano internacional.

En segundo lugar, en la parte final del último párrafo del artículo 30 del código procesal federal, tenemos la siguiente valla para que el

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, R., *Silvana Andrea y otra s/ recurso de casación*, FSM 171732/2018/PL1/4/CFC1, Reg. 1570/23, resuelta el 3 de noviembre de 2023.

fiscal pueda disponer de la acción, en los delitos que venimos analizando, ya que como se mencionó, se establece su improcedencia «en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del ministerio público fiscal fundadas en criterios de política criminal»⁸.

Aquí, en lo atinente a las previsiones de instrumentos internacionales, debemos tener presente que el derecho internacional de los derechos humanos impone al Estado argentino intervenir con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones, así como asegurar a todas las personas recursos judiciales sencillos y eficaces ante denuncias de violaciones a sus derechos y de garantizar una tutela efectiva.

Esta imposición, se desprende en concreto de la interpretación jurisprudencial de los arts. 8.1 -derecho a las garantías judiciales- y 25 -derecho a la protección judicial- de la convención americana sobre derechos humanos, conocida como pacto de San José de Costa Rica⁹. Esta convención, al igual que el resto de los tratados y convenciones internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 de la constitución nacional, tienen jerarquía constitucional, en razón de lo cual, deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

La misma condición reviste la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁰, que establece que la obligación, para los estados parte, de tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean eficaces, para impedir los actos de tortura en todo territorio bajo su jurisdicción (cfr. art. 2.1). Además, se dispone la obligación de castigar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (cfr. art. 4.2) y de velar por que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura (cfr. art. 12).

⁸ Artículo 30 del código procesal penal federal, según ley 27.063 y sus modificatorias.

⁹ Convención incorporada a la legislación argentina mediante ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984.

¹⁰ Convención incorporada a la legislación argentina mediante ley 23.338, sancionada el 30 de julio de 1986.

Este marco normativo internacional se completa finalmente, con la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas¹¹ que goza de jerarquía supralegal (cfr. art. 75 inc. 24 de la constitución nacional). la misma establece el compromiso de los estados parte, de no practicar, permitir ni tolerar la desaparición forzada de personas; así como de sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores de este delito y de tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole que sean necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en relación a esa convención (cfr. art. 1).

Esta obligación estatal de investigar de oficio, y con la debida diligencia toda conducta violatoria de los derechos humanos a efectos de lograr su sanción, alcanza principalmente al órgano fiscal; más aún, a partir de la vigencia del proceso acusatorio a nivel federal.

Como consecuencia de ello, la posibilidad para el fiscal de disponer de la acción en este tipo de delitos, aparece *a priori* como incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, y con la jurisprudencia desarrollada a partir de los mismos.

En ese sentido, la corte interamericana de derechos humanos ha señalado la importancia y la necesidad de la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos como forma de restablecer el orden jurídico internacional quebrantado por dichas conductas y a modo de reafirmar la vigencia del derecho.

Así, en el caso «Bulacio vs. Argentina», dicho Tribunal hizo referencia a lo señalado en diversas ocasiones, en el sentido de que

[e]l Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad ¹².

¹¹ Convención incorporada a la legislación argentina mediante ley 24.556, sancionada el 13 de septiembre de 1995.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, párr. 110. Véanse también los precedentes citados por la Corte: *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 184; *Caso del Caracazo* (Reparaciones), párr. 115; *Caso Las Palmeras* (Reparaciones), párr. 66; *Caso Trujillo Oroza*

A continuación, la corte detalló los alcances de la obligación de investigar, señalando que debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa:

[l]a investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación «[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad¹³.

A su vez, la obligación de actuar en la reafirmación de la vigencia del derecho es impuesta al ministerio público fiscal en su propia ley orgánica, la ley 27.148, que establece para ese organismo la misión general de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Se establece en especial, la misión de velar por la efectiva vigencia de la constitución nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el estado sea parte, así como de procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes (cfr. art. 1).

En la misma línea, la ley establece como uno de sus principios funcionales el respeto por los derechos humanos. En particular, desarrollando su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la constitución nacional, los tratados y convenciones internacionales, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia (cfr. art. 9, inc. c).

Más aún, esta obligación se refuerza si se tiene presente lo destacado previamente, en cuanto a que, tanto las conductas constitutivas de violencia institucional, así como la negligencia en su investigación y sanción, pueden comprometer la responsabilidad del estado argentino frente al orden jurídico supranacional, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de esos hechos.

(Reparaciones), párr. 99; *Caso Bámaca Velásquez* (Reparaciones), párr. 76–77; y *Caso Cantoral Benavides* (Reparaciones), párr. 69–70.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, párr. 112. Con cita de los precedentes: *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 144; *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 212; y *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros)*, párr. 226.

Teniendo en miras esta obligación, es que la procuración general de la nación ha procedido a crear, a su turno, la procuraduría de violencia institucional (PROCUVIN), a la que se hizo referencia previamente, para contribuir a la investigación de estos hechos y a evitar su impunidad.

Ello se ha complementado con las diferentes instrucciones y/o resoluciones que se fueron dictando, a través del tiempo, por los distintos procuradores generales, en el sentido de reafirmar ese compromiso¹⁴.

Es así que, de la normativa emanada del propio ministerio público fiscal de la nación, no puede concluirse otra cosa que la ineludible intención de perseguir penalmente y sancionar las conductas constitutivas de violencia institucional, lo que se opone a toda posibilidad de disponer de la acción en estos casos, de conformidad con lo prescripto por el art. 30 del código procesal penal federal.

Desde el punto de vista filosófico, podemos pensar que ello tiene una razón última en el hecho de que siendo el estado quien detenta el monopolio legítimo de la violencia, sólo con fundamento en resguardar la paz social, puede ese estado permitir el ejercicio de la

¹⁴ Instrucción general dirigida a los/as fiscales de Cámara para que encomienden a los/as magistrados/as de primera instancia agotar los esfuerzos probatorios en causas sobre apremios ilegales, torturas y privaciones ilegítimas de la libertad (Resolución PGN No. 36/91); Instrucción general dirigida a los/as fiscales con competencia penal con el objeto de que ajusten su actuación al Protocolo para la investigación de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Resolución PGN No. 3/11); Instrucción general dirigida a los/as fiscales con competencia penal para que dispongan o soliciten el apartamiento de una fuerza de seguridad de investigaciones en las que no pueda descartarse la responsabilidad de alguno de sus miembros en el delito investigado (Resolución PGN No. 10/11); Instrucción general dirigida a los/as fiscales con competencia penal para que ajusten su desempeño a las Reglas mínimas de actuación en investigaciones de lesiones y homicidios cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad (Resolución PGN No. 4/12); Instrucción general dirigida a los/as fiscales con competencia penal para que resguarden los derechos humanos de las personas detenidas con enfermedades terminales; y recomendación para que adopten determinados criterios médicos para cumplir con la instrucción (Resolución PGN No. 18/97); Instrucción general dirigida a los/as fiscales con competencia penal, en particular fiscales de instrucción, para que controlen las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad (Resolución PGN No. 54/98); Instrucción general dirigida a los/as fiscales de primera instancia con competencia penal para que se presenten periódicamente en las comisarías de la jurisdicción en la que intervengan (Resoluciones PGN N° 28/99 y 34/99); Instrucción general dirigida a todos/as los/as fiscales para que tengan en cuenta las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Resolución PGN N° 58/09) y Recomendaciones destinadas a los/as fiscales con competencia penal con el objeto de hacer cesar las condiciones de detención que generan enfermedades en las personas privadas de su libertad (Resolución PGN No. 166/05).

violencia por parte de sus fuerzas de seguridad, en tanto tenga como fin restablecer el orden o esa paz quebrantada por un hecho ilícito. Sin embargo, no podría tolerar jamás que esa violencia fuera ejercida más allá de las pautas o parámetros de legitimidad, de necesidad -esto es, sólo en la medida en que resultara absolutamente necesaria-, y de excepcionalidad -sólo como último recurso-. A contrario sensu, cuando esa fuerza o violencia fuera ilegítima, ya sea por incumplimiento de las normas vigentes o por exceso de los parámetros de la permisión, deberá ser investigada y sancionada, sin que se vislumbre como posible alcanzar una solución conciliatoria o de dispensa de la acción hacia el imputado, por parte del fiscal.

No podría ser de otra manera, ya que de lo contrario corre riesgo de dañarse la vigencia de la legalidad que el Ministerio Público debe resguardar, y reparar si ha sido vulnerada. Y esto es así porque las conductas constitutivas de violencia institucional vulneran bienes fundamentales, inherentes al ser humano, los cuales debemos proteger más allá de su forma de consagración expresa en el texto legal, como son la vida y la integridad física, la libertad y la dignidad.

Estos bienes entran en el concepto de los llamados bienes indisponibles, y esa naturaleza se transmite a la acción que se sigue a partir de su violación, de forma tal que no puede haber una posibilidad de elección al momento de decidir perseguir o dejar de perseguir aquellas conductas. En términos de Alexy, «hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema»¹⁵. Es con ese norte que no resulta viable que el Ministerio Público Fiscal pueda disponer si investiga o no dichas conductas: todas deberían ser investigadas.

En este punto, no obstante, cabe mencionar que la resolución PGN No. 92/23, dictada por la Procuración General de la Nación, en fecha 7 de diciembre de 2023, no establece expresamente la oponibilidad a estos acuerdos en los casos de violencia institucional. Dicha resolución se orienta a instruir a las y los fiscales para que adecuen su intervención en el trámite de los acuerdos conciliatorios a las pautas expuestas en el considerando IV de la misma.

¹⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, p. 253. Con cita de: Alexy, Robert, Una defensa de la fórmula de Radbruch, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 5, 2001, p. 91.

En efecto, establece como primera pauta la intervención necesaria del ministerio público fiscal en el acuerdo conciliatorio, en el entendimiento que su falta afecta la función constitucional de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en los términos del art. 120 de la constitución nacional, como así también, veda la posibilidad de concretar el principio contradictorio que es una de las bases sobre las que se estructura el sistema procesal acusatorio, consagrada a su vez en el art. 2 del código procesal penal federal.

Pero lo más interesante en lo que respecta a la temática del presente trabajo, es la pauta dada en el apartado 2), respecto a la regulación de los supuestos para la aplicación de la conciliación.

Sobre ello, concluye que las y los fiscales, al momento de expedirse sobre la posibilidad de disponer de la acción, deben oponerse a cualquier acuerdo que desconozca los mandatos normativos y reglamentarios derivados de las obligaciones que la República Argentina ha asumido y que fueron reseñados precedentemente.

Ahora bien, la resolución comentada se refiere concretamente a ciertos supuestos: al mandato de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres¹⁶; los criterios de política criminal dirigidos a reforzar la debida diligencia respecto de los delitos cometidos por funcionarios públicos; y finalmente, los motivados en razones discriminatorias¹⁷.

Esto hace que nos preguntemos si, al no haberse vedado expresamente la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes

¹⁶ Aquí destaca lo dispuesto en la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7.b), y las leyes nacionales No. 26485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres) y No. 24417 (de violencia familiar).

¹⁷ Debiendo tenerse presente lo dispuesto por la declaración universal de los derechos humanos (artículo 2), la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (artículo 2), la convención americana sobre derechos humanos (artículos 1, 13.5 y 24), el pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículos 2.1, 3, 20.2, 24.1 y 26), el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2.2 y 3), la convención sobre los derechos del niño (artículo 2), la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12), la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 2 y ss.), la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 2 y ss.) y la convención interamericana sobre protección de derechos humanos de las personas mayores (artículo 2 y ss.); en tanto, en el derecho interno, deben contemplarse las disposiciones previstas en la ley No. 23592 sobre actos discriminatorios.

en todos los casos de violencia institucional, se abre para las y los fiscales una vía para poder disponer de la acción en estos supuestos, en base a las particularidades que presentan estos casos, algunas señaladas precedentemente y otras respecto de las cuales nos explayaremos a continuación.

IV. La palabra de la víctima de un hecho de violencia institucional

Como mencionáramos previamente, una de las dificultades probatorias que presentan los casos de violencia institucional, tiene que ver con contar con el testimonio de la víctima en condiciones de confidencialidad y seguridad, y no incurrir en prácticas revictimizantes para la persona.

Una de las particularidades de estos casos, es la situación de vulnerabilidad en la que muchas veces éstas se encuentran las víctimas, tanto a nivel individual como aquéllas generadas por el contexto político, social, económico e institucional -ya que a veces se encuentran en situación de detención-, que impactan en una mayor exposición a situaciones de abuso de poder, y también en dificultades para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia¹⁸.

Sobre ello, no hay que olvidar que muchas veces revisten el doble carácter de víctimas-imputados, lo que instala un manto de descreimiento sobre sus dichos.

Es por eso que

la problemática de la violencia institucional presenta importantes niveles de sub denuncia fundados en los riesgos de revictimización, malos tratos en sede judicial, revictimización reiterada, naturalización de los hechos de violencia, asimetría con la autoridad perpetradora, falta de información y dificultades de acceso a la justicia, así como por el propio sesgo de los operadores de justicia, entre otras cuestiones¹⁹.

¹⁸ PROCUVIN y DOVIC, *El testimonio por hechos de violencia institucional. Guía práctica para integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación*, p. 13. Véanse, en ese sentido, los lineamientos establecidos en *Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*.

¹⁹ PROCUVIN y DOVIC, *El testimonio por hechos de violencia institucional. Guía práctica para integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación*, p. 13.

Este debe ser un aspecto a tener en cuenta no sólo a los fines probatorios, sino en términos más generales, y en lo que aquí nos interesa destacar, a fin de procurar una respuesta adecuada por parte del sistema penal. Es preciso considerar que las prácticas de violencia institucional recaen con mayor frecuencia sobre poblaciones que habitan contextos desfavorecidos, que sufrieron violencia de parte de agentes estatales que deberían protegerlos, y desde ese marco, generar las condiciones para garantizar que no sólo su relato de lo ocurrido²⁰, sino sus necesidades y expectativas hacia el sistema de justicia puedan expresarse.

Ahora bien, el marco normativo vigente busca fortalecer el rol de las víctimas en el proceso penal²¹. Este ofrece pautas de actuación que deben concretarse en cada caso en particular, haciendo efectivos los derechos que las asisten a fin de garantizar una tutela judicial efectiva²². En relación a la actuación del Ministerio Público Fiscal, uno de los principios funcionales establecidos por su ley orgánica, indica que deberá dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto²³.

En esa línea, el cambio de paradigma ínsito en los institutos de justicia restaurativa como aquéllos previstos en la normativa procesal penal federal para la resolución de conflictos, pone a las víctimas en el centro de la escena²⁴, en tanto se trata de «un proceso de colaboración que involucra a las «partes interesadas primarias» es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito»²⁵.

²⁰ Con la consecuente dificultad de tener que recordar y poner en palabras un evento traumático para ella (cfr. PROCUVIN y DOVIC, *El testimonio por hechos de violencia institucional* [...], p. 14).

²¹ Así, la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (No. 27.372) concede especial atención a «reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de las violaciones a derechos humanos» (art. 3, inc. a) proponiendo que la actuación de las autoridades responda a los principios de rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (art. 4). Por su parte, el art. 80 del CPPF enumera los derechos fundamentales con los que cuentan las víctimas, definidas en el art. 79.

²² Art. 12 del CPPF; arts. 8.1 y 25 de la CADH; art. 8 y 10 de la DUDH; art. 2.3.a y 14.1 del PIDCP.

²³ Art. 9 inc. f) de la ley 27.148.

²⁴ Carballo, E. y Garrido, M.; *La conciliación y la reparación integral del perjuicio en casos en que se ven afectados bienes jurídicos supraindividuales*, pp. 99-100.

²⁵ Watchel, T. y McCold, P.; *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*; p. 1.

Es importante tener en cuenta que la intervención de las personas directamente afectadas tiene un sentido muy profundo para ellas, en tanto

[t]odas las partes interesadas primarias necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño. Las víctimas se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito. Necesitan recuperar un sentido de dominio personal. Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes²⁶.

En relación a la aplicación de estos institutos, la jurisprudencia ha fijado criterios interesantes de cara a habilitar su procedencia a fin de procurar la gestión del conflicto y la solución más acorde con los intereses de las víctimas. En ese sentido, se ha señalado que estas medidas no deben limitarse a determinada clase de delitos de escasa lesión de bienes jurídicos, sino que el concepto a seguir es que el «caso sea mediable». Al respecto, se dijo que todos los casos podían ser trabajados y que ello dependía de las partes implicadas, del rol del tercero imparcial que intervenga y de si es posible arribar en ese caso en particular a una solución alternativa.

Asimismo, se indicó que

el art. 22 del CPPF, dirigido a jueces y representantes del Ministerio Público no establece limitación alguna, salvo que se trate de un hecho punible, expresando que ante un caso penal debe darse preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social²⁷.

En el caso citado se destacó además la necesidad de una prevención oportuna para evitar que el conflicto social adquiriera mayores dimensiones y evitar que la pena pueda, no sólo no beneficiar a la víctima, sino perjudicarla.

Particularmente, en relación a un punto crítico del tema que nos ocupa, como es la afectación no sólo de bienes individuales sino a la vez de bienes colectivos, cuya defensa estaría representada por el

²⁶ Wachtel, T., & McCold, P., En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa, p. 2.

²⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Secretaría Penal N.º 2, causa N.º 1449/2020, *Policía Federal Argentina*, resuelta el 30 de octubre de 2020.

ministerio público fiscal²⁸, también se ha abierto la posibilidad a soluciones conciliatorias cuando se trata de estos últimos.

Así, en un caso de violación a la ley 23.737, materia en relación a la cual se ha considerado que existe un interés social²⁹, se ha dicho que la nueva perspectiva en materia de resolución de conflictos,

insta a analizar los delitos en tanto conflictos sociales, que requieren de abordajes complejos por tratarse de fenómenos multicausales, así como a ser abiertos a la búsqueda de soluciones que no se limiten a la aplicación de una sanción, sino antes bien a alternativas que procuren una restauración del orden social convulsionado por la transgresión de la norma³⁰.

En dicho precedente, se sostuvo también que

[e]l derecho penal, en tanto herramienta represiva, debe representar la última ratio dentro de un sistema democrático, esto quiere decir, que debe conferirse primacía a otros instrumentos con mayor aptitud para gestionar el conflicto social, máxime cuando nos encontramos ante delitos que, pese a contar con una escala penal relativamente baja, resultan de especial interés para el conjunto de la sociedad en tiempos como los que atravesamos³¹.

Es decir que, de acuerdo a este argumento, la levedad del daño se conjuga con el interés social, que no sólo se proyecta al bien jurídico afectado, sino al modo en que se da respuesta a esa afectación.

Al respecto, se ha sostenido, con base en el art. 43 de la CN, de acuerdo al cual puede extraerse que los procesos de victimización no son sólo individuales sino sociales, que «cuando la sociedad se ve afectada en su conjunto, debe ser considerada como una víctima merecedora de los beneficios que conceden los métodos alternativos al proceso penal [...]»³². En el caso comentado en los párrafos

²⁸ Cfr. art. 120 de la Constitución Nacional y art. 2 de la Ley 27.148. Carballo, E., & Garrido, M., «La conciliación y la reparación integral del perjuicio en casos en que se ven afectados bienes jurídicos supraindividuales», p. 106.

²⁹ Carballo, E., & Garrido, M., «La conciliación y la reparación integral del perjuicio en casos en que se ven afectados bienes jurídicos supraindividuales», pp. 106–107.

³⁰ Juzgado Federal de Río Grande, Secretaría Penal N.º 1, causa No. 6210/2022, *Molina*, resuelta el 16 de febrero de 2023. En el mismo sentido, véase la resolución de la Secretaría Penal N.º 2 del mismo Juzgado, causa No. 7563/2021, *Mencia*, del 29 de marzo de 2023.

³¹ Juzgado Federal de Río Grande, Secretaría Penal N.º 1, causa No. 6210/2022, *Molina*, resuelta el 16 de febrero de 2023.

³² Carballo, E., & Garrido, M., «La conciliación y la reparación integral del perjuicio en casos en que se ven afectados bienes jurídicos supraindividuales», p. 105.

anteriores, se consideró justamente que, en razón de que el sujeto pasivo era la sociedad en su conjunto, la propuesta de los imputados de realizar una donación a una organización destinada a la asistencia sanitaria resultaba pertinente como alternativa destinada a la reparación del perjuicio causado.

En ese sentido, es importante lograr la compatibilización y armonización de los intereses en juego³³ del modo que resulte más acorde para las partes involucradas, no sólo en términos de investigación y sanción sino también en clave de reparación. Desde este punto de vista, dar prevalencia al interés general -y también al particular- por sobre la pretensión punitiva no implica una falta de respuesta del Estado sino una respuesta alternativa, tendiente a la reparación del daño social³⁴.

IV. Análisis del caso «A. y otros s/ apremios ilegales a detenidos. Dte. Z. J. R.».

En este punto, nos interesa comentar brevemente un caso del que tomamos conocimiento en el marco de nuestro trabajo en causas de violencia institucional, que nos resulta provechoso como disparador para habilitar la posibilidad de pensar en otras salidas alternativas a la imposición de una pena, teniendo en cuenta, por un lado, los límites establecidos por las normas, pero también las cuestiones que comentamos anteriormente. En concreto, respecto de las particularidades de los casos de violencia institucional y la necesidad de dar voz a sus víctimas, como así también pensar en soluciones que puedan efectivamente reparar de manera integral no sólo el daño particular sino también el daño social.

El caso en cuestión se vincula con un hecho de apremios ilegales sufridos por una persona detenida en la unidad penitenciaria nro. 7 de Chaco en el año 2013, por el que se encontraban procesados siete funcionarios penitenciarios. No se cuenta con mayores detalles del hecho, pero sabemos que, al momento de discutirse la disponibilidad de la acción, habían pasado ya nueve años de su ocurrencia.

³³ Binder, A., *Derecho procesal penal*, t. IV, p. 283.

³⁴ Juzgado Federal de Río Grande, Secretaría Penal N.º 2, causa No 7563/2021, *Mencía*, resuelta el 29 de marzo de 2023.

Los imputados, junto con el denunciante-víctima, postularon al Tribunal un acuerdo conciliatorio a los fines de su homologación consistente en el ofrecimiento de la suma de \$ 1.500.000 para la víctima y su familia³⁵. Al corrersele vista, el representante del ministerio público fiscal postuló el rechazo del acuerdo por entender que no correspondía dada la prohibición expresa contenida en el art. 30 del CPPF en relación a los funcionarios públicos que sean imputados por delitos funcionales, casos en los que no puede prescindirse de la acción penal, ni total ni parcialmente. A continuación, solicitó se reconvenga el acuerdo en la figura de la suspensión de juicio a prueba en conformidad a lo estipulado por el art. 35 del CPPF³⁶, el cual no establece expresamente la prohibición del art. 76 bis del CPPN, en cuanto a la posibilidad de que un funcionario público pueda acogerse a una suspensión del proceso a prueba. Fundamentó su postura en los arts. 22 y 31 del CPPF, el principio de oportunidad y la garantía de plazo razonable para ser juzgado del imputado.

Frente a dicho panorama, las defensas aceptaron reconvenir el acuerdo en la figura de la suspensión del proceso a prueba, ratificaron la reparación del daño oportunamente ofrecida, prestando a ello su acuerdo la víctima. En consecuencia, el Tribunal resolvió suspender el proceso a prueba por dos años, y además de la suma indicada en carácter de reparación del daño, impuso a los imputados una serie de pautas de conducta³⁷, consistentes en fijar domicilio; no cometer nuevos delitos y no tener contacto con la víctima. Respecto de este último punto, se requirió a las autoridades del Servicio Penitenciario Federal que tomaran los recaudos necesarios y las anotaciones que correspondieran a fin de evitar que los agentes- imputados cumplieran funciones en la dependencia donde se encontrara alojada la víctima, que para ese entonces permanecía detenida.

Para así decidir, el Juez consideró que en relación al tiempo transcurrido - circunstancia a la que hicimos mención en este trabajo

³⁵ Fundan su petición en la resolución 2/2019 de la comisión bilateral de monitoreo e implementación del código procesal penal federal, el art. 59, inc. 6, del cpn, y los arts. 34 y 22 del CPPF.

³⁶ No fue motivo de discusión la aplicabilidad de dicho artículo, cuya vigencia aún no había sido dispuesta.

³⁷ Cabe destacar que en el marco de la audiencia las defensas habían solicitado la exoneración de las reglas de conducta.

como una de las características que presentan las investigaciones por hechos de violencia institucional-, se trataba de un caso ocurrido en el año 2013, donde existían siete personas sometidas a proceso desde entonces, conectados a un sistema de procedimiento que aún no había podido resolver su situación, circunstancia que no podía ser endilgada a los encausados. Es así que, en términos de plazo razonable, y oportunidad, teniendo en cuenta la aquiescencia del Fiscal, estimó que, en el caso concreto, se reunían los presupuestos necesarios establecidos por los arts. 22, 31 y 35 del CPPF, y consideró viable conceder a los imputados la suspensión del proceso a prueba, estimando relevante a esos fines el consentimiento expreso prestado por la víctima.

Como primera observación a la resolución del caso, se advierte que no se hizo mención alguna a las limitaciones que comentamos en el punto 3. del presente trabajo, en cuanto a la incompatibilidad de la solución escogida con las previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.

En términos prácticos, creemos que la resolución ofreció en el caso una salida razonable a un proceso por demás extenso -de nueve años-, en el que -por lo que pudimos conocer-, la víctima no estaba dispuesta a prestar declaración nuevamente y había manifestado su acuerdo con el ofrecimiento de los imputados. De ese modo, pareciera que se logró gestionar el conflicto -objeto del nuevo proceso acusatorio-, y dar respuesta al interés particular de la persona directamente afectada por el hecho, a la que no necesariamente hubiera beneficiado la aplicación de una pena para los agentes involucrados.

Ahora bien, en el caso, es preciso considerar que, si bien no contamos con información detallada al respecto, habría habido una afectación leve al bien jurídico. En este punto, entendemos que resulta necesario establecer un límite en relación a casos en los que la afectación al bien jurídico reviste una gravedad tal que no admitiría, en modo alguno, su disponibilidad, debiendo evaluarse la situación en cada caso.

Por otra parte, en cuanto al interés público en juego, en relación al tipo de hecho imputado, creemos que tal vez podría haberse aprovechado la imposición de las pautas de conducta -entre ellas, la

acertada de resguardar a la víctima evitando el contacto con los imputados- para imponer reglas que pudieran reparar esta afectación general y tuvieran algún fin público más definido.

Creemos que la implementación de medidas de no repetición, podrían llegar a ser de gran utilidad, desde lo práctico y lo simbólico, para posibilitar la utilización de estos acuerdos como forma de gestionar los conflictos, sin desatender a la importancia de los bienes afectados. Al respecto, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se ha establecido que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Entre las medidas a adoptar, deben llevarse a cabo aquellas que tiendan a garantizar la no repetición de dichas violaciones.

En términos del Juez de la Corte Interamericana, Antônio A. Cançado Trindade,

[l]a reparatio no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió; mediante la reparatio se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la reparatio se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, - un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los hechos lesivos³⁸.

En efecto, estas medidas son de gran importancia en tanto la prevención de futuras violaciones a los derechos humanos contribuye al refuerzo del estado de derecho y al mantenimiento de la paz; y, además, parten de reconocer que tales hechos se inscriben en prácticas sistemáticas de violencia estatal y en formas de hacer rutinizadas al interior de los cuerpos de seguridad.

En ese sentido, y sin pretensión de ser taxativas al respecto, se puede considerar medidas tales como la de evitar el contacto con la víctima -impuesta por el fallo en análisis-, o de modo más general, la prohibición de afectar al imputado a tareas vinculadas a custodia de

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 37.

detenidos, asignándole tareas netamente administrativas e incluso la posibilidad de una auto inhabilitación para ejercer tareas de custodia en la esfera pública; la realización de cursos y/o talleres vinculados a la temática; la sugerencia para los órganos administrativos de seguridad de la adecuación y/o creación de protocolos de actuación; destinar una reparación económica a organizaciones que trabajen en la promoción y protección de derechos humanos, y otras que puedan contribuir a los fines preventivos general y/o especial; entre otras.

Es necesario destacar la importancia de que esas medidas no respondan a un catálogo cerrado, y que a ese respecto pueda regir cierta amplitud para diseñar e implementar otras que pudieran atender las problemáticas expuestas a partir de cada caso en particular.

V. Reflexiones finales

Como cierre de este trabajo, queremos remarcar que su propósito ha sido problematizar la viabilidad de los institutos que permiten la disponibilidad de la acción penal, propuestos en el nuevo sistema procesal acusatorio en los casos de violencia institucional, sin pretensión de llegar a conclusiones cerradas, sino antes bien con el objetivo de abrir interrogantes, y poner de manifiesto los matices que presenta la práctica ante los límites en apariencia cerrados de la regulación normativa. Es por ello que hemos echado mano de un caso particular.

Al respecto, es claro que a esta altura las decisiones judiciales no pueden verse como derivaciones de la mera aplicación del derecho, sino que evidencian las cuestiones de la contingencia y las decisiones políticas sobre las implicancias concretas de definir el alcance de las reglas escritas³⁹.

Nos ha interesado también, primordialmente, poner de manifiesto la importancia de dar lugar a la palabra de las víctimas, y en especial en estos hechos de violencia institucional, atendiendo a las particularidades que ellas presentan. Creemos que el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de investigación y sanción, que han recorrido un arduo camino hasta merecer su consagración jurisprudencial y legal, no puede realizarse a costa de ella, y olvidando

³⁹ Martín, A., *El lado de los nudos: punitivismo, burocracias y conciliación penal*, p. 211.

la necesidad de lograr una efectiva reparación de quienes sufrieron en su integridad psico-física y en su dignidad la violencia del propio estado.

Otro de los aspectos que resulta necesario subrayar es que, durante el desarrollo del presente trabajo, cuando hemos considerado la posibilidad de la implementación de soluciones alternativas, siempre a partir de la escucha a la opinión de la víctima, no hemos pensado en que estas soluciones sean de aplicación para todos los casos, sino que consideramos su posible procedencia en supuestos de afectación leve al bien jurídico de que se trate.

Por supuesto que, como dijimos, ésta será una cuestión a valorar en cada caso en particular, a lo que se suma la valoración de las dificultades probatorias que caracterizan a este universo de causas, a las que hiciéramos referencia previamente, y que a su vez impactan en la posibilidad de que el proceso pueda avanzar con éxito hacia una sentencia, y sin un costo demasiado alto para las víctimas.

Al respecto, coincidimos en que resulta propicio que respecto de los conflictos que podrían considerarse de baja intensidad social o de baja conflictividad, «se generen espacios institucionales distintos a los judiciales penales donde las personas involucradas puedan hablar y reflexionar, con la meta institucional de reforzar lazos sociales para gestionar los conflictos, sin que ello implique arrojarlos a espacios de desprotección estatal»⁴⁰.

En definitiva, estas líneas fueron orientadas por el afán de contribuir con un espacio de discusión que, al tiempo que aporte a construir conocimiento, en su aplicación pragmática redunde en repartos más justos para los usuarios del sistema de justicia.

⁴⁰ Martín, A.; *El lado de los nudos: punitivismo, burocracias y conciliación penal*, p. 331.

VI. Bibliografía

- Binder, A. (2018). *Derecho procesal penal. Tomo IV: Teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*. Editorial Ad Hoc.
- Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Secretaría Penal N.º 2. (2020). *Policía Federal Argentina*, causa No. 1449/2020, res. 30 de octubre de 2020.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. (2023). *R., Silvana Andrea y otra s/ recurso de casación*, causa FSM N.º 171732/2018/PL1/4/CFC1, Reg. 1570/23, res. 3 de noviembre de 2023.
- Carballo, E., & Garrido, M. F. (2024). La conciliación y la reparación integral del perjuicio en casos en que se ven afectados bienes jurídicos supraindividuales. En A. Toledo, A. Alliaud, & D. Sosa Dopazo (Dir.), *La víctima en el proceso penal* (pp. 83–110). Editorial Hammurabi.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso Bulacio vs. Argentina* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_es_p.pdf
- Juzgado Federal de Río Grande, Secretaría Penal N.º 1. (2023). *Molina*, causa N.º 6210/2022, res. 16 de febrero de 2023.
- Juzgado Federal de Río Grande, Secretaría Penal N.º 2. (2023). *Mencía*, causa N.º 7563/2021, res. 29 de marzo de 2023.
- Martín, A. N. (2021). *El lado de los nudos: punitivismo, burocracias y conciliación penal* (1.ª ed.). EdUNPAZ. <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/72>
- Procuración General de la Nación. (2013). *Resolución 455/2013* (13 de marzo de 2013). <https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2013/pgn-0455-2013-001.pdf>

- Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) & Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC). (2020). *El testimonio por hechos de violencia institucional. Guía práctica para integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación*. Ministerio Público Fiscal de la Nación. <https://www.mpf.gob.ar/dovic/guia/>
- Tribunal Oral Federal de Resistencia. (2022). *Aquino, Eduardo Omar y otros s/ apremios ilegales a detenidos*, causa FRE N.º 16000044/2013/TO1, res. 4 de agosto de 2022.
- Vigo, R. L. (2018). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (3.ª ed.). Editorial Abeledo-Perrot.
- Wachtel, T., & McCold, P. (2013). En busca de un paradigma: Una teoría sobre justicia restaurativa. *Eforum*, 12 de agosto

Sistema contravencional y relocalización del conflicto

Una lectura crítica desde los márgenes del derecho penal

Lucas Crisafulli¹

I. Resumen

El artículo analiza la crisis de legitimidad del sistema judicial en argentina y la creciente ineficacia del sistema penal para gestionar la conflictividad social. Frente al colapso de la justicia penal - caracterizado por bajas tasas de resolución, burocratización y una percepción pública de impunidad- se propone revalorizar el sistema contravencional como un espacio estratégico para la gestión de conflictos de baja intensidad. Desde el paradigma del conflicto, que entiende la conflictividad como inherente a la vida social, se sostiene que la intervención estatal debe priorizar soluciones ágiles, proporcionales y restaurativas, antes que respuestas punitivas. El trabajo reconstruye la historia del derecho contravencional, marcada por prácticas policiales arbitrarias, y destaca las reformas recientes que fortalecieron garantías y trasladaron el juzgamiento a autoridades judiciales. Asimismo, plantea que el sistema contravencional puede relocalizar ciertos conflictos penales y comunitarios, ofreciendo mecanismos como la mediación, los acuerdos reparatorios y medidas socioeducativas. Finalmente, se argumenta que consolidar este

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente del seminario *Introducción a los Derechos Humanos* en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Programa de Violencia Institucional del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED). Profesor de posgrado en diversas universidades argentinas. Responsable de la sección «Seguridad democrática y derecho contravencional» de la *Revista Pensamiento Penal*. Integrante de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos. lucascrisafulli01@gmail.com

enfoque exige formación específica, articulación interinstitucional y una política pública orientada a la prevención y a la recomposición del lazo social.

II. Introducción

La crisis de legitimidad de los poderes judiciales en América Latina no es un fenómeno reciente. Un dato significativo en este sentido es que, en aquellos países que atravesaron dictaduras militares, los poderes judiciales continuaron funcionando casi sin interrupciones, a diferencia de los poderes ejecutivos, que fueron intervenidos, y de los poderes legislativos, que directamente fueron disueltos. Salvo algunas honrosas excepciones de magistrados que renunciaron o fueron apartados, la vida judicial transcurrió con aparente normalidad, incluso cuando se habían suspendido las constituciones políticas y las garantías constitucionales.

Lejos de haberse revertido con la recuperación democrática, esta crisis se profundizó con casos de corrupción judicial, cortes supremas cooptadas por operadores políticos que garantizaron impunidad a sectores poderosos, y procedimientos escritos, secretos, plagados de rituales arcaicos y de un lenguaje inaccesible para la ciudadanía. Estos factores han contribuido a consolidar una percepción negativa sobre el funcionamiento del sistema judicial en amplios sectores sociales.

Según una investigación de la universidad católica argentina, para el año 2017 solo el 25,6 % de los argentinos confiaba en el poder ejecutivo. Esta cifra descendía al 16,3 % en relación con el poder legislativo. Lo más alarmante es que el poder judicial era la institución con menor nivel de confianza: apenas el 11,7 % de la ciudadanía manifestó confiar en ella (Gutiérrez Guerra, et al., 2018).

Las causas de esta desconfianza son múltiples y complejas. Sin embargo, resulta necesario abordarlas si se pretende revertir la pérdida de legitimidad de una institución concebida, en el marco del Estado republicano, como la encargada de gestionar las controversias sociales. No es un dato menor que, en materia penal, la autotutela esté prohibida desde los orígenes del Estado de derecho. Por tanto, la justicia penal tiene la responsabilidad indelegable de intervenir en los conflictos violentos.

En este sentido, una de las problemáticas más significativas es el desborde del sistema penal, que impacta directamente en la percepción ciudadana. La criminalización primaria, expresada en la constante expansión de la normativa penal (inflación penal), no considera las consecuencias prácticas de ese crecimiento sobre la demanda judicial. Al mismo tiempo, como resultado de las políticas neoliberales de retiro del Estado de la esfera social, se ha producido una escalada de la desigualdad, lo que ha incrementado la cantidad de conflictos que ingresan al sistema penal. Este se ve obligado a intervenir en un número creciente de casos, sin contar con los recursos ni herramientas adecuados para gestionarlos de manera eficaz, lo que genera una extendida sensación de impunidad.

La cultura del expediente, la burocratización de los procesos y la inercia institucional agravan aún más este escenario. Según un informe del INECIP (2021), la eficacia de los ministerios públicos fiscales en Argentina presenta cifras preocupantes. Más allá de las críticas al concepto de «eficacia» —y de los riesgos de reducir la justicia penal a una lógica de producción de sentencias—, resulta alarmante la escasa proporción de casos que efectivamente se resuelven. Neuquén, la provincia con mejores indicadores, alcanzó una tasa de finalización del 19,99 %. En Chaco, esa cifra fue del 1,16 %, y en el fuero federal, apenas del 0,36 %. Es decir, de cada mil casos que ingresan a la justicia penal federal, solo 36 llegan a una resolución.

Estos datos invitan a reflexionar sobre la necesidad de encontrar formas más eficaces de gestionar los conflictos penales, sin que ello implique incrementar la población detenida en cárceles y comisarías, que ya enfrentan graves problemas de hacinamiento y vulneración sistemática de derechos.

El presente artículo se propone analizar el sistema contravencional como un espacio posible para la relocalización de ciertos conflictos penales, con el objetivo de gestionarlos de manera más sencilla, ágil y acorde a su complejidad. Este enfoque apunta a incorporar en el tratamiento judicial los conflictos subyacentes, ofreciendo respuestas concretas para las víctimas y garantizando, al mismo tiempo, los derechos de las personas imputadas. Para ello, se explorarán mecanismos alternativos menos punitivos y más restaurativos, que permitan mejorar la eficacia institucional sin reforzar la lógica del castigo.

III. El paradigma de gestión de la conflictividad

Un paradigma es un conjunto de teorías que proporciona un modelo común para el análisis y la resolución de problemas, facilitando el avance del conocimiento. Dentro de un paradigma, diversos autores comparten o adhieren firmemente a ciertos supuestos básicos, creencias y valores.

Los paradigmas no se presentan en la realidad de forma pura; son, ante todo, modelos explicativos que ayudan a comprender determinadas áreas del conocimiento y a orientar la intervención en ellas.

El paradigma que antecede y se contrapone al del conflicto es el paradigma del orden. Este paradigma centra su atención e intervención en el llamado conflicto secundario: aquel que se genera entre el Estado y la persona que ha infringido la ley. Su foco está puesto en la infracción o desobediencia que «altera el orden» normativo establecido por el Estado. En consecuencia, lo central es sancionar a quien ha violado la norma, con el objetivo de restaurar el orden social.

Desde esta lógica, el conflicto entre las partes queda invisibilizado, ya que el Estado le expropia el conflicto a la víctima, quien pasa a desempeñar, dentro del engranaje penal, un rol meramente testimonial. Este paradigma no se interesa por las relaciones sociales previas o subyacentes al conflicto penal, aun cuando esas relaciones podrían ser reconstruidas o incluso prevenidas si se interviniera con antelación.

Además, el conflicto es concebido necesariamente como algo negativo. Sin embargo, la dinámica social es, en esencia, conflictiva, y muchos de los grandes avances de la humanidad han surgido precisamente a partir de procesos conflictivos.

En contraste, el paradigma del conflicto parte de la premisa de que la vida en sociedad está atravesada por tensiones y disputas constantes. Asume que la conflictividad es inherente a lo social y plantea como desafío principal el desarrollo permanente de formas de gestión para esos conflictos. Como plantea Binder (2015), este paradigma no parte de una visión simplificada del orden, sino que reconoce que las sociedades no se estructuran en la paz sino en el

conflicto, y que, por tanto, la conflictividad no es un problema que debe ser eliminado, sino un dato constitutivo de lo social que debe ser gestionado.

La gestión de la conflictividad es, desde esta perspectiva, una política pública transversal, amplia y dinámica. Dentro de ese marco, la política penal -orientada a la sanción- debe ocupar un lugar subsidiario: una última línea de intervención.

El supuesto fundamental del paradigma de la conflictividad es que la sociedad no se presenta como un sistema estable y ordenado, sino como un proceso complejo y cambiante, atravesado por disputas entre individuos y grupos que actúan en función de sus propios intereses.

Hace veinte o treinta años, el paradigma del conflicto era considerado una perspectiva periférica o disidente dentro del pensamiento penal argentino. Sin embargo, esa situación ha comenzado a cambiar. Cada vez con mayor frecuencia, pueden leerse normativas y sentencias que mencionan la gestión del conflicto como eje de intervención.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido:

[...] advertimos que el nuevo Código de Convivencia Ciudadana ha logrado salvaguardar la garantía del debido proceso legal. Y esto es así toda vez que, por su carácter arbitral (art. 134 del CCC), el rol de juzgamiento a cargo de la figura de ayudante fiscal se orienta a hacer prevalecer aquellos institutos que tiendan a la resolución del conflicto antes que a la sanción para el autor (TSJ. En Pleno. LUNA, Sentencia 401, 03/10/2023).

Incluso, este enfoque ha tenido impacto legislativo: en 2019, la legislatura de Córdoba reformó la ley orgánica del ministerio público fiscal e incorporó la gestión de la conflictividad como principio de actuación (artículo 3 de la Ley 7826).

En este nuevo marco, ha cambiado el punto de partida: ya no se parte de la idea de que la sociedad es un orden que debe preservarse, sino del reconocimiento de que en el tejido social subyace la conflictividad. Lo habitual en la vida social no es el orden, sino el conflicto. Y a medida que la sociedad se transforma, también lo hacen los tipos de conflictos que deben gestionarse.

La conflictividad social muta, se diversifica y se expande al ritmo de los cambios sociales, exigiendo respuestas igualmente dinámicas y complejas.

IV. El sistema contravencional

El derecho contravencional quedó al margen de las grandes reformas penales de la ilustración. No abundan cátedras de derecho contravencional en las facultades de derecho, esta materia tampoco cuenta con tratados específicos y, en la criminología, el poder punitivo contravencional ocupa un lugar marginal. No es fácil encontrar algún seminario sobre la temática. Con honrosas excepciones, tampoco es un tema particular que se aborde en los posgrados de derecho penal, procesal penal o criminología. La jurisprudencia es escasa y la bibliografía en general es limitada.

La historia del derecho contravencional es una historia de la ignominia. La principal manera de persecución de la población transvesti se llevó a cabo utilizando los edictos o códigos de faltas que sancionaban con arresto «vestirse del sexo contrario». Las normas contravencionales también fueron utilizadas para la persecución de la pobreza y la disidencia política. Así, todas las detenciones que sufrió la leyenda del rock Tanguito y que terminaron en su internación prolongada por padecimientos de salud mental tuvieron origen en edictos policiales. Leyes de vagos y maleantes, de malentendidos, bandos y edictos policiales, códigos de faltas, de convivencia, contravencionales y toda una serie de normativa cuyo análisis el saber jurídico obvió y con ello, empoderó aún más las (malas) prácticas policiales. El derecho no pudo, no quiso o no supo abordar el derecho contravencional.

Por la incansable perseverancia de algunos, entre los que habría que nombrar a Mario Alberto Juliano y todo un colectivo de protesta a lo ancho y largo del país que inauguró *La Marcha de la Gorra*, el derecho contravencional comenzó a perder opacidad. Con algunas bochornosas excepciones provincianas, se modificaron la mayoría de los códigos contravencionales para poner al frente de su investigación y juzgamiento a funcionarios judiciales, se aseguró el derecho de defensa y se modificaron las penas para hacerlas más benignas. Todas estas nuevas reformas en el sistema contravencional nos

hicieron creer que era posible un nuevo paradigma de aplicación en la que se utilice el derecho contravencional para gestionar conflictos.

En cuanto a las reformas en materia contravencional podemos reconocer históricamente cuatro generaciones de legislaciones.

La primera generación de contravenciones fueron aquellas legisladas a través de bandos del poder ejecutivo o de edictos redactados por los jefes policiales y luego ratificados por decreto del poder ejecutivo. Generalmente perseguían formas de ser antes que actos y fueron muy utilizados hacia el final de la conquista española y bastante avanzada la consolidación del Estado Nación hacia finales del siglo XIX y principios del XX. Se reconoce al Bando de Andonaegui de diciembre de 1745 como uno de los primeros bandos que establecía un plazo de quince días para que todos los indígenas y negros de la ciudad y campaña consiguieran un trabajo, caso contrario serían castigados con una pena de 100 azotes o presidio durante dos años en Montevideo (Crisafulli, 2021). También fueron conocidos los bandos que obligaban a los gauchos a portar la famosa papeleta de conchabo, que probaba la relación laboral que tenía el peón con una estancia. Esta legislación autorizaba a la policía a solicitar la papeleta, y si el gaucho no la tenía era pasible de ser encarcelado o enrolado en el ejército. Es importante recordar que gran cantidad de los soldados argentinos que pelearon en la infame guerra contra el Paraguay eran contraventores. A los gauchos se los acusaba de matrero y malentretenido si no aceptaban las condiciones laborales que imponía la oligarquía local. En la práctica, lo que producía este tipo de normativa era disminuir el precio de la mano de obra pues los gauchos terminaban aceptando las pésimas condiciones laborales en las estancias antes que terminar preso o en el ejército.

Esta legislación otorgaba a la policía la facultad de arrestar, de legislar, y de juzgar, lo que podríamos denominar una monarquía policial en la que una única institución conservaba funciones de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales.

Por fortuna democrática ya no quedan legislaciones por decreto o edictos, aunque las pulsiones del Estado de Policía se encuentran siempre latentes. Rigieron hasta no hace mucho, pues hasta que Buenos Aires adquirió el estatus de Ciudad Autónoma con la Constitución de 1994 y hasta que Tierra del Fuego se hizo Provincia

en 1993 mediante ley 23.775 rigieron en ambos territorios los Edictos Policiales.

Se abrieron paso las reformas para dar lugar a la segunda generación de contravenciones, que ya son los llamados códigos de faltas sancionados por los poderes legislativos provinciales (aunque muchos nacieron como decretos-leyes de las dictaduras, como el caso del decreto ley 6.392 aprobado por el gobierno militar de Córdoba el 17/04/1980). Su característica principal es que la policía conserva las facultades de juzgar. Este es el caso del Código de Faltas actual de la Provincia de Buenos Aires (sancionado también en la dictadura mediante decreto-ley 8031-73), el código de faltas de Córdoba que rigió hasta marzo de 2016 (ley 8431, sancionado el 17/11/1994) y el código de faltas de Tucumán (ley de Contravenciones Policiales). Esta generación de normativa contravencional se caracteriza por penalizar acciones de una manera muy vaga y ambigua, como la contravencionalización del merodeo, la ebriedad, los actos contra la decencia pública, las faltas de moralidad que incluyen la persecución de las personas trans/travestis mediante la penalización de quienes «visten ropa contraria a su sexo»². La policía conserva la facultad de juzgar e imponer arrestos, aunque ya no legisla

La tercera generación lo conforman los llamados códigos de convivencia ciudadana, tal como el actual que rige en Córdoba por ley 10.326. Implican un avance en relación a las legislaciones anteriores en tanto y en cuanto le quitan a la policía la facultad de juzgar y se la otorgan a funcionarios judiciales, a la vez que reconocen la obligatoriedad de la defensa y plantean el arresto como última de las penas. En cuanto a los tipos contravencionales que sanciona arrastran de la segunda generación las contravenciones vinculadas al merodeo o las faltas a la decencia pública, aunque en general derogaron las que discriminaban al colectivo de la diversidad/disidencia sexo-genérica. Presentan modelos procesales inquisitoriales en el que el mismo órgano que investiga es quien juzga, aunque representan un enorme avance en relación a los códigos de la segunda generación que sentenciaban comisarios.

² Tal como lo establecía el art. 19 del código de faltas sancionado por decreto ley 6392/80), que reprimía con multa o arresto de hasta diez días a quienes se «*exhibieren en público con vestimentas contrarias a la decencia pública, con arreglo al lugar*». Dicha conducta era conocida con el nombre «*vestimentas contrarias a la decencia pública*».

Por último, los llamados códigos de cuarta generación son aquellos que eliminaron casi en su totalidad las contravenciones vagas y ambiguas de persecución contra la decencia pública o el merodeo y que reconocen un proceso respetuoso de las garantías constitucionales, sobre todo en la obligatoriedad de la defensa y en la diferenciación de las funciones de investigar y acusar con las funciones de juzgar. Suelen recibir el nombre de Códigos Contravencionales y tienen la mayor parte del elenco contravencional con víctimas de carne y hueso y no la mera administración pública. Incorporan como contravención aquellas en entornos digitales. Es el caso del código contravencional de Buenos Aires (Ley. 1.472) y del código de faltas de Tierra del Fuego (Ley 1.024).

IV. Relocalizar conflictos

El sistema contravencional, históricamente concebido como un instrumento del control social más arbitrario y opaco, tiene hoy la posibilidad de transformarse en una herramienta útil para la gestión de conflictos sociales. Este cambio no es simplemente normativo o administrativo: implica un verdadero giro paradigmático, que exige abandonar la lógica tradicional del castigo automático y avanzar hacia una comprensión más compleja y situada de la conflictividad social (Binder, 2015).

La gestión del conflicto, en este sentido, supone una intervención estatal que no se limita a sancionar al infractor, sino que busca entender el contexto del conflicto, las relaciones sociales que lo atraviesan y las posibilidades de recomposición del lazo social (Binder, 2015). Así, en lugar de continuar utilizando el derecho contravencional como una forma de criminalización de la pobreza, la disidencia o los modos de vida subalternos, se trata de redefinir su función: intervenir allí donde existen tensiones reales, molestias concretas o afectaciones leves que, sin llegar al umbral penal, requieren algún tipo de respuesta institucional que no escale el conflicto ni lo invisibilice (Juliano & Crisafulli, 2016).

El sistema contravencional puede ser especialmente útil para abordar ciertos tipos de conflictos urbanos y comunitarios, como los ruidos molestos, el mal uso del espacio público, disputas vecinales, hostigamientos, infracciones vinculadas a normas de convivencia

ciudadana pero también aquellos conflictos que ingresan al sistema penal y que, por su escasísima eficacia, quedan atrapados en el pantano de los sistemas judiciales³.

Este tipo de situaciones, que muchas veces son abordadas de manera informal, ignoradas o mal gestionadas por el aparato penal, encuentran en la justicia contravencional un espacio potencialmente adecuado para ser tramitadas de forma rápida, accesible y proporcional (Binder, 2015).

Pero para que eso ocurra, es necesario desarrollar herramientas institucionales orientadas a la resolución del conflicto, no a su castigo. Esto implica, por ejemplo, ampliar los mecanismos de mediación, conciliación o acuerdos reparatorios, diseñar intervenciones socioeducativas para los casos en que sea pertinente, y asegurar la participación de las partes de forma genuina, voluntaria e informada. Las audiencias contravencionales, lejos de ser un trámite burocrático, deben convertirse en espacios donde se escuche a quienes participaron del conflicto, se identifiquen los daños reales y se propongan soluciones adecuadas, reparadoras y pedagógicas.

En este marco, las medidas punitivas deben ser excepcionadísimas, y siempre subordinadas a la posibilidad de medidas alternativas, como el trabajo comunitario, las multas, talleres de reflexión, o el cumplimiento de reglas de conducta supervisadas. Estas respuestas no solo son menos dañinas que el arresto, sino que pueden producir efectos más sostenibles en la vida de las personas involucradas y en la convivencia barrial (Binder, 2015; Juliano & Crisafulli, 2016).

Por supuesto, este enfoque exige una transformación institucional importante. No basta con cambiar las normas si los actores judiciales no están formados en resolución de conflictos, justicia restaurativa o derechos humanos. Es clave contar con jueces, defensores y fiscales capaces de intervenir con sensibilidad social, con conocimiento territorial y con vocación en la resolución de conflictos. Además, se requiere una red de articulación con servicios sociales, áreas municipales, centros de salud mental y equipos interdisciplinarios que

³ La expresión «pantano judicial» fue utilizada por Alberto Binder en la conferencia inaugural del III Congreso Federal de Justicia Penal organizado por la *Asociación Pensamiento Penal* y la Universidad de Mar del Plata y que se desarrolló los días 25 y 26 de abril de 2025 en la Ciudad de Mar del Plata.

puedan dar continuidad a las soluciones propuestas en sede contravencional.

Frente al incremento de la demanda de los sistemas de justicia penal, desde el Estado solo se ha pensado en la expansión de las burocracias penales: más juzgados, más fiscalías, más defensores públicos, pero que intervienen en los conflictos desde las lógicas tradicionales, escritas, formales y que pocas soluciones aportan a la ciudadanía.

No se trata, en definitiva, de expandir la intervención estatal en cada conflicto de convivencia, sino de dar respuestas razonables cuando los conflictos afectan la vida comunitaria. En ese sentido, el riesgo de una «sobrerregulación» de la vida diaria está siempre latente, así como el peligro de que los mecanismos alternativos se transformen en una forma encubierta de castigo. Para evitar esto, es fundamental garantizar el control judicial, el respeto irrestricto a las garantías del debido proceso y una perspectiva centrada en la dignidad de todas las personas involucradas (Binder, 2015).

La justicia contravencional puede constituirse, entonces, en una puerta de entrada a formas más democráticas, horizontales y accesibles de justicia. Allí donde el sistema penal aparece como una maquinaria pesada, lejana o directamente violenta, el sistema contravencional tiene la oportunidad de convertirse en una instancia más próxima, más flexible y más enfocada en la reparación del daño. En ese camino, la gestión de la conflictividad deja de ser un objetivo abstracto para transformarse en una política pública concreta, transversal y transformadora.

V. Conclusión

El sistema contravencional emerge como una herramienta estratégica para la gestión de conflictos de baja intensidad en la sociedad contemporánea, proponiendo una alternativa frente al paradigma tradicional punitivo centrado en la sanción y el control estricto. Como señala Binder (2015), el paradigma del conflicto reconoce la inevitabilidad de la conflictividad social y plantea la necesidad de desarrollar políticas públicas que gestionen estos conflictos de manera efectiva y democrática, en lugar de ignorarlos o reprimirlos de forma indiscriminada. Este cambio de enfoque implica

un reconocimiento de que la sociedad es un espacio dinámico y plural donde las disputas y tensiones son parte constitutiva de las relaciones sociales.

Históricamente, el derecho contravencional ha quedado al margen de las grandes reformas penales, marginado en la academia y en la práctica jurídica, lo que ha contribuido a una visión limitada y estigmatizante que reprodujo formas de exclusión y persecución social. La incorporación progresiva de reformas en diversas jurisdicciones, que desplazan el poder punitivo de la policía hacia órganos judiciales y promueven garantías procesales básicas, ha sido un avance clave para que el sistema contravencional pueda ser repensado como un espacio de gestión y resolución de conflictos.

El desafío actual radica en transformar el sistema contravencional en una política pública transversal, que no solo sancione conductas, sino que promueva la prevención, la reparación y la participación activa de las partes involucradas. La experiencia práctica, como el caso de la gestión de un hostigamiento telefónico que involucró medidas restaurativas y sensibilización, ejemplifica cómo el sistema puede contribuir a recomponer el tejido social y a fortalecer derechos, especialmente en contextos de vulnerabilidad. Esta perspectiva está en línea con el paradigma del conflicto, que concibe la gestión de la conflictividad como un proceso complejo y dinámico, donde el rol de la persecución penal es la última instancia y debe ser utilizada con criterios de proporcionalidad y respeto a las garantías constitucionales.

Además, el reconocimiento legal y jurisprudencial de este paradigma es creciente. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha señalado que el nuevo Código de Convivencia Ciudadana prioriza la resolución del conflicto antes que la sanción, evidenciando una transición hacia un modelo más dialogante y reparador (TSJ Córdoba, 2023). Asimismo, la incorporación formal de la gestión de la conflictividad como principio en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Córdoba (Ley 7826, 2019) fortalece el marco institucional para implementar estas prácticas.

No obstante, para consolidar este nuevo paradigma es necesario superar aún numerosos obstáculos, entre ellos la escasa formación específica, la persistencia de prácticas policiales represivas y la

limitada investigación académica sobre el tema. Como advierte Binder (2015), la gestión de la conflictividad requiere una mirada interdisciplinaria y una política pública integral que articule justicia, salud, educación y trabajo social, para abordar las causas estructurales y sociales de los conflictos.

En síntesis, el sistema contravencional tiene el potencial de ser un espacio de gestión eficaz y humanizado de conflictos, contribuyendo a la construcción de una convivencia social más justa y democrática. Este cambio supone una apuesta ética y política que invita a repensar el papel del derecho y de las instituciones en un contexto social plural y en transformación constante, promoviendo un modelo de justicia accesible, restaurativa y orientada a la prevención. Solo así se podrá avanzar hacia una sociedad que no solo sancione el incumplimiento normativo, sino que también reconozca y gestione la conflictividad como parte inherente y enriquecedora de la vida social.

VI. Bibliografía

- Binder, A. (2015). *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Astrea.
- Crisafulli, L. (2021). Del Código de Faltas al Código de Convivencia Ciudadana. En J. Perano, L. Luque, L. Crisafulli, N. Macchione y T. Pereyra, *Manual de criminología. Segunda parte: Sistema penal en acción y (de)construcción del poder punitivo*. Advocatus.
- Crisafulli, L. (2022). *Manual de derecho contravencional: Un estudio del Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba* (Tomo 1, Parte General). Advocatus.
- Crisafulli, L., Gigena, C., Morelli, J., & Victoria, M. (2023). Gestión de la conflictividad de las contravenciones en contexto de género. *Revista de Derecho de la Niñez, Familia y Violencia de Género*, (9).
- Gutiérrez Guerra, B., Padín Marchioli, M., Zamprile Antonini, A., & Salvia, A. (Coords.). (2018). *Confianza institucional y vida ciudadana: Representaciones de la opinión pública en la Argentina urbana*. Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina.
- <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8156>

- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). (2023). *Nuevo ranking de eficacia de los Ministerios Públicos Fiscales de Argentina*. INECIP. <https://inecip.org/publicaciones/nuevo-ranking-de-eficacia-de-los-ministerios-publicos-fiscales-de-argentina/>
- Juliano, M. A., & Crisafulli, L. (2016). *Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba: Comentado y anotado*. Lerner.
- Legislatura de la Provincia de Córdoba. (2019). *Ley 7826 - Modificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal*. Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba.
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. (2023, 3 de octubre). *Sentencia 401, LUNA*, en Pleno

La «desfederalización» sin coordinación es negocio para el narcotráfico

Sofia Crivello¹

I. Resumen

La ley 26.052, sancionada en 2005, introdujo la «desfederalización» parcial de delitos vinculados al narcotráfico en Argentina, otorgando competencia a las provincias adheridas para investigar y juzgar delitos de narcomenudeo y tenencia para consumo personal. Esta medida buscó mejorar la eficacia en la persecución de delitos menores ante la limitada presencia de fuerzas federales en el territorio. Sin embargo, la fragmentación jurisdiccional generó obstáculos para investigar niveles superiores del narcotráfico, al alertarse a eslabones más altos durante operativos locales. Para enfrentar esta problemática, la ley 27.502 de 2019 estableció mesas de coordinación entre autoridades federales y provinciales. Un informe de la Procuraduría de Narcocriminalidad (2024) muestra una disminución de causas federales en provincias adheridas tras la sanción de dicha ley, lo que evidencia cambios en la distribución de competencias, aunque no necesariamente una reducción del narcotráfico. Por lo pronto, el sistema mixto plantea desafíos persistentes, especialmente por la falta de coordinación entre jurisdicciones, lo que puede limitar la

¹ Doctoranda en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Especialista en Derecho de la Defensa y Garantías Constitucionales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Escribana por la Universidad Siglo XXI y abogada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente adjunta de Derecho Penal (parte general) en la carrera de Abogacía y docente adjunta de Derecho Laboral en la carrera de Contador Público, ambas en la UCES. Becaria de la Fundación Universitaria del Río de la Plata (FURP) en 2019. Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. sofiacrivello@gmail.com

eficacia en la lucha contra el narcotráfico. Se destaca la necesidad de fortalecer mecanismos de colaboración, intercambio de información y capacidades institucionales para mejorar los resultados y garantizar una respuesta estatal más integral frente a esta problemática.

La ley 23.737 tipifica los delitos referidos a estupefacientes que el legislador argentino ha decidido sancionar. Históricamente, esta clase de delitos ha sido una competencia excepcional del fuero federal. Sin embargo, en el año 2005 a través de la sanción de la ley No. 26.052 el legislador ha decidido modificar esta situación y así «desfederalizar» la competencia en la persecución de algunos de los delitos relacionados con el narcotráfico.

Así entonces, se dispuso que los tribunales provinciales serán competentes cuando el comercio, la entrega, el suministro o facilitación a título oneroso o gratuito de estupefacientes esté fraccionada en dosis destinadas al consumidor directo (art. inc. 1, ley No. 26.052). Se incluye a la siembra o cultivo caracterizada por la escasa cantidad y demás circunstancias, de donde surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal; también a la tenencia simple y/o para consumo personal de narcóticos; al delito que sanciona a quien falsificare recetas médicas, o a sabiendas las imprimiera con datos supuestos o con datos ciertos sin autorización del profesional responsable de la matrícula; quien las suscribiere sin facultad para hacerlo o quien las aceptare teniendo conocimiento de su ilegítima procedencia o irregularidad.

En síntesis, la ley dispuso que aquellas provincias que adhirieran a la misma y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ejercerán competencia para investigar y juzgar los delitos mencionados. En la actualidad las provincias que han adherido, incluida Ciudad Autónoma de Buenos Aires son: Buenos Aires, Córdoba, Salta, Formosa, Chaco, Entre Ríos, Santiago del Estero, Jujuy, Santa Fe y Tucumán. Las últimas tres provincias lo han hecho recientemente. Son numerosas aún las jurisdicciones que optan por no adherirse la «desfederalización» dejando la competencia de esa materia exclusivamente en manos del ámbito federal.

Desde su implementación, se ha generado un debate constante sobre los efectos de esta descentralización en la eficacia de las

investigaciones y en la lucha contra este flagelo. Ello, principalmente por la fragmentación de competencias que podría debilitar la presencia del Estado y dificultar la coordinación entre las distintas jurisdicciones. No obstante, cabe recordar que al momento de su puesta en vigencia -año 2005- se presentaba un contexto en el que la presencia de fuerzas de seguridad federales en las provincias era limitada, lo que dificultaba la persecución de este tipo de delitos a nivel local.

Ahora bien, lo cierto es que en las jurisdicciones que han optado por suscribirse a este sistema descentralizado, han surgido nuevas problemáticas. El avance de las jurisdicciones locales sobre los eslabones más bajos de la cadena de narcotráfico, como el narcomenudeo, podía entorpecer las investigaciones relacionadas con los eslabones superiores. Es decir, si un fiscal provincial ordenaba el allanamiento de inmuebles donde se llevaban a cabo actividades dirigidas a la venta de estupefacientes al menudeo o directamente al consumidor, automáticamente los eslabones más altos de la cadena, aquellos que producen, almacenan, distribuyen o financian podían ser alertados de las investigaciones en curso.

En ese marco, se comprendió que, sin una coordinación efectiva entre las jurisdicciones provinciales y federal, sería difícil avanzar en la investigación de los niveles más altos del narcotráfico. Consciente de esta problemática, el legislador sancionó la ley 27.502 en abril de 2019, que estableció la creación de mesas de trabajo entre las provincias que se adhirieron a la desfederalización, representadas por jueces y fiscales provinciales, y los jueces y fiscales federales de esas jurisdicciones. Esta medida buscaba facilitar el intercambio y análisis de información judicial de manera dinámica y coordinada para combatir de manera más efectiva el narcotráfico.

En enero del 2024 la *procuraduría de narcocriminalidad* (PROCUNAR) presentó un informe que analizaba las causas iniciadas por estupefacientes en el ámbito de la justicia federal en aquellas jurisdicciones que habían implementado la desfederalización.

Que, tomando los datos arrojados por el trabajo mencionado, se observa que a partir de la sanción de la ley 27.502, la cual como se dijo establece la conformación de mesas de trabajo para mejorar la coordinación entre las jurisdicciones locales y federales, se advierte

una disminución de las causas iniciadas por narcotráfico en las jurisdicciones federales. A continuación se brindarán ejemplos en los cuales se toman las causas ingresadas en los tres años anteriores a la sanción de la ley mencionada y los tres posteriores: a. en la provincia de Buenos Aires, con adhesión a la «desfederalización» en el mes de diciembre del año 2005, en los tres años anteriores al 2019 se observa el inicio de 2646 causas, mientras que en los tres posteriores se redujeron a 999 causas; b. en la provincia de Córdoba, con adhesión a la «desfederalización» en el mes de diciembre del año 2012, en los tres años anteriores al 2019 se detecta el inicio de 355 causas mientras que los tres años posteriores solamente 118 causas; c. en la provincia de Formosa, con adhesión a la «desfederalización» en el mes de octubre del año 2015, en los tres años anteriores al 2019 se observan 432 causas iniciadas, mientras que en los tres años posteriores se redujeron a 192 causas, y d. en la provincia de Chaco, con adhesión a la «desfederalización» en el mes de julio del año 2015, en los tres años anteriores al 2019 se observan 250 causas iniciadas, mientras que en los tres posteriores disminuyeron a 157 causas.

La provincia de Salta presenta una situación particular que la distingue de otras jurisdicciones que han adherido a la «desfederalización». Antes de unirse a esta medida, Salta ya mostraba un predominio de delitos relacionados con el «tráfico ilícito» en la totalidad de las causas iniciadas contra el narcotráfico, en contraste con otras regiones donde los delitos considerados «menores» -como la tenencia para consumo personal de estupefacientes- eran mucho más frecuentes que los casos de tráfico ilícito. Tras la desfederalización en Salta, no se han observado cambios significativos en la cantidad de casos de narcotráfico registrados. Es importante destacar que las demás jurisdicciones que se adhirieron a la desfederalización a partir de 2018 no han sido objeto de análisis en este estudio.

En definitiva, la coordinación entre las jurisdicciones provinciales y federales es un aspecto crucial que ha sido abordado por el legislador hace aproximadamente cinco años. A pesar de la implementación de legislación al respecto, no se ha observado un aumento significativo en las causas iniciadas ante la justicia federal. Esta situación plantea interrogantes sobre las razones detrás de esta disminución, que no parecen estar relacionadas con una reducción en el narcotráfico a

nivel nacional. Más bien, parece estar vinculada a la complejidad de investigar los eslabones más altos de la cadena del narcotráfico por parte de la jurisdicción federal, especialmente cuando los eslabones inferiores están bajo la responsabilidad de la jurisdicción local. La falta de coordinación entre ambas jurisdicciones puede estar obstaculizando los esfuerzos para combatir eficazmente el narcotráfico en el país. Es fundamental abordar esta cuestión y fortalecer la colaboración entre las autoridades provinciales y federales para lograr resultados más efectivos en la lucha contra este flagelo.

En este sentido, es imperativo que las autoridades competentes trabajen en conjunto para lograr una mayor eficacia en la lucha contra el narcotráfico. La falta de coordinación entre las jurisdicciones provinciales y federales ha demostrado ser un obstáculo significativo en la investigación y persecución de los responsables de este delito. Es necesario establecer mecanismos claros de colaboración y comunicación entre las distintas instancias judiciales, a fin de garantizar una respuesta efectiva y coordinada ante este flagelo que afecta a nuestra sociedad. Asimismo, resulta fundamental fortalecer las capacidades de investigación y persecución de los delitos relacionados con el narcotráfico, a través de la capacitación y el apoyo técnico necesario para llevar a cabo operativos exitosos. En última instancia, es crucial que se promueva una cultura de trabajo en equipo y cooperación entre las distintas instituciones encargadas de combatir este tipo de crimen, con el objetivo de maximizar los recursos y optimizar los resultados en la lucha contra el narcotráfico.

II. Bibliografía

Hairabedián, M. (2020). *Investigación y prueba del narcotráfico*. AD-HOC.

Procuraduría de Narcocriminalidad. (s.f.). *Informe sobre la desfederalización de la competencia penal en materia de estupefacientes*. Ministerio Público Fiscal de la Nación. <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/informe-de-la-procuraduria-de-narcocriminalidad-sobre-la-desfederalizacion-de-la-competencia-penal-en-materia-de-estupefacientes>

Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. (2017). *Mensaje de elevación del PEN 121/2017*.

Argentina. (1989). *Ley 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes*. Boletín Oficial de la República Argentina.

Argentina. (2005). *Ley 26.052 de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes*. Boletín Oficial de la República Argentina.

Argentina. (2019). *Ley 27.502 de modificación de la Ley 23.737*. Boletín Oficial de la República Argentina

Error de prohibición invencible en los casos de abuso sexual con acceso carnal, cuando la víctima es menor de 13 años

Sofia Crivello¹

El error de prohibición es el desconocimiento, dentro de la situación concreta, de la ilicitud de la conducta que se está llevando a cabo, por parte del autor de la misma. En su obra, los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar reseñan que:

La persona que no puede saber - o a la que no puede exigírsele que sepa o comprenda- en la situación concreta, que está actuando de un modo objetivamente ilícito, no puede estar sujeto al poder punitivo sin violar reglas elementales de racionalidad y el principio de legalidad. Esto da lugar a la existencia de errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2005: 725).

Por su parte, Roxin sostiene que existe un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida por el ordenamiento.

¹ Doctoranda en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Especialista en Derecho de la Defensa y Garantías Constitucionales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Escribana por la Universidad Siglo XXI y abogada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente adjunta de Derecho Penal (parte general) en la carrera de Abogacía y docente adjunta de Derecho Laboral en la carrera de Contador Público, ambas en la UCES. Becaria de la Fundación Universitaria del Río de la Plata (FURP) en 2019. Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. sofiacrivello@gmail.com

El error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, con base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo.

El legislador argentino ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad (vale destacar que el error será vencible cuando las causas que lo han motivado puedan haberse subsanado de haberse tomado los recaudos necesarios, o invencible, cuando no importa qué esfuerzo se le exija al autor, siempre hubiera incurrido en error). Así las cosas, el error de prohibición invencible generará la absolución del imputado y el error de prohibición vencible, una atenuación en su pena. En particular, el error de prohibición no afecta al dolo del sujeto, sea vencible o invencible.

Nuestro código penal, expresamente, no dice donde legisla el error, ya sea de tipo o de prohibición. Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia, entienden que las distintas clases de error se encuentran legisladas en el art. 34 inc. 1 del código penal que establece:

ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones [...]

La doctrina y la jurisprudencia entienden que cuando se refiere al error sobre la comprensión de la criminalidad del acto, en realidad está hablando del error de prohibición. Lo que no se ha legislado, dejándose al arbitrio de los jueces, es qué ocurre con la vencibilidad e invencibilidad de dicho error.

Ahora bien, una vez desarrollado el concepto de «error de prohibición invencible» como excluyente de culpabilidad, corresponde analizar críticamente su aplicación a partir del fallo «C., N. O. s/ Abuso sexual con acceso carnal», dictado por la cámara de apelación penal de Rosario y confirmado posteriormente por la corte suprema de justicia de la provincia de Santa Fe, al rechazar la queja interpuesta por el ministerio público de la acusación el 21 de diciembre de 2021.

En dicho caso, el imputado fue acusado de haber mantenido relaciones sexuales con acceso carnal con «G., L. M.», una niña de 11 años de edad, con quien convivió entre el 15 de diciembre de 2017 y el 23 de julio de 2018. Fruto de esa convivencia, la menor resultó embarazada. En primera instancia, el 4 de diciembre de 2019, se condenó a «C., N. O.» a la pena de siete años y seis meses de prisión efectiva por el delito de abuso sexual con acceso carnal, encuadrado en los artículos 119, primer y tercer párrafo, y 45 del código penal.

Sin embargo, al resolver la apelación presentada por la defensa, la Cámara integrada por los Dres. Beltramone, Salvador y Alonso, revocó el fallo y absolvió al imputado. Los jueces consideraron que «C., N. O.» había incurrido en un error de prohibición invencible, ya que no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta.

En su voto, el Dr. Beltramone sostuvo que la cuestión central no radicaba en la existencia del acto sexual —reconocido por ambas partes—, sino en determinar si este ocurrió antes de que la niña cumpliera 13 años, y si, en tal caso, el imputado actuó bajo un error de tipo o un error de prohibición. El magistrado descartó la existencia de un error de tipo —es decir, desconocimiento de la edad de la menor— dado que estaba acreditado que el imputado conocía a la niña desde que esta cursaba quinto grado, y que incluso la iba a buscar a la escuela. Por el contrario, consideró que lo relevante era evaluar si el imputado comprendía la ilicitud de su accionar, concluyendo que no fue así.

Tanto Beltramone como Salvador coincidieron en que, si bien la conducta era típica y antijurídica, faltaba el último elemento de la teoría del delito: la culpabilidad. Valoraron para ello testimonios diversos —de la presunta víctima, del imputado, de familiares, profesionales de distintas áreas y vecinos— que daban cuenta de una convivencia «consentida» por el entorno, sin manifestaciones de violencia, coerción o abuso.

El Dr. Salvador, en particular, profundizó el análisis desde una perspectiva sociológica y contextual. Argumentó que, si bien el caso no se encuadra estrictamente en el «error culturalmente condicionado», las condiciones de vulnerabilidad de ambos —el imputado y la menor— habilitaban una lectura ampliada del concepto. Así, concluyó que no podía exigirse razonablemente al imputado que

comprendiera que su conducta constituía un delito. Evaluó también que, pese a las advertencias recibidas, «C., N. O.» no alcanzó a representar la gravedad de su accionar, lo que reforzaba el carácter invencible del error de prohibición.

Por su parte, la Dra. Alonso adhirió al criterio absolutorio, destacando que, si bien los fundamentos de sus colegas diferían, la solución adoptada era coincidente.

Frente a esta decisión, el ministerio público interpuso queja ante la Corte Suprema de la Provincia, la cual fue rechazada. El máximo tribunal consideró que las críticas fiscales —centradas en la imposibilidad de consentir por parte de una menor de 13 años— no lograban desvirtuar el análisis fáctico y dogmático realizado por la Alzada. Afirmó que no se configuraba ninguna hipótesis de arbitrariedad que habilitara la apertura de la instancia extraordinaria. Asimismo, descartó que la resolución incurriera en estereotipos de género o supusiera una vulneración de estándares internacionales en la materia, resaltando, en cambio, que los jueces habían tenido particularmente en cuenta el contexto de vulnerabilidad de ambos involucrados.

En definitiva, por mayoría de sus miembros (Falistocco, Erbetta, Gastaldi, Netri, Gutiérrez y Spuler —estos dos últimos en disidencia—), la Corte ratificó la absolución del imputado, avalando la interpretación realizada por el tribunal de alzada en cuanto a la existencia de un error de prohibición invencible.

El fallo en cuestión presenta una interesante —y polémica— aplicación del error de prohibición invencible como excluyente de culpabilidad en el marco del delito de abuso sexual con acceso carnal contra una niña menor de trece años.

El análisis de la cámara recurre a consideraciones contextuales, culturales y sociológicas, invocando el entorno de vulnerabilidad y marginalidad donde se desarrolló el vínculo entre el imputado y la víctima. Este enfoque introduce un componente de «error cultural» atenuado, en el cual se argumenta que el contexto social del imputado le impidió tomar conciencia del reproche penal. Sin embargo, esto resulta altamente debatible. Si bien es legítimo analizar el entorno del autor al valorar su reprochabilidad, extender el desconocimiento del derecho penal básico —como lo es la protección de la integridad sexual

de niños/as menores de trece años– a un caso como éste, puede abrir una peligrosa puerta hacia una relativización del bien jurídico protegido, en este caso, la libertad y el desarrollo sexual de los menores.

La invocación de que «nadie del entorno advirtió la ilegalidad», o que la relación era socialmente tolerada, no debe ser determinante a la hora de excluir la culpabilidad. De otro modo, podríamos legitimar situaciones en las que el consentimiento social suplante al derecho, lo cual es inadmisibles en un estado de derecho.

Si bien el fallo menciona la perspectiva de género, el análisis realizado prioriza la situación del imputado por sobre la protección reforzada que debe recibir una niña víctima de violencia sexual. En lugar de centrarse en la falta de autonomía sexual de la menor y el carácter estructuralmente desigual de la relación, el fallo pone el foco en la supuesta «ausencia de violencia» y en la «aceptación social» del vínculo, invisibilizando así el deber del Estado de proteger a niñas y adolescentes frente a relaciones abusivas, aún si son presentadas como «consensuadas».

I. Conclusión

Frente a la disyuntiva entre una absolución por error de prohibición invencible y la aplicación literal del artículo 119, tercer párrafo del código penal -que prevé una escala penal alta, para el acceso carnal con menores de trece años, independientemente del consentimiento-, es posible adoptar una posición intermedia, más acorde con los principios de culpabilidad, proporcionalidad y justicia material.

Desde esta perspectiva, aun reconociendo la existencia del delito de abuso sexual con acceso carnal en los términos del artículo 119, puede sostenerse que el caso amerita una respuesta penal más moderada, como la que prevé el artículo 120 del código penal, que sanciona los abusos sexuales simples con una pena mucho menor (6 meses a 4 años), si bien tipifica conductas distintas.

Esta postura encuentra fundamento en los principios constitucionales de proporcionalidad, culpabilidad y humanidad de la pena. El derecho penal debe ser sensible a las particularidades del caso concreto, y aunque ello no signifique desproteger a las víctimas

ni legitimar relaciones asimétricas, tampoco puede permitir que el castigo se transforme en una reacción desmesurada ante situaciones de marginalidad, ignorancia o inmadurez afectiva como las que podrían observarse en el caso de «C., N. O.»

Esta solución intermedia no niega la existencia del delito ni la necesidad de sanción, pero propone adecuar la respuesta punitiva al marco subjetivo y social en el que ocurrió el hecho. En este sentido, permite superar el falso dilema entre impunidad o pena desproporcionada, y se alinea con una visión del derecho penal centrada en la culpabilidad por el hecho y no en la mera lesividad del resultado.

II. Bibliografía

- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte general* (p. 861). Thomson Civitas.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Derecho penal. Parte general* (p. 725).
- Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. (2020, septiembre 15). *C., N. O. s/ abuso sexual con acceso carnal*.
- Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. (2021, diciembre 21). *C., N. O. s/ abuso sexual con acceso carnal*

La desaparición de mujeres y su vinculación con el femicidio

Julia Lisman¹

I. Resumen

El presente artículo aborda la escasa atención a nivel doctrinal, jurisprudencial e institucional que recibe la temática de la desaparición de mujeres y su íntima conexión con el delito de femicidio.

La vinculación desaparición-femicidio, fue abordada por primera vez en el caso «Campo Algodonero» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «Corte IDH»), donde se consideró que las desapariciones tenían un riesgo específico de letalidad, teniendo los Estados la obligación de investigar tales desapariciones mediante una debida diligencia reforzada.

Puede sostenerse que una de las formas particulares en que el Estado tomará conocimiento de los femicidios es mediante la denuncia de la desaparición de una mujer, lo que implicará el inicio de una investigación penal en el marco de causas caratuladas como «averiguación de paradero», «averiguación de delito», entre otras, por lo que resulta de suma importancia vincular la desaparición de mujeres con la posible violencia letal de la cual pudieran haber sido víctimas.

Sin embargo, se observa que por falta de conexión entre la desaparición de mujeres y el delito de femicidio se han generado

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda y especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Investigación Criminal por la Universidad de Belgrano. Docente de la Universidad de Buenos Aires. julialisman@gmail.com

dificultades específicas, independientemente de los problemas que pueden observarse en otros casos de violencia de género, en el marco de estas investigaciones penales.

Se torna necesario profundizar sobre la vinculación entre la desaparición de mujeres y el femicidio a los fines de investigar y sancionar correctamente este delito ante dicha modalidad.

II. Introducción

La desaparición de mujeres y su conexión con el delito de femicidio es una temática de escaso abordaje tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, de incipiente tratamiento por parte de las instituciones y sobre la cual hay un gran desconocimiento por parte de los operadores jurídicos, en particular, de aquellos que intervienen en el marco de una investigación penal.

III. La desaparición de mujeres y vinculación con el femicidio

La desaparición de mujeres puede estar íntimamente relacionada con situaciones de violencia de género, incluso la violencia letal y, de hecho, la desaparición de una mujer se considera *per se* un tipo de violencia contra la mujer, por estar ello directamente ligado a la violación del derecho a una vida libre de violencia.

Analizados diversos contextos de violencia de género, puede apreciarse que las mujeres desaparecen voluntariamente y que muchas veces «[...] si las mujeres ‘deciden desaparecer’ es por falta de garantías a una vida libre de violencia» (Pérez Oseguera y Espíndola Pérez, 2015). Al respecto, en países como Argentina se verifican situaciones a las que se ha denominado como «desapariciones intermitentes», donde «[...] las chicas se van voluntariamente porque viven en un contexto tan violento dentro de sus casas que prefieren huir. El problema es que cuando huyen se enfrentan a una violencia mayor; algunas veces vuelven, otras, nunca más se sabe de ellas [...]» (Muñoz-Nájar, 2023).

Sin embargo, muchas de las desapariciones de mujeres que ocurren como consecuencia de la violencia de género son involuntarias y se

pueden relacionar con el delito de trata de mujeres o bien, como en el caso bajo análisis, con violencia letal.

En dicho sentido, si bien se sostiene que el femicidio es uno de los delitos con menor porcentaje de cifra negra (Toledo Vásquez, 2017), la desaparición de mujeres relacionada con este delito genera una problemática estadística alarmante, acentuada esta por las dificultades específicas en cuanto a la información estadística sobre personas desaparecidas en nuestro país².

La vinculación entre la desaparición de mujeres y femicidio, podría decirse, es una temática de escaso desarrollo en la legislación, doctrina y jurisprudencia tanto internacionales como de nuestro país.

Respecto del abordaje de la temática en Argentina, señala Tordini que la expresión «desaparecidos/as de la democracia» se instaló en los primeros años de la postdictadura (Tordini, 2021). En el recorrido que hace en su obra, explica que diversos fenómenos comenzaron a explicar las desapariciones.

En primer lugar, analiza la desaparición forzada de personas en democracia, ligada directamente a la violencia estatal. Asimismo, comenta que, luego de la desaparición de Marita Verón³ «[...] la trata de mujeres con fines de explotación sexual empezó a usarse para explicar todas las ausencias de mujeres jóvenes [...]» (Tordini, 2021).

² En nuestro país los datos relacionados con personas desaparecidas son recopilados por el Sistema Federal de Búsqueda de Personas (SIFEBU) que funciona en el marco del Ministerio de Seguridad de la Nación y lleva a cabo un registro de personas desaparecidas y con identidad desconocida. Sin embargo, el SIFEBU depende de la información brindada por otras reparticiones de carácter local. A ciencia cierta, se desconoce cuántas son las personas desaparecidas en nuestro país. Para un mejor abordaje de la temática se recomienda la lectura de la obra de Ximena Tordini «Desaparecidos y desaparecidas en la Argentina Contemporánea» editado por Siglo XXI Editores Argentina en el año 2021.

³ El caso de Marita Verón se relaciona con la desaparición de Maria de los Ángeles «Marita» Verón ocurrida en la provincia de Tucumán el 03/02/2002, vinculada con la trata de personas con fines de explotación sexual. Fue la primera causa de trata en obtener fuerte atención pública y cobertura de los medios de comunicación. Como consecuencia de la visibilización del caso y la lucha llevada a cabo sobre todo por Susana Trimarco, la madre de Marita, se logró la sanción de la ley 26.364 de «Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas» (B.O. 30/04/2008), tipificando específicamente la trata de personas, y la posterior modificación introducida por la ley 26.842 (B.O. 27/12/2012), norma que introdujo ciertas correcciones, como la de eliminar la figura de consentimiento como situación que morigeraba la pena del tratante. Al día de hoy, Marita se encuentra desaparecida.

Sin embargo, asevera:

[...] otras fuerzas desaparecedoras residen en la sociedad. La violencia machista. Muchas mujeres cis y trans que estuvieron o están desaparecidas fueron asesinadas por varones cis con quienes tenían un vínculo –familiar, efectivo, sexual- o que pretendían forzarlas a tenerlo. Estos crímenes, en los que el acto de matar va acompañado de formas espeluznantes de violencia, incluyen la destrucción de las mujeres, la carbonización, la mutilación. A diferencia de otras violencias, la machista no disminuye; en los últimos años la cantidad de mujeres cis y trans asesinadas registrada por el Poder Judicial oscila alrededor de doscientas cincuenta cada año. Estas ausencias, en las que el poder desaparecedor está alojado en la sociedad, también se entrelazan con lo estatal: una investigación puede transformar un femicidio en una desaparición (Tordini, 2021).

Por lo expuesto, puede sostenerse que una de las formas particulares en que el Estado tomará conocimiento de los femicidios es mediante la denuncia de la desaparición de una mujer, lo que implicará el inicio de una investigación penal en el marco de causas caratuladas como «averiguación de paradero», «averiguación de delito», entre otras, por lo que resulta de suma importancia vincular la desaparición de mujeres con la posible violencia letal de la cual pudieran haber sido víctimas.

La vinculación desaparición-femicidio, fue abordada por primera vez en el caso «Campo Algodonero». Allí, la Corte IDH consideró que las desapariciones tenían un riesgo específico de letalidad y violencia contra las mujeres, dejando a su vez un criterio claro respecto de dos momentos claves en los que el deber de prevención de la violencia letal contra las mujeres debe ser analizado: antes de la desaparición de las mujeres y antes de la localización de sus cuerpos sin vida (Corte IDH, 2009).

Conforme el criterio que se desprende de este caso, los Estados tienen la obligación de investigar la desaparición de mujeres, aunque estas hayan sido cometidas por particulares, desarrollando el concepto de debida diligencia reforzada a la hora de investigar hechos que se relacionen o puedan relacionar con hechos de violencia de género (Corte IDH, 2009).

El concepto de debida diligencia reforzada fue ampliado posteriormente, en el Caso «Veliz Franco y otros vs. Guatemala» (Corte

IDH; 2014) y el Caso «Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala» (Corte IDH, 2015), ambos relacionados con desaparición de mujeres, entendiéndose aplicable al momento de la investigación, sino también al momento de la prevención de la violencia de género, habiendo establecido la Corte IDH tres factores a evaluar respecto de la responsabilidad estatal: 1) si el Estado conocía o debió conocer la situación de riesgo real e inmediato en el que se encontraba la víctima, 2) si tuvo posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación y, en caso de que así fuera, 3) si concretó la debida diligencia mediante acciones tendientes a evitar la lesión de los derechos de la víctima.

El comité de expertas del mecanismo de seguimiento de la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer («MESECVI») fue el primer órgano en sostener expresamente, analizando las tres sentencias de la Corte IDH, así como diversa información y datos de la región, que la desaparición de mujeres a menudo se encuentra vinculada con diversos tipos de violencia, entre ellos, el femicidio y que se han identificado patrones en los cuales la desaparición de mujeres tiene características específicas que la distinguen de las desapariciones de hombres. Asimismo, que en algunos países de la región la mayoría de los asesinatos de mujeres están precedidos por su desaparición (MESECVI, 2018).

Este patrón también fue identificado en el modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) (ONU Mujeres y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014)

Ahora bien, el comité de expertas solo menciona a la desaparición de mujeres como una situación precedente al femicidio, cuando de un análisis de información y datos estadísticos, se puede visualizar que, en gran cantidad de casos, la desaparición de las mujeres se da luego de cometido el femicidio, como maniobra de ocultamiento del delito cometido, desapareciendo el cuerpo de la víctima.

Mángano y Araujo hacen una observación al respecto, expresando que «la violencia femicida suele extenderse sobre los cuerpos de las mujeres, incluso luego de la muerte, a través de mutilaciones,

incineraciones, descuartizamientos, en otras formas de ocultamiento de los restos» (Mángano y Araujo, 2022).

En el informe «búsquedas de personas en democracia actualización de registros, relevamiento de datos, cruces de información e identificaciones de NN», la *procuraduría de trata y explotación de personas* («PROTEX») y la *organización acciones coordinadas contra la trata de personas* («ACCT») –hoy *colectiva de intervención ante las violencias* («CIAV»)- dejó asentado que los femicidios, en ocasiones, conllevan una apropiación del cuerpo de las víctimas por parte de sus autores. Asimismo, se corroboró que: «En estos hechos, la apropiación se perpetúa aun luego de la muerte a través de la aniquilación o el encubrimiento de los cuerpos. Una gran cantidad de denuncias sobre mujeres que han sido víctimas de trata o femicidio, a las que hemos tenido acceso por nuestro trabajo, coinciden en que podrían haber sido enterradas en predios particulares o públicos» (PROTEX y ACCT, 2016).

La oficina de la mujer de la corte suprema de justicia de la nación (en adelante, «OM») a partir del año 2020, comenzó a relevar en el ya mencionado *registro nacional de femicidios de la justicia argentina* («RNFJA») cuantas de las víctimas se encontraban desaparecidas/extraviadas previo a confirmarse el femicidio⁴.

De los registros publicados al momento, se obtuvo la siguiente información:

- Año 2020: al menos⁵ 27 de las 251 víctimas directas de femicidio estuvieron desaparecidas o extraviadas previo a confirmarse su femicidio en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Jujuy, con 5 casos cada una; Mendoza, Río Negro, Salta y Santiago del Estero, con 2 casos cada una; y finalmente en Córdoba, Chaco, Entre Ríos y Tucumán, con 1 caso en cada provincia (OM, 2021).
- Año 2021: al menos 22 de las 230 víctimas directas de femicidio estuvieron desaparecidas o extraviadas previo a confirmarse su femicidio: 8 en la provincia de Buenos Aires, 3 en Mendoza y

⁴ Los informes refieren a víctimas de femicidio directo. Se informa si la víctima se encontraba desaparecida/extraviada antes del hallazgo del cuerpo, se hubiera o no efectuada denuncia previa relacionada con dicha desaparición.

⁵ La expresión «al menos» denota falta de exhaustividad en la información analizada, pudiendo ser el mayor el número de mujeres que se encontraban desaparecidas previo a confirmarse su femicidio.

otras 3 en Tucumán. Finalmente, las provincias de Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chubut, Jujuy, Río Negro, Salta y Santa Fe notificaron al menos 1 caso en cada una (OM, 2022).

- Año 2022: al menos 33 de las 226 víctimas directas de femicidio estuvieron desaparecidas o extraviadas previo al hallazgo del cuerpo: 12 en la provincia de Buenos Aires, 3 en Chaco, 3 en Córdoba, 3 en Mendoza y otras 3 en Santa Fe. Luego, tanto en Salta como en Jujuy, se reportaron 2 víctimas directas que estuvieron desaparecidas o extraviadas. Finalmente, las provincias de Misiones, Río Negro, San Juan, San Luis y Santiago del Estero notificaron al menos 1 caso en cada una. A la fecha de corte del RNFJA, 31 de diciembre de 2022, 2 víctimas de las 33 permanecían desaparecidas (OM, 2023).
- Año 2023: al menos 32 de las 250 víctimas directas de femicidio estuvieron desaparecidas o extraviadas previo al hallazgo del cuerpo: 10 en la provincia de Buenos Aires, 3 en Córdoba y otras 3 en Mendoza. Luego, tanto en Chaco, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Fe y Tucumán se reportaron 2 víctimas directas que estuvieron desaparecidas o extraviadas. Finalmente, las provincias de Chubut, Entre Ríos, Neuquén y Santiago del Estero registraron al menos 1 caso en cada una. A la fecha de corte del RNFJA, 31 de diciembre de 2023, al menos 3 víctimas de las 32 permanecían desaparecidas (OM, 2024).
- Año 2024: Se informó que al menos 36 de las 228 víctimas directas de femicidio estuvieron desaparecidas o extraviadas previo al hallazgo del cuerpo: 10 en la provincia de Buenos Aires, 5 en Santiago del Estero, 3 en Chaco y 3 en Misiones. Luego, tanto en Córdoba, Mendoza, Santa Fe y Tucumán se reportaron 2 víctimas directas que estuvieron desaparecidas o extraviadas. Finalmente, las provincias de Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Salta y San Luis registraron al menos 1 caso en cada una. A la fecha de corte del RNFJA, 31 de diciembre de 2024, al menos 3 víctimas de las 36 permanecían desaparecidas (OM, 2025).

A simple vista, se desprende del relevamiento hecho por la oficina de la mujer, que aproximadamente en el 10% de los casos de femicidio directo, la víctima se encontraba desaparecida previa a confirmar dicho delito mediante el hallazgo del cuerpo, porcentaje que se elevó

los últimos años. Asimismo, al menos para los años 2022, 2023 y 2024, que en aproximadamente el 10% de los casos donde se corroboró el femicidio, las mujeres continuaban desaparecidas.

Por otro lado, el Lic. Eduardo Prueger ha corroborado que en alrededor del 70% de los casos la conducta posterior del femicida fue el ocultamiento el hecho, mediante maniobras entre las cuales se encuentra el ocultamiento del cuerpo (Prueger, 2020).

Hay un dato también insoslayable para sostener porque las mujeres son desaparecidas luego de cometido el femicidio ya que, conforme se desprende de las estadísticas de la OM, la mayoría de los femicidios son femicidios íntimos (OM, 2025), por lo que el perpetrador no tiene la necesidad de secuestrar a su víctima para llevar a cabo el delito: las mujeres generalmente comparten el techo con sus femicidas.

En nuestro país, esta problemática particular que obliga a relacionar la desaparición de mujeres con posibles femicidios, fue abordada con mayor profundidad tardíamente, a pesar de que, conforme los criterios que emanaban de los estándares de la Corte IDH y de la recomendación N° 2 efectuada por el MESECVI, los Estados se encontraban obligados a adecuar la normativa interna para investigar la desaparición de mujeres como posibles femicidios, contando asimismo con protocolos específicos.

Se observa que hasta el año 2021, las investigaciones por desaparición de mujeres eran abordadas mediante la utilización de la «Guía práctica para la búsqueda de personas» publicada en el año 2014 y la «Guía práctica para la búsqueda de personas» publicada en el año 2016, ambos documentos redactados por la PROTEX perteneciente al ministerio público fiscal de la nación, lo cual viene a reafirmar la lógica con la que se abordaba la desaparición de mujeres bajo la vinculación «desaparición-trata».

Recién en el año 2021, mediante la publicación del documento «pautas para la investigación de casos de desaparición de mujeres y población LGTBIQ+»⁶ (2021) y la posterior publicación del documento «guía de actuación para la búsqueda de mujeres y LGBTI+

⁶ El documento fue elaborado conjuntamente por la procuraduría de trata y explotación de personas (PROTEX) y la unidad fiscal especializada en violencia contra las mujeres (UFEM), ambas dependientes del ministerio público fiscal de la nación.

desaparecidas en contexto de violencias por motivos de género» (2022)⁷.

Allí, entre otras cuestiones, se determinó que debe incorporarse la hipótesis del femicidio desde el comienzo de las investigaciones, independientemente de otras líneas de investigación que deban evaluarse/descartarse.

A nivel local⁸, se observa que de las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solo las provincias de Entre Ríos⁹ y Jujuy¹⁰ poseen protocolos o guías específicas para la búsqueda de mujeres.

Esta falta de conexión entre la desaparición de mujeres y el delito de femicidio ha generado dificultades específicas, independientemente de los problemas que pueden observarse en otros casos de violencia de género, dificultades específicas en el marco de las investigaciones penales.

Al respecto, se pueden mencionar sucintamente¹¹:

- *El «mito de las 48/72 hs»*. En la recepción de la denuncia nos encontramos ante el primer problema a sortear. Hay una falsa creencia de que hay que esperar 48 o 72 hs para efectuar dicha denuncia. Si bien en la mayoría de protocolos para toma de

⁷ El documento fue elaborado de manera conjunta por el ministerio de seguridad de la nación, el ministerio de justicia y derechos humanos y el entonces ministerio de las mujeres, géneros y diversidad. Con anterioridad, para este tipo de casos solían emplearse guías como la *guía práctica para la búsqueda de personas* (2014) y la *guía práctica para la búsqueda de personas* (2016). Sin embargo, esos documentos habían sido elaborados por la PROTEX, unidad fiscal especializada en trata de personas que, si bien interviene en investigaciones en contextos de violencia contra las mujeres, no actúa específicamente en investigaciones por presuntos femicidios.

⁸ Ello reviste particular importancia, dado que los femicidios se investigan en el fuero ordinario y no en el fuero federal, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de trata y explotación sexual.

⁹ Protocolo de pautas mínimas para búsqueda de mujeres en contexto de violencia de género, ley No. 10.807 (B.O. 16 de noviembre de 2020). ministerio público fiscal de la provincia de Entre Ríos, instrucción general No 1/2021. Recuperado el 12 de marzo de 2025 de <https://www.entrierios.gov.ar/boletin/calendario/Boletin/2020/Noviembre/16-11-20.pdf>

¹⁰ Ley No 6185. *Creación del comité interinstitucional permanente de actuación ante la desaparición y extravío de mujeres, niñas o personas de la diversidad*. Recuperado el 12 de marzo de 2025 de <https://archivo.jujuy.gob.ar/repositorio/3394/>

¹¹ Para profundizar sobre esta problemática, se recomienda la lectura de «*Mujeres desaparecidas y femicidio en Argentina: un análisis urgente a 30 años de la Convención de Belém do Pará*», Lisman; Julia; Revista Intercambios - 40 años de democracia y derecho penal, Núm. 20 (2024), Revista del instituto de derecho penal y de la carrera de especialización en derecho penal, de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la universidad nacional de La Plata

denuncias por casos de desaparición o extravío de personas esto está aclarado, en la práctica no sucede. Es habitual que se sostenga que la adolescente o mujer desaparecida «se fue con su noviecito» Esto genera inconvenientes con respecto a una intervención oportuna y eficaz, también teniendo en cuenta que las primeras horas son fundamentales para la investigación.

- *Utilización de estereotipos de género.* Como se mencionará, los estereotipos de género ya se observan desde el intento por parte de los familiares de interponer la denuncia por la desaparición. También se pueden observar estereotipos de género a lo largo de la investigación, lo que importará una investigación sesgada. El sesgo en la investigación, hará que no se planteen desde el comienzo todas las hipótesis que corresponden, particularmente que la mujer desaparecida fue víctima de violencia de género, o que, si esas hipótesis si bien se plantea en el expediente, no sea eficazmente abordada y con la profundidad que precisa.
- *Falta de Información sistematizada de los cuerpos sin identificar (NN) y de personas desaparecidas.* No información sistematizada y se deben oficiar a diversos lados (cementeros, morgues, hospitales, etc.). La falta de sistematización dificulta trazar una línea entre el caso de una mujer desaparecida y una mujer sin identificación que haya podido ser encontrada e ingresado en el circuito burocrático administrativo estatal.
- *Falta de protocolos específicos.* Como fuera mencionado anteriormente, la publicación de protocolos específicos es deficiente.
- *Falta de análisis interseccional / contextual de cada caso.* Los pocos protocolos que hay son aplicados con cierta automaticidad. La recopilación de información se realiza sin un análisis interseccional y contextual de cada caso. No se analizan situaciones de violencia de género previas, así como tampoco se analizan otras situaciones que pueden generar mayor vulnerabilidad, ya sea por cuestiones de clase social, condición de migrantes, etc.
- *Revictimización a los familiares.* La «tolerancia institucional» que se verifica respecto de estos casos, genera la revictimización

constante y profunda de los familiares las mujeres desaparecidas.

IV. Conclusión

Se torna necesario profundizar sobre la vinculación entre la desaparición de mujeres y el delito de femicidio a los fines de investigar y sancionar correctamente este delito ya que, como dice Rita Segato «[...] solamente una caracterización precisa del modus-operandi de cada tipo particular de crimen y la elaboración de una tipología lo más precisa posible de las diversas modalidades de asesinatos de mujeres podría llevar a la resolución de los casos, a la identificación de los agresores, y al tan anhelado fin de la impunidad» (Segato, 2006).

V. Bibliografía

- Comité de Expertas del MESECVI. (2018). *Recomendación General N.º 2 sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio*, de acuerdo con los arts. 7(b) y 8 de la Convención de Belém do Pará.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México* (Sentencia de 16 de noviembre de 2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 19 de mayo de 2014).
- Mángano, M. A., & Arauto, R. C. (2022). Estado de situación sobre la búsqueda de mujeres y niñas reportadas como desaparecidas en Argentina. En A. Rodríguez & M. Labozzetta (Dir.), *Debates feministas sobre el sistema de justicia* (Tomo I). Fabián J. Di Plácido Editor.
- Muñoz-Nájar, T. (2023). *Desaparecidas: El destino de miles de niñas, adolescentes y mujeres peruanas*. Penguin Random House.
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)* – Año 2020.

<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2020>

- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2022). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)* – Año 2021. <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)* – Año 2022. <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=170>
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2024). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)* – Año 2023. <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=242>
- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2025). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)* – Año 2024. <https://om.csjn.gov.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=333>
- ONU Mujeres & Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*.
- Pérez Oseguera, M. de L., & Espíndola Pérez, A. (Coords.). (2015). *Mujeres desaparecidas en Puebla: Informe 2005–2009*. Universidad Iberoamericana Puebla.
- Prueger, E. (2020, agosto 7). *Enfoque de datos sobre femicidios* [Conferencia]. Ciclo de Charlas del Laboratorio de Estudio e Investigación sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (LISPyD), Universidad Nacional de Río Negro. <https://www.youtube.com/watch?v=aqFoPIBTTbg&t=1967s>
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) & Asociación Civil Comunicación para la Igualdad (ACCI). (2016).

Búsquedas de personas en democracia: Actualización de registros, relevamiento de datos, cruces de información e identificaciones de NN.

- Segato, R. (2006). *Qué es un feminicidio: Notas para un debate emergente* (Serie Antropología N.º 401). Universidade de Brasília.
<http://repositorio.filo.uba.ar:8080/xmlui/handle/filodigital/13981>
- Toledo Vásquez, P. (2017). Femicidio. En J. Di Corleto (Comp.), *Género y justicia penal* (1.ª ed.). Ediciones Didot.
- Tordini, X. (2021). *Desaparecidos y desaparecidas en la Argentina contemporánea*. Siglo XXI Editores Argentina

Condiciones de detención en el destacamento femenino de Mar del Plata

Repaso sobre el informe realizado en noviembre 2023- abril 2024

Camila Prieto¹, Lucia Mailen Lago²,
Melina Ayelén Pintos³, Pablo Over
Obiaño⁴, Susana Beatriz Romero⁵

I. Resumen

El monitoreo en el Destacamento Femenino de Mar del Plata (noviembre 2023 - abril 2024) reveló condiciones de detención inhumanas y violación de derechos humanos. El informe analizó el tiempo desmedido de detención de las mujeres en celdas insalubres (usando baldes como letrinas) y sin mobiliario. Se constataron serias deficiencias en el acceso a la salud, alimentación mala, prohibición de

¹ Estudiante de Psicología Social en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante de la Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos (Mar del Plata). camiprietoal@gmail.com

² Estudiante de Trabajo Social en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante de la Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos (Mar del Plata). lucialago083@gmail.com

³ Estudiante de Trabajo Social en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante de la Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos (Mar del Plata). mel.pintos06@gmail.com

⁴ Abogado y especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Maestrando en Criminología por la Universidad Nacional de Quilmes. Integrante de la Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos (Mar del Plata). obianopabloover@gmail.com

⁵ Estudiante de Trabajo Social en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante de la Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos (Mar del Plata). susanaromeroat@gmail.com

reloj, requisas vejatorias y falta de privacidad en la comunicación con familiares y defensas, configurando violencia institucional y discriminación de género estructural. Los fallos judiciales de *hábeas corpus* que ordenaron la reparación o la clausura fueron ignorados, por lo que el informe concluyó que los lugares con estos defectos deben ser clausurados.

II. Introducción

Este informe tuvo como propósito sistematizar el proceso de monitoreo realizado por el equipo de Mar del Plata de la red de defensorías territoriales en derechos humanos (Red DTDH), desde el mes de noviembre del 2023 hasta abril del 2024, en el Destacamento Femenino de Mar del Plata⁶. Aquí solamente haremos un resumen que se enmarca en la ponencia que fuere presentada en el marco del tercer congreso federal de justicia penal organizado por APP.

Por otro lado, comentarles que la red de defensorías territoriales en DDHH es una organización de la sociedad civil compuesta por doce (12) equipos que han hecho anclaje en distintas zonas del Conurbano Bonaerense y la ciudad de Mar del Plata. Las personas que forman parte de estos equipos se definen como activistas en derechos humanos y desde el 2016 se acompaña —de manera voluntaria— a familiares y personas en conflicto con la ley penal en la búsqueda del acceso a la justicia y los derechos.

En el mes de diciembre de 2019, fruto del proceso de consolidación de nuestra organización, la red DTDH firmó un convenio con el comité nacional para la prevención de la tortura (CNPT). Dicho convenio nos permitía, luego de una etapa de formación específica, el ingreso irrestricto a las comisarías y lugares de encierro dependientes de la jefatura de policía de la provincia de buenos aires y a todos los lugares de encierro que alojan jóvenes para su monitoreo. haciendo uso de ese convenio y en el marco del programa para el fortalecimiento del sistema nacional para la prevención de la tortura es que, durante el 2021, algunos equipos DTDH impulsaron procesos de monitoreo en

⁶ Mailen, L. L., Obiaño, P. O., Pintos, M. A., Prieto, C., & Romero, S. B. (2024, 14 de noviembre). *Informe sobre las condiciones de detención en el Destacamento Femenino de Mar del Plata – Red DTDH*. Revista Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/91546-informe-sobre-condiciones-detencion-destacamento-femenino-mar-del-plata-red-dtdh>

distintos espacios de detención que alojan a jóvenes. Posteriormente, en el 2023, se redirigió la propuesta a instituciones que son habitadas por mujeres en situación de privación de la libertad, como lo era el destacamento femenino de Mar del Plata que aquí se comentará.

Actualmente, la red DTDH se encuentra inscripta en el registro de organizaciones que realizan visitas de monitoreo reglamentado en la res. CNPT 33/2020 de acuerdo al art. 41 de la ley 26.827. Pero nos parece más importante aclarar que, en el destacamento femenino, ya no habitan mujeres. La primera semana de mayo del 2025 tomamos conocimiento de la apertura de un sector de alcaidía en la unidad penal nro. 50 de Batán. Para finales de julio, el destacamento dejó de funcionar como espacio de detención provisoria.

Luego del proceso de monitoreo y habiendo detectado como demanda de las mujeres la falta de actividades y de acompañamiento en salud mental, presentamos un nuevo proyecto al programa de fortalecimiento del sistema nacional para la prevención de la tortura y constituimos un taller semanal de arte y salud comunitaria en la institución. Fue en ese contexto en que nos anoticiamos -y fuimos testigo- de este cambio histórico para las mujeres presas en nuestra ciudad.

III. Sobre el proceso de monitoreo en el destacamento femenino

La decisión de impulsar un proceso de monitoreo en el destacamento femenino de Mar del Plata no fue al azar. El equipo DTDH de Mar del Plata tenía como meta promover acciones concretas dirigidas a mujeres en conflicto con la ley penal hace tiempo y, a su vez, conocíamos parte de la compleja situación habitacional en la institución. Además, sabíamos que el programa de inspecciones de la comisión provincial por la memoria (mecanismo local de prevención de la tortura de la provincia de buenos aires) ingresaba a la unidad penal nro. 50 de batán con frecuencia –que aloja mujeres–.

En este contexto, vimos la necesidad de abarcar un nuevo grupo poblacional y decidimos dirigir nuestra propuesta al destacamento femenino con la intención de contribuir a la producción de información sobre las condiciones de detención de las mujeres que habitaban esta

institución. Como equipo de trabajo adoptamos el término de monitoreo entendiéndolo como un proceso a través del tiempo (PROCUVIN, 2020: 16), articulado metodológicamente desde la observación directa no participante, la realización de entrevistas semiestructuradas, el análisis de planillas de detención y registro regular de todos los aspectos de la detención; ello a los fines de arribar a conclusiones desde el plano cualitativo y cuantitativo.

Dentro de los procesos de monitoreo, una de las tareas más importantes son las llamadas visitas de inspección. Sin embargo, los monitoreos no solo se limitan a las visitas de inspección, sino que incluyen otra serie de tareas. En nuestra propuesta, este proceso de monitoreo, contempló tres etapas de actividades:

En la primera, planificamos los objetivos del monitoreo, la metodología a implementar y construimos el instrumento de entrevista en función de los objetivos definidos. A tales fines, nos apoyamos en la lectura de documentos elaborados por el CNPT («lineamientos sobre capacidad y condiciones de privación de libertad en lugares de detención provisoria» – res. CNPT 38/22 y «estándares mínimos de capacidad de alojamiento y condición de establecimientos penitenciarios» – res. CNPT 16/2021), documentos elaborados por el CELS («Cómo actuar frente una detención», «facultades policiales según el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires») y el derrotero de procesos de *habeas corpus* correctivos impulsados principalmente desde el ministerio público de la defensa y resueltos por la justicia penal del departamento judicial de mar del plata –los cuales serán analizados sobre el final de este informe–, por las indignas condiciones de detención dentro del destacamento femenino.

La segunda respondía a la ejecución de las visitas de inspección y el registro de todos los datos que surgieran de ellas. En esta etapa, que ocupó desde el 18 de diciembre del 2023 hasta el 11 de abril del 2024, se llevaron adelante cinco inspecciones. Logramos realizar once (11) entrevistas a mujeres privadas de su libertad; Cinco (5) entrevistas no estructuradas entre las que se destaca una (1) entrevista a una mujer que se encontraba cursando un embarazo (elevándose informe al CNPT); dos (2) entrevistas grupales no estructuradas a las mujeres alojadas en planta baja y planta alta por una situación de violencia

institucional (elevándose informe al CNPT); entrevistas con el personal policial durante cada inspección y solicitud de planillas de registros de detenidas o «partes diarios» (análisis de datos), observaciones directas de todas las áreas donde transcurre la vida cotidiana de las mujeres y un registro fotográfico. En total se realizaron dieciocho (18) entrevistas, siendo un número relevante a los fines de construir conclusiones validas, teniendo en cuenta la cantidad de personas alojadas en la institución durante cada visita, a saber: la primera visita había quince (15) mujeres detenidas; la segunda, dieciséis (16); la tercera, once (11); la cuarta, trece (13); la quinta, dieciséis (16) – algunas de ellas se encontraron en más de una inspección a raíz de la prolongación de la detención en el destacamento–.

En cuanto a las entrevistas con las mujeres privadas de libertad, todas fueron de carácter confidencial, voluntario y alejado del personal policial. En cada entrevista se les informó a las mujeres la finalidad de las mismas y en los casos en que se elevaron informes sobre situaciones puntuales se les pidió el consentimiento informado.

La tercera etapa respondía al análisis de toda la información relevada y la producción del informe final. La tarea de procesamiento, análisis y problematización de datos sumada a las de escritura es para nosotrxs fundamental. En cada uno de los encuentros de formación e intercambio de la red de defensorías territoriales en derechos humanos hemos hecho énfasis en la importancia de construir información clara y ordenada, tanto para los acompañamientos como para los procesos de monitoreo. Estas tareas de producción de información se alejan de toda acción extractivista y, por el contrario, tienen como norte ser útiles en diálogos y discusiones con actores estatales que tienen responsabilidad sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

IV. Las condiciones de vida dentro del Destacamento Femenino de Mar del Plata

La resolución CNPT 38/22, elaborada por el comité nacional para la prevención de la tortura en el marco de las facultades conferidas por el artículo 7 inc. «f» de la ley 26.827, tiene por objetivo exponer una serie de parámetros que sirvan para evaluar condiciones de habitabilidad y capacidad en los lugares de detención de carácter provisorio. Estos lineamientos fueron el parámetro que se tuvo para analizar si se cumplían o no las condiciones mínimas de detención dentro del destacamento femenino de Mar del Plata.

Ahora bien, yendo a la cotidianeidad de las mujeres que habitan en la institución, sus vidas transcurrían en las celdas o en los patios, con excepción de los momentos en los que acceden a las visitas. Las celdas están abiertas entre las siete (7) y las veintitrés (23) horas. Uno de los temas que más llamó la atención de este equipo durante las inspecciones fue la prohibición del uso de reloj. Esta situación no solo les impide a las mujeres tener percepción del tiempo, sino también tener certezas horarias en situaciones cotidianas como es, por ejemplo, poder tomar una medicación a determinada hora.

Dentro del destacamento femenino no existen talleres, ni cursos. El día transcurre de manera monótona. Las entrevistadas refieren, casi de manera unánime, que «no se les pasan las horas, los días» (sic). Sin ignorar las gravísimas condiciones de detención a las que deben enfrentarse las mujeres alojadas en el Destacamento, consideramos que el régimen de vida dentro de la institución es esencial para entender por qué muchas de ellas reclaman ser trasladadas a la unidad penal nro. 50 de Batán.

a. Sectores de celdas y patios

Dentro del destacamento femenino de Mar del Plata existen dos sectores habitacionales. En la planta baja, la mayoría de las mujeres, caracterizadas como «población común», se alojaban en quince (15) celdas que deberían ser individuales, pero son habitadas por dos o tres mujeres. Seis de estas celdas están clausuradas, y dos (2) se usan como «buzones» o celdas de separación y castigo. Las celdas tienen

una cama baja de hormigón y una tabla superior que las mujeres no usan para dormir por sus dimensiones más pequeñas, sino para almacenar pertenencias para protegerlas de mojaduras. todas las mujeres disponen de un colchón y ropa de cama en condiciones totalmente indignas. las celdas carecen de mobiliario básico, y en algunas se usan baldes como letrina por la noche, dado que no hay baño dentro de las celdas y no se permite salir.

En la planta alta hay una única celda colectiva, de dimensión considerablemente mayor que las de la planta baja, con un baño (ducha e inodoro) y pileta con agua corriente, y con una infraestructura en condiciones más dignas. Las mujeres en este sector refirieron estar «muchísimo mejor que abajo» (sic). Sin embargo, la situación de una mujer alojada sola en esta celda causó alarma por el aislamiento total durante todo el día, y el personal refirió no quedar un guardia permanentemente en cercanías a este sector debido a la escasez de personal y sus múltiples tareas.

Desde ambos sectores, las mujeres pueden acceder a espacios al aire libre, llamados patios, aunque estos no están a «cielo abierto» sino que poseen rejas. El patio de la planta baja está unificado al sector de calabozos, mientras que el de la planta alta está separado de la celda colectiva. Considerando los metros cuadrados y la cantidad de personas alojadas, el patio de abajo resulta más pequeño que el del sector de planta alta.

b. Vinculación familiar y social, derecho a la comunicación y visitas

La cuestión de la vinculación familiar y social fue uno de los temas que emergió espontáneamente durante todas las inspecciones. A partir de los relatos de las mujeres entrevistadas se observó que las composiciones familiares eran diversas, estando formadas por pareja e hijxs o por miembros de su familia de origen e hijxs.

El derecho a la comunicación dentro del destacamento femenino es limitado y se encuentra totalmente obstruido. Las mujeres detenidas podían acceder a un teléfono para comunicarse con sus familiares dos veces a la semana (martes y viernes) en turnos de 10 minutos. Además, estaba prohibida la comunicación telefónica a los

establecimientos penitenciarios para quienes tienen sus parejas privadas de libertad. Se suma que, para vulnerar totalmente el acceso al derecho a la comunicación y la intimidad, tanto el personal policial como las mujeres entrevistadas expresaron que durante las llamadas permanece un/a guardia cerca. Las llamadas se realizaban con un teléfono inalámbrico desde la sala de abogados, y el personal policial escuchaba la conversación porque no pueden dejar que las mujeres hablen libremente ya que podrían estar planificando otros delitos. Las mujeres alojadas no disponían de teléfonos celulares propios.

En este contexto, implementaron un sistema de comunicación por cartas con sus allegados, aunque esta forma de comunicación tampoco era privada porque el personal policial revisaba las cartas. En relación al ingreso de sus familiares, las visitas tenían lugar los días sábados, con una duración de aproximadamente dos horas, y solo podían ingresar un familiar por detenida y, en algunos casos, un menor de edad. Las mujeres entrevistadas coincidieron unánimemente en que el «SUM es un lugar horrible y en malas condiciones» (sic) y no se permitían visitas íntimas en ningún caso. Además, el salón de visitas, ubicado en la planta alta, no poseía equipamiento de ningún tipo y tampoco garantizaba condiciones de intimidad y confidencialidad, sumándose que la parte del techo que linda con el ingreso al salón se encontraba en peligro de derrumbe.

c. Derecho a la salud

El acceso al derecho a la salud integral es una de las problemáticas más complejas en el destacamento femenino, que no está preparado para alojar personas por más de 72 H. Con respecto a la salud previa y la atención médica, no existiendo ningún tipo de dispositivo de atención.

En cuatro (4) de los cinco (5) casos de urgencias médicas, la accesibilidad estuvo garantizada por medio del sistema de atención médica de emergencias o con traslados al hospital interzonal de graves y agudos (HIGA), advirtiéndose una tendencia a garantizar el acceso a la atención médica. El quinto caso fue el de m., una mujer embarazada, quien, ante complicaciones, fue trasladada al HIGA, donde no recibió atención médica, y luego al hospital materno infantil, donde le diagnosticaron un embarazo de riesgo, volviendo al

destacamento; horas después, la mujer perdió el embarazo en el calabozo, hecho por el que se realizó la denuncia en fiscalía para que se investigue la responsabilidad estatal.

En cuanto a la medicación, las mujeres detenidas no podían utilizar reloj, por lo que tampoco podían tener certezas horarias para tomar los medicamentos correctamente. Sobre la alimentación, las mujeres reciben almuerzo y cena en viandas, y mate cocido y dos galletas de agua para desayuno y merienda; sin embargo, la visión de las mujeres entrevistadas era totalmente opuesta a la del personal policial, sosteniendo la mayor cantidad que la alimentación es mala, y reportando que la comida muchas veces llega en mal estado y hablaron de intoxicaciones recurrentes, lo que remite a gravísimas fallas en la seguridad alimentaria.

En materia de salud mental, dentro del destacamento femenino de Mar del Plata no funcionaba ningún espacio de atención emocional o psicológica, lo que, sumado al aislamiento absoluto, generaba grandes consecuencias en la salud mental de las mujeres.

Respecto a las condiciones sanitarias, la policía de la provincia de Buenos Aires no suministraba a las detenidas ningún tipo de elemento de limpieza, higiene personal y menstrual. En la planta baja, la situación sanitaria y las condiciones de infraestructura de las celdas ponían en riesgo la salud de las mujeres desde todas las perspectivas, contando con ventilación escasa, cableado de electricidad en condiciones de total precariedad, paredes y techos con humedad y totalmente despintados, y el ingreso de agua.

Las mujeres no tenían posibilidad de ir al baño durante las horas de la madrugada, y el uso de baldes era generalizado. La precariedad de la higiene de las letrinas y duchas hacía que las mujeres enfrenten habitualmente enfermedades infecciosas en las zonas genitales, además de que dos de tres duchas tenían una altura baja, por lo que se presume que las mujeres más altas debían inclinarse para poder bañarse.

d. Sanciones internas y requisas

El régimen de vida en el destacamento femenino transcurre en las celdas o en los patios. Las estrategias y prácticas policiales para regularlo y controlarlo son: las requisas, el castigo (especialmente el encierro prolongado o «engome colectivo»).

Las requisas eran sorpresivas, incluyendo requisas personales (con desvestimientos, flexiones y sentadillas, obligando a toser) realizadas por personal policial femenino, y requisas de las celdas por el grupo de apoyo departamental (GAD) masculino, donde las mujeres sostuvieron que «tiran y rompen todo»; estas prácticas afectaban la dignidad humana y no solo resguardan la seguridad, sino que resultaba una práctica policial para sostener y controlar el régimen de vida. El «engome colectivo» (encierros por tiempos más prolongados que lo habitual) era una forma de castigo, y se constató un hecho de violencia policial por parte de cinco masculinos del GAD contra una detenida.

V. Aspectos jurídicos y criminológicos

Todo lo anterior forma parte del capítulo 1 del informe, el cual describió al destacamento a través de la observación directa no participante. Posteriormente, se plasmaron las respuestas que nos dieron las mujeres detenidas en el marco de las entrevistas semiestructuradas —todo ello desde un plano cualitativo—. A continuación de ello, se llevó a cabo el análisis de documentos, de donde se obtuvieron estadísticas de las planillas confeccionadas por los funcionarios del Destacamento Femenino. De estas planillas surgían datos como los presuntos delitos que motivaron las detenciones, el tiempo de encierro, los organismos actuantes (policía, fiscalía y juzgado), entre otras variables.

No obstante, lo anterior, y reflatando también las entrevistas, algunas mujeres nos relataron haber sufrido maltrato policial durante los momentos de las aprehensiones. Respecto de los allanamientos, si bien no se advierten serias irregularidades procedimentales —de las entrevistas surgió que existió orden emanada de autoridad competente y testigos—, en términos generales, las mujeres detenidas pasaron, primero, por una comisaría; después, por el cuerpo médico;

y, finalmente, fueron trasladadas al destacamento femenino de Mar del Plata.

Al momento de la detención, algunas narraron que sufrieron malos tratos por parte del personal policial. Asimismo, al arribar al Destacamento, los relatos fueron unánimes respecto al trato inhumano y sumamente degradante al momento de realizarse la requisita previa al ingreso. Relataron situaciones violatorias de su dignidad al requerírseles que se desnuden y comiencen a agacharse y levantarse –reiteradas veces–, y siendo obligadas a toser a los fines de constatar que no lleven ningún elemento en sus zonas genitales; violándose así la dignidad (regla 1 en «reglas Mandela», 2015). También fue interpretado ello como una tortura, dado que se infringió un sufrimiento grave (declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, 1975).

VI. Propuesta de salida alternativa al conflicto penal

Concluido el diagnóstico sobre la selectividad penal —centrada en delitos de drogas y contra la propiedad—, el informe abandona la mera descripción para volverse prescriptivo. Así, se propusieron vías alternativas y reformas legales para superar el paradigma punitivo como única respuesta a la conflictividad social.

Esta selectividad fue evidente tanto en la materia delictiva como en el perfil de las mujeres provenientes mayoritariamente de sectores vulnerables. esta realidad, corroborada nuevamente en el destacamento femenino de Mar del Plata, demuestra cómo el sistema (policial, judicial y penitenciario) pone el acento en ilícitos específicos, generando un circuito de criminalización que se retroalimenta

Luego de considerar la problemática que atraviesa nuestro país en materia de tráfico de estupefacientes y el complejo caso rosarino, también se resaltó que la convivencia actual entre la ley 23.737, que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal; el fallo «Arriola» de la corte suprema de justicia de la nación (que entiende, muy resumidamente, que no se daña la salud pública si el consumo se mantiene en reserva o lugares privados, sin generar afectación a terceros, considerando que el Estado no puede introducirse en las acciones privadas de los individuos, quedando ellas amparadas por el art. 19 de la constitución nacional); y el REPROCANN

(registro del programa de cannabis), que autoriza determinados cultivos y tenencias con fines medicinales (Obiaño, 2024).

En busca de respuestas menos violentas y fieles a la *ultima ratio*, se propuso el modelo de Portugal (Ley 30/2000), que despenalizó la tenencia de pequeñas cantidades para priorizar un enfoque sanitario. Este sistema reemplaza la vía penal por la intervención de comisiones de disuasión (integradas por juristas, médicos y trabajadores sociales) que abordan el consumo desde la prevención y la salud pública. Su éxito fue rotundo: la población encarcelada por delitos de drogas descendió del 44% (1999) al 19,6% (2013).

Respecto a los delitos contra la propiedad, se propusieron las soluciones que ofrece el modelo composicional del conflicto, en contraposición al modelo infraccional que limita su respuesta a la pena privativa de libertad. El objetivo es restablecer, en la medida de lo posible, el estado de cosas anterior al delito (*status quo ante*). En este marco, la reparación integral del daño y la conciliación se erigen como herramientas fundamentales de la justicia restaurativa para alcanzar una solución pacífica. La implementación de estas salidas alternativas resulta vital para redireccionar la óptica del sistema penal y superar la noción de que el «éxito» del proceso depende exclusivamente del encierro (Obiaño, 2024). Ello permitiría reducir drásticamente los índices de prisionización por delitos patrimoniales y mitigar la superpoblación carcelaria, una problemática crítica si se consideran las condiciones de detención en lugares como el Destacamento Femenino de Mar del Plata

VII. Derecho de defensa

de las entrevistas personales con las mujeres privadas de su libertad en el destacamento femenino de Mar del Plata y del dialogo con el personal policial, surgieron graves irregularidades vinculadas al derecho de defensa, teniendo en cuenta que con unanimidad han indicado que se demora el contacto con sus defensores, y que no tienen comunicaciones privadas con ellos, sino que todo el tiempo se encuentra presente personal del destacamento.

Esta misma violación, se ve con la intervención de las llamadas telefónicas. Todas las mujeres detenidas asumen e indican que las

llamadas con el exterior, poseen interferencias que se vinculan a la escucha desde otro teléfono (ello lo corroboran las detenidas al escuchar ruidos extraños mientras están dialogando) o bien, con presencia policial durante las llamadas. Esto configura un espionaje ilegal, donde las personas detenidas no pueden hablar libremente con sus abogados ni con sus familiares. Como indicamos en el primer capítulo, lo mismo sucede con las cartas enviadas o recibidas.

Idéntica situación se verifica cuando abogados e imputadas mantienen las entrevistas en el sector asignado. La inminente presencia de funcionarios policiales obstaculiza la posibilidad de dialogar con la confidencialidad necesaria para delinear una teoría del caso o, incluso, para plantear cuestiones incidentales vinculadas a las condiciones de detención.

En este contexto, si se neutraliza o interfiere la comunicación entre el imputado y su letrado, la defensa técnica se torna estéril e ineficaz. Al no poder la persona detenida expresarse con total libertad, el defensor carece de información esencial y puede optar por una estrategia menos beneficiosa o alejada de la realidad de los hechos. Ello deriva inevitablemente en un estado de indefensión material, violatorio del derecho de defensa consagrado constitucionalmente.

Preparar una defensa es una tarea difícil. Prepararla en el cuarto enrejado que ofrece el destacamento femenino de Mar del Plata, con presencia policial, lo hace prácticamente imposible.

VIII. Análisis de habeas corpus

Dentro del análisis documental, también se estudiaron todos los *habeas corpus* que se presentaron por las irregularidades en el Destacamento Femenino.

El ese estudio se reveló una serie de intentos judiciales para limitar o clausurar el destacamento femenino de Mar del Plata debido a sus graves déficits. 1.- 2011: se buscó limitar el tiempo de permanencia de las detenidas a un máximo de setenta y dos (72) horas, salvo obstáculo comprobado; 2.- 2013 (planteo de la defensoría general): se solicitó la provisión de colchones ignífugos, adopción de medidas de higiene y desratización, reparación de infraestructura (eléctricas, cloacas, vidrios), control de la alimentación, carga de matafuegos, y

normalización de la recreación y el traslado de detenidas; 3.- mayo de 2018 (habeas corpus colectivo/correctivo nro. 7/18): hizo lugar parcialmente al hábeas corpus –en línea similar al de 2011– y ordenó al ministerio de seguridad la reparación integral del edificio en 90 días, incluyendo: reparación de humedades y cañerías, acondicionamiento de ventanas y ventilaciones, reparación general del sum y celda colectiva, reparación total de las 8 celdas clausuradas, instalación de un nuevo sistema eléctrico y luminarias, reparación general de todos los baños (con provisión de agua fría/caliente), recambio de pileta, colocación de rejillas, instalación de calefacción, provisión de colchones ignífugos y recarga de matafuegos, plan de evacuación, y partidas presupuestarias para alimentos y garantía de atención médica y provisión farmacológica; 4.- 2019/2020: ante el incumplimiento estatal de las reparaciones ordenadas en 2018, se solicitó la prohibición de ingreso de nuevas detenidas y se requirió la clausura definitiva del destacamento, habilitando un máximo de setenta y dos (72) horas de permanencia para aprehendidas/detenidas. 5.- octubre de 2020 (insistencia de la dra. Boeri): insistió en la inmediata clausura del destacamento, la prohibición cautelar y definitiva de nuevos ingresos, y que las mujeres ingresen directamente en la unidad nro. 50 del SPB (habilitando allí un espacio como alcaidía), además de solicitar la comunicación diaria con sus familiares y el uso de teléfonos celulares para evitar la falta de contacto; 6.- abril de 2021 (resolución de la cámara de apelación y garantías): dispuso la prohibición de alojamiento de detenidas por un período de tiempo superior a veinticuatro (24) horas, con perspectiva de género y valorando el doble estigma que sufren las detenidas por ser mujeres, citando normativa internacional relevante.

IX. Perspectiva de género

Desde el equipo de la red DTDH, el análisis del destacamento femenino de Mar del Plata reveló una manifiesta discriminación de género. Si bien la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW] (asamblea general de las naciones unidas, 1979) obliga a los estados a eliminar prácticas discriminatorias (arts. 4 y 5), se verificó una vulneración sistemática. Las mujeres permanecían detenidas en condiciones deplorables y por

plazos que excedían lo permitido en un recinto de tránsito, mientras que los varones eran trasladados con mayor celeridad a la alcaldía del servicio penitenciario bonaerense, entorno más apto para el cumplimiento de la detención.

Esta realidad contravenía las reglas de Bangkok (asamblea general de las naciones unidas, 2010), que exigen un trato diferenciado positivo —atendiendo necesidades específicas de género— y no una diferenciación negativa causada por infraestructura deficiente. Asimismo, la carencia de salud integral y actividades configuró violencia institucional conforme a la convención de belém do Pará (organización de los estados americanos [OEA], 1994). Dicho instrumento garantiza el derecho a una vida libre de violencia (arts. 3, 6, 7 y 9), entendiendo esta no solo como agresión física, sino como la negligencia estatal que comprometía el bienestar de las detenidas.

Finalmente, las reglas de Brasilia (cumbre judicial iberoamericana, 2008) advierten sobre la doble vulnerabilidad de este colectivo. Por su género y por la privación de libertad en condiciones indignas. La detención prolongada en el destacamento fue una muestra de discriminación estructural que reforzó la desigualdad histórica y la violencia institucional del sistema penal hacia las mujeres.

X. Palabras finales

A modo de cierre, el análisis de las condiciones de vida en el destacamento femenino de Mar del Plata reveló serias deficiencias en las características habitacionales y la cotidianidad de las mujeres detenidas. A pesar de ser un espacio de detención provisoria, funcionó en la práctica como una alcaldía. La falta de actividades, la prohibición de relojes y la monotonía diaria afectó gravemente la experiencia de las detenidas, quienes se enfrentaron a una sensación de estancamiento y pérdida de tiempo.

En esa dirección, el equipo de Mar del Plata de la red de defensorías territoriales en derechos humanos expresa su firme deseo de que las autoridades policiales, junto con los funcionarios judiciales y del ministerio de seguridad de la provincia de buenos aires, tomen plena conciencia de las conclusiones presentadas y actúen con determinación para transformar la realidad que viven las mujeres privadas de su libertad. Monitorear las condiciones de detención es

una labor compleja, pero los resultados son claros. Se requieren acciones inmediatas para erradicar las condiciones inhumanas y garantizar el respeto pleno de los derechos humanos.

Por último, se reitera que lo expuesto es solo un resumen del trabajo realizado. Para acceder a los pormenores y a un tratamiento más profundo de los temas que, por razones de extensión, no se incluyeron aquí, se sugiere consultar el informe completo disponible en las referencias.

XI. Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979, 18 de diciembre). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010, 21 de diciembre). *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)* (Resolución A/RES/65/229). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008, marzo). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Lago, L. M., Obiaño, P. O., Pintos, M. A., Prieto, C., & Romero, S. B. (2024). *Informe sobre condiciones de detención en el Destacamento Femenino de Mar del Plata*. Red de Defensorías Territoriales en Derechos Humanos. <https://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/91546-informe-sobre-condiciones-detencion-destacamento-femenino-mar-del-plata-red-dtdh>
- Obiaño, P. O. (2024). *Quizá la despenalización de la droga sea el sendero para Argentina*. Revista Bacap.

<https://bacap.com.ar/2024/03/20/quiza-la-despenalizacion-de-la-droga-sea-el-sendero-para-argentina/>

Obiaño, P. O. (2024, 17 de octubre). *Extinción de la acción penal por reparación integral en la legislación argentina: Diferencias con la conciliación*. Pensamiento Penal.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/91501-extincion-accion-penal-reparacion-integral-legislacion-argentina-diferencias>

Organización de los Estados Americanos. (1994, 9 de junio). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* («Convención de Belém do Pará»). Departamento de Derecho Internacional. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización de las Naciones Unidas. (1975). *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Resolución 3452, Asamblea General). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-personsbeing-subjected-torture-and>

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

PROCUVIN (Procuraduría de Violencia Institucional). (2020). *Monitoreo de espacios de detención: Guía práctica para integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación*.

El doble castigo

Mujeres privadas de la libertad y la desigualdad bajo la lupa de los derechos humanos

Rocío Milena Lorenzo¹

I. Resumen

El presente trabajo analiza información producida por organismos de control sobre las condiciones de detención de mujeres privadas de libertad en Argentina y evalúa su adecuación a los principales estándares internacionales de derechos humanos.

A partir de estos insumos, se identifican patrones persistentes de vulneración asociados a la precariedad edilicia, las limitaciones en el acceso a servicios esenciales y el uso extendido de la prisión preventiva, factores que profundizan desigualdades estructurales preexistentes. En este marco se propone la noción de *doble castigo*: no solo la pena formal, sino una sanción adicional de carácter moral e institucional ligada a estereotipos y mandatos de género, que agrava el impacto del encierro sobre estas mujeres. Sobre esa base, se sostiene la necesidad de revisar las políticas penitenciarias y fortalecer los mecanismos de supervisión estatal para garantizar condiciones de detención compatibles con las obligaciones internacionales y promover una ejecución penal con perspectiva de género.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda en Derecho Procesal Penal por la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) y especialista en Ministerio Público por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora en formación en la Universidad Nacional de José C. Paz. Co-coordinadora del Área de Géneros y Feminismos del Laboratorio de Estudios sobre Política Penal de la Universidad Nacional de José C. Paz (LEPP-UNPAZ). Integrante de la Asociación Pensamiento Penal, capítulo Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Políticas Penitenciarias. rmlorenzo@derecho.uba.ar

II. Metodología y objetivos del trabajo

Las condiciones de detención de las mujeres privadas de libertad siguen siendo un aspecto crítico en materia de derechos humanos. En esa línea, este artículo forma parte de una investigación más amplia² que se orienta a visibilizar las prácticas y condiciones que atraviesan las mujeres en contextos de encierro, adoptando una perspectiva interseccional y de derechos humanos. Para dicho análisis, se evaluaron informes producidos por la procuración penitenciaria de la nación (en adelante, «PPN»), el sistema nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena (en adelante, «SNEEP») y la comisión de cárceles del ministerio público de la defensa, junto con jurisprudencia relevante y documentos internacionales tales como la (en adelante, «CEDAW»), las Reglas de Bangkok y las Reglas Mandela, entre otros.

Se trata de una investigación de tipo cualitativa, basada en el análisis documental de fuentes institucionales y en el uso de casos seleccionados con el fin de visibilizar situaciones que reflejan las principales problemáticas vinculadas al modo en que opera el doble castigo sobre las mujeres privadas de la libertad.

III. Introducción: desigualdades estructurales

El trabajo propone un análisis crítico sobre las condiciones de detención de las mujeres privadas de libertad —tanto en prisión preventiva como condenadas—, con especial énfasis en los espacios de alojamiento carcelario: comisarías, alcaidías, establecimientos penitenciarios.

A partir de la práctica profesional y los informes elaborados por organismos de control carcelario; se advierte la persistencia de desigualdades estructurales en el trato que reciben las mujeres dentro y fuera del sistema penal. Esta dinámica es conceptualizada aquí como *doble castigo*.

Desde este enfoque, se busca aportar al debate académico sobre los sistemas de detención, subrayando la necesidad de políticas

² Laboratorio de estudios sobre procesos penales (LEPP), investigaciones llevadas a cabo desde el área de géneros y feminismos, junto a la coordinación de Melisa Aller y del colega Daniel Alejandro Arias.

públicas basadas en derechos humanos y con enfoque de género, que sean capaces de atender las particularidades de las mujeres en contextos de encierro y de promover su reinserción social.

El concepto de *doble castigo*³ que se propone, parte de una lectura crítica del sistema penal desde una perspectiva de género. Con esta expresión, se alude a una dimensión estructural del castigo — institucional y simbólica— que recae de forma particular sobre las mujeres privadas de libertad, mediante el juicio moral que se les impone por no ajustarse a los mandatos tradicionales de género.

El primer castigo es el que impone el propio sistema penal: la prisión, la condena. El segundo, en cambio, es de orden social, institucional, moral y cultural: no solo son criminalizadas, sino también sancionadas por haberse desviado de los roles asignados a la feminidad⁴, especialmente aquellos vinculados con la maternidad, el cuidado y la domesticidad.

Desde esta perspectiva, el sistema penal no solo castiga conductas, sino también identidades: las mujeres que no responden a los estereotipos de pasividad, obediencia o maternidad sacrificada son vistas como doblemente transgresoras, tanto del derecho como del rol social asignado.

Es por ello que resulta menester preguntarse: ¿de qué manera el sistema penal argentino reproduce y profundiza desigualdades estructurales a través de condiciones de detención diferenciadas?, ¿por qué, incluso en contextos de encierro, se sostiene este *doble castigo* que sanciona la transgresión de los mandatos de género?

Estos interrogantes cobran especial importancia al analizar las condiciones de los alojamientos carcelarios, que presentan deficiencias estructurales significativas vulnerando sistemáticamente los derechos fundamentales de las mujeres privadas de su libertad y afectando su dignidad.

³ Cuando se habla de «*doble castigo*», se alude a dos dimensiones interrelacionadas: por un lado, el castigo formal que representa la privación de libertad; y por el otro, la sanción adicional de carácter simbólico y estructural por transgredir los mandatos de género. Ambas dimensiones operan de forma simultánea.

⁴ Al respecto, Pat Carlen (1990) ha sido una de los principales referentes en el estudio de cómo son penalizadas las mujeres, no sólo por sus delitos, sino por desviarse de las expectativas sociales ligadas a la feminidad y al cuidado.

Por ello, esta problemática no solo evidencia la necesidad de revisar las condiciones de encierro desde una mirada local, sino también a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, como las *reglas de Bangkok*, la *convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) y las *normas mínimas de Nelson Mandela para el tratamiento de las personas privadas de libertad*, entre otros. A partir de estos instrumentos y del estudio de los informes elaborados por organismos nacionales especializados en la supervisión de centros de detención como la PPN, la comisión de cárceles y el SNEEP, se evidencia cómo las mujeres permanecen detenidas en condiciones inhumanas, sin acceso a derechos básicos y en una precarización de los alojamientos carcelarios, tanto a nivel estructural -falta de espacio y ventilación- como en el acceso limitado a la salud, la educación, la higiene, el trabajo, la asistencia jurídica y los programas de reinserción, sumada a la ausencia de un enfoque de género adecuado, por lo que se profundiza aún más las desigualdades existentes.

Estas falencias no sólo perpetúan ciclos de exclusión y violencia institucional, sino que también impactan directamente en la integridad y el futuro de las mujeres, obstaculizando su efectiva reinserción social. En el mismo sentido, se advierte cómo el hacinamiento, la falta de perspectiva de género en las políticas de detención y el uso constante de la prisión preventiva agravan las condiciones de encierro, y generan consecuencias diferenciadas para estas mujeres.

En cuanto a los alojamientos como alcaidías y comisarías las falencias estructurales y la restricción de derechos se presentan de forma aún más persistente. Esto se debe, en parte, a que estos espacios fueron concebidos como lugares de tránsito. Sin embargo, en la práctica, muchas mujeres permanecen allí durante períodos prolongados —incluso por seis meses o más— en condiciones inhumanas.

Esta situación evidencia una vez más la perpetuación de la violencia institucional, que a su vez se encuentra reflejada en el elevado número de denuncias por malos tratos y torturas.

IV. Contexto

¿Qué delito comete una mujer para que, en un Estado de derecho, se le exija transitar una condena o una prisión preventiva en condiciones degradantes, como dormir durante meses en el piso, sin agua, sin visitas y en espacios insalubres?

Esta pregunta no surge de una situación excepcional, sino que refleja una realidad cotidiana que se presenta en muchas comisarías, alcaidías y unidades penitenciarias del país. Es decir, no se trata de hechos aislados ni de fallas puntuales dentro del sistema, sino de una expresión concreta del modo en que el encierro castiga dos veces⁵: primero, mediante la pena impuesta; y luego, a través de las condiciones estructurales en que se ejecuta esa privación de la libertad, atravesadas por un sesgo moralizante.

Así, el doble castigo no refiere solo a la pena judicialmente impuesta, sino a las condiciones que profundizan el sufrimiento penal en mujeres que llegan al sistema carcelario desde contextos de exclusión. Nótese que la desigualdad de género, las violencias previas, la pobreza, la falta de acceso a derechos básicos como la salud, la vivienda o la educación, se combinan con un sistema penal pensado desde lógicas masculinas, que reproduce y refuerza esas vulnerabilidades.

El objetivo de esta presentación es visibilizar cómo opera esa doble penalidad en relación con las condiciones materiales del encierro y su contraste con los estándares internacionales de derechos humanos.

Asimismo, este doble castigo -en relación con las condiciones materiales del encierro- no se limita a una simple acumulación de sanciones. Se trata de un proceso complejo, estructural que excede el marco jurídico-formal y opera con particular intensidad sobre ciertos cuerpos. Mujeres, jefas de hogar, usuarias de sustancias, mujeres que han sobrevivido violencias, todas comparten un rasgo en común: llegan al encierro desde la exclusión, y el sistema penal no hace más que profundizar ese punto de partida.

⁵ El uso del término «castigo» alude aquí al despliegue ampliado del poder punitivo estatal, que incluye tanto la pena formal como las condiciones materiales y simbólicas del encierro, en línea con enfoques críticos como los de Foucault y Christie.

Al respecto, no podemos analizar el encarcelamiento de mujeres sin considerar las múltiples exclusiones que lo anteceden, atraviesan y prolongan.

La prisión, en lugar de funcionar como herramienta de reinserción, opera como un eslabón más en una cadena de exclusiones: primero social, luego institucional y finalmente penal, denotando un Estado ausente. En ese sentido, Nils Christie (1981) definió al castigo moderno como una distribución de dolor socialmente legitimada, que se administra de forma diferenciada según el lugar que ocupe cada sujeto en la escala social.

Dentro de esa escala, las mujeres no solo transgreden la norma penal sino también los mandatos de género que le son impuestos —la buena madre, la mujer sumisa, la cuidadora silenciosa— y por los que serán castigadas colateralmente.

Así, estas mujeres, se convierten en una «anomalía» que el sistema penal busca corregir desde la pena formal, con el agregado de generar dolor a sus cuerpos y mentes, profundizando sus vulnerabilidades. Es una doble transgresión que amerita, según esa lógica, un doble castigo.

Además, como subraya el informe del CELS, junto con diversos estudios realizados por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación, muchas mujeres cumplen condena sin acceso a salidas transitorias, a educación formal ni a programas laborales. Esta situación evidencia que, lejos de promover mecanismos de reinserción, el sistema penal refuerza los ciclos de exclusión.

Incluso cuando se concede el arresto domiciliario (art 10 Código Penal y art. 32 de la ley 24.660), suele destacarse en las prácticas judiciales como un beneficio, olvidando que se trata, en rigor, de una modalidad alternativa de ejecución de la pena, pero sujeta a otras formas de extensión de control.

Parafraseando a Indiana Guereño (2021), *el hogar se transforma en una trampa*: la casa deviene en una cárcel sin asistencia, sin pedagogía y sin reconocimiento institucional. Se reproduce el encierro bajo la misma lógica de control y disciplinamiento, pero con una ausencia aún más profunda de medios para garantizar derechos básicos. Es decir, el hogar se convierte en una *cárcel sin recursos*, donde la mujer queda

aislada, sobrecargada de tareas de cuidado y sin acceso efectivo a comida, estudios, trabajo, ingresos económicos, salud, etc. De esta forma, el castigo se traslada, pero no se reduce: solo cambia de forma y se torna aún más invisible.

En este sentido, resulta pertinente señalar que las mujeres privadas de libertad bajo esta modalidad enfrentan serias limitaciones para acceder a educación, ya que en la mayoría de los casos no se les brindan las herramientas necesarias para hacerlo. Incluso cuando logran sortear esos obstáculos —algo poco frecuente—, difícilmente se les reconocen los estímulos educativos que, conforme la ley 24.660, permitirían anticipar el pasaje entre las distintas etapas del régimen progresivo de la pena.

Esta situación refleja, con elocuencia, las múltiples dificultades que atraviesan durante el cumplimiento de este tipo de condena, y deja en evidencia cómo los tribunales suelen pasar por alto contextos de violencia, tareas de cuidado, pobreza estructural y otros factores relevantes.

En esa línea, una de las principales barreras para visibilizar las desigualdades que atraviesan las mujeres en contextos de encierro es la falta de información precisa y desagregada. No existen datos sistemáticos y actualizados que contemplen el alojamiento, las condiciones de detención y la jurisdicción responsable de su detención.

A ello se suma que el sistema penal, en general, no nombra lo que estas mujeres viven ni dimensiona el dolor que han atravesado, aunque en algunos casos puntuales la justicia sí lo reconozca. En definitiva, sin datos desagregados, sin registros públicos accesibles ni monitoreos diferenciados, la violencia estructural permanece invisibilizada, amparada bajo una apariencia de legalidad.

Por todo esto, cuando aquí se habla de doble castigo, no se realiza de manera metafórica del dolor, sino que se está nombrando una forma sistemática de ejercicio del poder punitivo, que castiga a quienes ya estaban castigadas, que encierra a quienes ya vivía en los márgenes de la sociedad, y que lo hace sin reconocer la deuda histórica que el Estado tiene con estas poblaciones.

Así las cosas, lo que se plantea no es una postura de benevolencia hacia las mujeres por el solo hecho de serlo, sino la exigencia de claridad, igualdad y legalidad. En otras palabras, se trata de cuestionar por qué se las castiga, a quiénes alcanza esa pena y bajo qué lógica de política criminal se lo aplica. Ello no es una cuestión novedosa: la criminalización primaria y secundaria que Zaffaroni (2007) ha señalado desde hace décadas se profundiza con particular crudeza sobre determinados sectores sociales, a través de una lógica de selectividad que el sistema penal no sólo reproduce, sino que también legitima.

V. Condiciones de detención y Derechos Humanos

Las mujeres detenidas en Argentina suelen ser alojadas en espacios concebidos para varones, con infraestructura inadecuada y sin acceso regular a servicios básicos como salud, higiene, educación o programas laborales. Esta situación se agrava aún más en comisarías y alcaidías, donde, según informes de la PPN, se constatan condiciones de hacinamiento, falta de agua, colchones en el piso y otras carencias graves.

La precariedad en las condiciones de detención no es un hecho aislado, sino parte de una estructura punitiva que no solo sanciona conductas delictivas, sino que también penaliza las condiciones de vida previas al encierro, reforzando la exclusión de sectores históricamente vulnerados.

Lejos de ser espacios de garantía de derechos, muchos lugares de detención profundizan el daño y reproducen la desigualdad. Estas dinámicas del ejercicio del dolor, se vuelven particularmente evidentes cuando se observan casos concretos.

Al respecto, he elegido dos casos paradigmáticos para ilustrar el *doble castigo*.

El caso de «D.P.», nos va a permitir visibilizar las tensiones entre el sistema penal y la vigencia efectiva de los derechos humanos. Ella fue detenida con prisión preventiva por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. c de la ley 23.737).

En un primer momento, se le había concedido el arresto domiciliario por ser madre de tres hijos menores, pero esa medida fue revocada. Siendo alojada en la unidad penitenciaria No. 5 de Rosario. Allí, «D.P.» dio a luz a su cuarta hija y fueron ubicadas en el pabellón catalogado internamente como «alto perfil/alto riesgo», dentro de una celda de apenas 2 x 2 metros, con una sola cama de una plaza y un baño químico. El espacio carecía de ventilación adecuada y de las mínimas condiciones de higiene: no había cuna, ni juguetes, ni ropa suficiente para la bebé. Dormían juntas sobre el mismo colchón, en un ámbito manifiestamente inadecuado para la salud y el desarrollo de un recién nacido.

La niña no recibía controles pediátricos y a «D.P.» se le negó incluso el tratamiento para la anemia que padecía. Llegó a perder 30 kilos por la falta de alimentos, y debía dormir con su hija en brazos para evitar que las ratas se acercaran a ella. No tenían acceso a la luz solar ni a un espacio al aire libre; las duchas no contaban con agua caliente ni cortinas, lo que implicaba una constante vulneración de su intimidad. Pero, además, la situación trascendía su celda: uno de sus hijos, de tres años, quedó en estado de abandono luego de que su tía —cuidadora temporal— iniciara un tratamiento psiquiátrico por la muerte de su propio hijo. El grupo familiar se encontraba completamente desmembrado.

Frente a esta situación, la defensa solicitó nuevamente ante el tribunal oral federal de Rosario, el arresto domiciliario invocando el interés superior del niño -consagrado en la convención sobre los derechos del niño- junto con normas de la constitución nacional y tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, el 28 de febrero de 2025 el tribunal oral federal N.º 1 de Rosario rechazó el pedido argumentando la gravedad del tipo penal que se le había imputado a «D.P.», presuntos incumplimientos previos de condiciones de detención y una supuesta falta de acreditación de lo denunciado, a pesar de que muchos de los hechos habían sido verificados *in situ* por profesionales de la defensa y el gabinete interdisciplinario. Asimismo, el tribunal mencionó que «D. P.» había sido trasladada al complejo penitenciario federal IV de Ezeiza, donde —según consta en la resolución— se encontraba en mejores condiciones de alojamiento en comparación con la unidad 5 de

Rosario, aunque este dato no fue considerado como fundamento principal para el rechazo.

Ante ello, la defensa interpuso recurso de casación, argumentando arbitrariedad en la resolución, una grave afectación a los derechos de la niñez y una posible responsabilidad internacional del Estado por trato inhumano y degradante.

Actualmente, la Sala IV de la C.F.C.P rechazó el recurso presentado por la defensa⁶, aunque reconoció la preocupación por las condiciones de alojamiento en la Unidad 5 de Rosario. Señaló que las denuncias sobre condiciones inadecuadas no habían sido suficientemente acreditadas y concluyó que la resolución del tribunal de origen contaba con la fundamentación mínima exigida, sin incurrir en arbitrariedad ni desconocer las normas aplicables.

Otro caso paradigmático es el de «D.S.», una mujer a quien se le había concedido el arresto domiciliario y luego de un periodo de detención le fue revocado por parte del tribunal oral federal de Concepción del Uruguay, bajo el argumento de haber incumplido las condiciones impuestas, que era permanecer en el domicilio: ella se había trasladado con su hijo durante un año a otro lugar sin dar aviso y sin autorización. Sin embargo, lo que no se valoró en esa decisión fue el contexto que motivó su accionar. «D.S.» huía de una situación de violencia de género por parte de su ex pareja, quien tiempo atrás había secuestrado a su hijo y lo había lesionado con la intención de que ella sufriera.

El temor de ella se basaba justamente en haberse enterado que esta persona iba a recuperar su libertad, por lo que envuelta en desesperación tomó la decisión de priorizar la seguridad de su hijo por fuera del marco legal previsto y fugarse con su hijo a un lugar donde este hombre no la podría encontrar.

Tras la revocación del arresto domiciliario, fue regresada al establecimiento penitenciario - ignorando las explicaciones dadas-. Su hijo quedó al cuidado de su abuela —quien padecía problemas de salud mental— y de una vecina de edad avanzada. En ese contexto precario, el niño de 5 años, que además presentaba un cuadro de

⁶ D.P., Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. Causa FRO 12164/2023/T01/17/CFC1, incidente por arresto domiciliario.

hiperactividad, se escapó de la casa y fue atropellado por un patrullero, lo que derivó en su internación en terapia intensiva. Recién a partir de este hecho trágico, el 31 de julio de 2024 la justicia reconsideró su situación y le restituyó el arresto domiciliario a «D.S.». Sin embargo, el ente acusador insistió en impugnar la decisión adoptada por el tribunal oral de concepción del Uruguay. Ante ello, la Sala II de la cámara federal de casación penal rechazó el recurso, señalando que las indicaciones del MPF *«no se condice con el examen de las circunstancias fácticas que rodean la actual realidad del menor de edad, y por lo tanto, impertinente para fundar el encierro bajo la modalidad más rigurosa prevista en nuestro ordenamiento»*⁷.

No obstante, lejos de constituir una reparación real, esta respuesta tardía evidencia una lógica institucional que solo se activa cuando el daño se vuelve extremo y visible.

Dicha omisión judicial no fue un hecho aislado: responde a una matriz estructural que ignora sistemáticamente las trayectorias vitales de mujeres pobres, cuidadoras y sin redes de contención efectivas.

Si bien este caso, demuestra que los tribunales pueden adoptar decisiones más humanas cuando el dolor es irrefutable, no podemos seguir esperando que la tragedia sea la condición para que se reconozcan derechos básicos.

Al respecto y tal como fue ilustrado, estas situaciones se vuelven más evidentes al constatar que el castigo penal y moral recae con particular dureza sobre mujeres en situación de vulnerabilidad (pobres, migrantes, jóvenes o madres de hijos pequeños), como así también en otros sectores desprotegidos, cuyas trayectorias demandan respuestas diferenciadas.

Sin embargo, el sistema penitenciario continúa aplicando un enfoque uniforme, ajeno a sus realidades y necesidades concretas.

En ese sentido, las estadísticas refuerzan este diagnóstico.

Según datos del SNEEP correspondientes a diciembre de 2023, había 787 mujeres privadas de libertad en establecimientos del servicio penitenciario federal, lo que representa apenas el 7% de la

⁷ D. S., Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. Causa FPA 9846/2017, incidente por arresto domiciliario.

población penitenciaria bajo esa órbita. La mayoría se encontraba alojada en el complejo penitenciario federal IV de Ezeiza (508 mujeres), seguido por unidades mixtas como el complejo VI de Luján de Cuyo y el (ex) complejo VII.

A pesar de tratarse, en algunos casos, de establecimientos especializados, solo una minoría accedía a salidas transitorias, educación o trabajo. El 86,8% de las personas condenadas no había recibido reducción de pena, el 85% no participaba en programas de capacitación laboral y el 28% no accedía a trabajo remunerado dentro del penal.

Complementariamente, datos relevados por la procuración penitenciaria de la nación en el segundo semestre de 2024 revelan que 71 mujeres, junto a 5 personas trans y 7 varones trans/no binaries, se encontraban detenidas en comisarías y alcaidías de la policía de la Ciudad de Buenos Aires.

Aunque estos espacios fueron concebidos para detenciones transitorias, una de cada cuatro personas, permanecían allí por más de seis meses, en condiciones alarmantes: el 47% dormía en colchones en el piso, solo una comisaría contaba con acceso a agua las 24 horas, había un inodoro cada 12 personas, y apenas 3 contaban con espacio para visitas. Solo 4 disponían de un patio, lo que da cuenta del incumplimiento sistemático de condiciones mínimas de habitabilidad. Estas condiciones afectan de forma diferenciada a mujeres y personas LGBTI+, muchas de ellas sin condena firme, y evidencian la urgente necesidad de aplicar políticas penitenciarias con enfoque interseccional y perspectiva de género.

VI. Estándares internacionales y obligaciones del Estado Argentino

Frente a las situaciones, resulta indispensable interpelar al Estado desde los compromisos que ha asumido a nivel internacional. Puesto que, ya no alcanza con señalar las falencias estructurales: es necesario evaluar hasta qué punto las condiciones de detención de mujeres y disidencias se ajustan — o no— a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Al respecto, el marco normativo internacional en materia de derechos humanos establece obligaciones claras y específicas para los Estados en relación con las personas privadas de la libertad, y en particular, respecto de las mujeres y disidencias. Instrumentos como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes (reglas de Bangkok), las reglas Nelson Mandela y la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) no solo consagran el derecho a condiciones dignas de detención, sino que exigen una mirada interseccional que contemple las trayectorias y necesidades específicas de las mujeres encarceladas.

Las reglas de Bangkok, señalan que las mujeres en prisión enfrentan vulnerabilidades particulares —como antecedentes de violencia de género, responsabilidades de cuidado, necesidades de salud sexual y reproductiva— y que los sistemas penitenciarios deben adaptar sus políticas para atenderlas. Entre otras disposiciones, instan a los Estados a evitar el uso de la prisión preventiva, fomentar medidas alternativas al encierro, asegurar el acceso a programas educativos y laborales adecuados, y garantizar atención médica sensible al género.

En el mismo sentido, la CEDAW y sus observaciones generales remarcan que el encarcelamiento de mujeres en condiciones inadecuadas constituye una forma de discriminación estructural, especialmente cuando se combina con otras formas de exclusión como la pobreza, la identidad de género o el origen étnico. Al respecto, el Comité de la CEDAW, en sus recomendaciones a argentina, ha subrayado la necesidad de implementar políticas penitenciarias con

enfoque de género y ha advertido sobre la falta de medidas efectivas para proteger a mujeres privadas de libertad.

A pesar de estos compromisos internacionales, la práctica penitenciaria en Argentina revela un incumplimiento sistemático de estos estándares. Como muestran los informes del SNEEP, muchas mujeres se encuentran alojadas en establecimientos sin acceso a servicios básicos, sin programas de reinserción efectivos y en condiciones de hacinamiento que violan los principios mínimos de dignidad.

La omisión estatal de garantizar condiciones mínimas constituye una violación al principio de no regresividad en materia de derechos humanos. El Estado no sólo debe abstenerse de generar condiciones degradantes, sino que tiene una obligación positiva de avanzar progresivamente en la mejora de las condiciones de detención, en cumplimiento de los compromisos asumidos.

Cumplir con las reglas de Bangkok, la CEDAW y otros tratados internacionales⁸ no es una opción política: es una obligación jurídica y ética que implica reconocer a las mujeres privadas de la libertad como sujetas de derechos, y no como excepciones dentro de un sistema construido desde una mirada androcéntrica y punitiva.

VII. Aportes desde la criminología crítica y feminista

Para comprender en profundidad cómo opera el doble castigo, es necesario incorporar las herramientas teóricas que aporta la criminología crítica y feminista. Estas corrientes han denunciado históricamente que el sistema penal no es neutral, sino que responde a una lógica de control social estructurada sobre relaciones de poder, clase, género y raza. Desde esta perspectiva, el encierro no se limita a sancionar una infracción a la norma, sino que se convierte en un mecanismo de disciplinamiento de cuerpos e identidades que se desvían del modelo dominante.

⁸ El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional incorpora tratados de derechos humanos tales como la CEDAW, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención contra la Tortura, que obliga al Estado argentino a cumplir sus estándares. En ese marco, instrumentos como las reglas de Bangkok, las reglas Mandela y las reglas de Brasilia, aunque no vinculantes, funcionan como criterios interpretativos reconocidos por los órganos internacionales de control.

La criminología feminista ha puesto de relieve cómo el derecho penal y su aparato institucional se han construido sobre una matriz androcéntrica.

Desde su origen, el sistema fue diseñado tomando al varón como sujeto universal, lo que se refleja en la conceptualización del delito, en la redacción de las leyes, en la administración de justicia y en las formas del castigo. Como consecuencia, las necesidades de las mujeres son invisibilizadas o tratadas como «excepcionales», en relación con una norma que responde al varón cis heterosexual como modelo dominante.

Esta lógica se manifiesta en múltiples planos: en las condiciones edilicias de los lugares de detención, en la falta de programas específicos, en el acceso limitado a la salud sexual y reproductiva, en la experiencia de la maternidad en contextos de encierro y en el aislamiento que enfrentan quienes no se ajustan al binarismo sexo-género, entre muchas otras expresiones de desigualdad estructural.

Así, cuando las mujeres ingresan al sistema penal, lo hacen en una estructura que no reconoce ni atiende sus trayectorias vitales ni sus necesidades diferenciadas. Lo que para un varón puede representar una sanción, para una mujer suele implicar una profundización de las violencias que ya sufría.

En este sentido, el castigo no se limita a la pena formal, sino que se multiplica, tal como lo plantea Fanny Añaños (2006) en su estudio sobre mujeres en contexto de encierro en España. La autora, identifica una exclusión múltiple en tres niveles: exclusión primaria: previa al encierro, vinculada a contextos de vulnerabilidad estructural; secundaria, que se profundiza durante la prisión, marcada por el aislamiento, la invisibilización y la ruptura de vínculos; y exclusión terciaria, que persiste tras la liberación, a través del estigma social y las barreras para la reinserción.

En esta línea, el castigo moderno opera como una distribución administrada del dolor: se legitima a través de discursos jurídicos técnicos, pero en su aplicación concreta se dirige de forma selectiva a los sectores más vulnerables. Ese dolor se traduce en condiciones materiales indignas, separación de sus vínculos afectivos, falta de acceso a derechos y estigmatización social.

La cárcel, entonces, se convierte en un dispositivo que reproduce desigualdad.

Estos aportes permiten comprender que el doble castigo no es una falencia ocasional del sistema, sino una lógica estructural que recae con mayor severidad sobre quienes rompen no solo la norma penal, sino también los mandatos de género. Reconocer esto es indispensable para pensar políticas públicas y prácticas judiciales que no reproduzcan estas desigualdades, sino que las desarmen.

VIII. Conclusión. Romper el ciclo del doble castigo

Estas desigualdades y estigmatizaciones no se explican solamente por las carencias materiales en los lugares de detención o por vacíos legales; sino que también se encuentran arraigadas en prácticas institucionales y lógicas burocráticas que refuerzan la inercia del sistema, reproduciendo formas de exclusión que persisten en el tiempo. Las condiciones de detención inhumanas, la falta de acceso a derechos básicos, las omisiones frente a situaciones de violencia o vulnerabilidad, no son hechos excepcionales: son el resultado de un sistema que, en lugar de repensarse, se reproduce a sí mismo.

Como plantea Adrián Martín (2023) en *El lado de los nudos*, las burocracias judiciales muchas veces funcionan como dispositivos que operan por repetición, más preocupadas por cerrar expedientes que por transformar realidades. En este marco, cualquier intervención que se corra de la lógica rutinaria —como conceder medidas alternativas al encierro, revisar condiciones de arresto domiciliario o incorporar la perspectiva de género en la ejecución penal— es vista como un obstáculo, una «*anomalía*» que amenaza la estabilidad de la máquina judicial. Esta lógica del nudo, basada en atar, contener y clausurar, explica en parte el rechazo sistemático al cambio que enfrentan quienes defienden otras formas de mirar el castigo y sus efectos.

El doble castigo también persiste porque hay una decisión política e institucional de no ver, de no escuchar. Sin embargo, entiendo que muy probablemente ello no es ejercido por una maldad explícita, sino porque el sistema penal se ha construido sobre prácticas que se repiten sin reflexión, sin conexión con las trayectorias vitales de

quienes quedan atrapadas en sus redes. Por ello, nombrarlo y evidenciarlo es el primer paso para desatar algunos de esos nudos.

Para finalizar quisiera remarcar que el presente análisis propone visibilizar esas desigualdades, no como hechos aislados, sino como expresiones de una estructura que las reproduce.

Así, entiendo, que el derecho debe actuar preventivamente, con una mirada estructural y una sensibilidad que reconozca las trayectorias de vida de estas mujeres, sus vínculos familiares y las barreras concretas que enfrentan.

En consecuencia, es necesaria una reevaluación tanto de las políticas penitenciarias vigentes como de las formas en que el sistema penal imparte justicia, con el objetivo de que las decisiones se adopten conforme a los estándares de derechos humanos aplicables a las mujeres privadas de libertad. Esto requiere, además, un control constante por parte de los organismos nacionales e internacionales, que garantice el cumplimiento efectivo de sus derechos en contextos de encierro.

El desafío, entonces, es político, jurídico y ético: construir un sistema de ejecución penal que no castigue dos veces, que no agrave la pena por omisión, y que deje de mirar a las mujeres con desdén por su rol de cuidadoras.

Una ejecución de la pena con perspectiva de género no es una posibilidad: es una obligación.

Finalmente, entiendo que el sistema no es algo ajeno: se construye desde lo social, lo político y lo cultural. Por eso, reconocer al otro, comprender sus trayectorias y vulnerabilidades, puede ser un punto de partida para pensar un verdadero cambio de paradigma.

Mientras tanto, lo que queda es expresarse y transformar ese sistema desde el lugar que a cada uno le toca ocupar. En ese camino, visibilizar estas realidades es necesario, pero también resulta indispensable avanzar hacia reformas institucionales y de políticas públicas concretas con un enfoque interseccional que garanticen derechos, corrijan desigualdades y reparen los daños acumulados que reproduce la selectividad del poder punitivo sobre estas mujeres.

IX. Bibliografía

- Añaños, F. (2006). *Mujeres encarceladas: rupturas familiares y exclusión social*. Gedisa.
- Asamblea General de la ONU. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*.
- Carlen, P. (1990). *Women, crime and poverty*. Open University Press.
- Christie, N. (1981). *Los límites del dolor: Exploración de la función del castigo en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- Defensoría General de la Nación. (2015). *Punición y maternidad: Acceso al arresto domiciliario* (1.^a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: DGN.
- D. P., Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. *Causa FRO 12164/2023/TO1/17/CFC1, incidente por arresto domiciliario*.
- D. S., Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. *Causa FPA 9846/2017, incidente por arresto domiciliario*.
- Guereño, I. (2021). El encierro sin muros: Una aproximación crítica al arresto domiciliario de mujeres. *Revista Pensamiento Penal*, 9, 45–68.
- Martín, A. (2023). *El lado de los nudos: Burocracias judiciales y decisiones difíciles en el sistema penal*. Eudeba.
- Ministerio Público de la Defensa de la Nación. (2020–2024). *Informes de la Comisión sobre Temáticas de Género*.
- Naciones Unidas. (2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*.
- Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)*.
- Naciones Unidas – Comité CEDAW. (2017). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina*.
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2024). *Informes del Observatorio de Cárceres Federales: Segundo semestre 2024*. <https://www.ppn.gov.ar/>

Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. (2023). *Informe anual sobre mujeres privadas de libertad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Zaffaroni, E. R. (2007). *Derecho penal: parte general*. Ediar

Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad

Abordaje desde la extensión universitaria con mujeres madres detenidas en su domicilio

Ricardo Luis Mendoza¹, Lucia Ivorra², Julieta Torres³,
Mariana Mangas Tomassetti⁴, Paloma Mendoza⁵,
Rocio Ilincheta⁶, Maria Luz Mendez⁷ y Camila Rodrigo⁸

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). Defensor público oficial del Departamento Judicial Mar del Plata. Docente de la Facultad de Derecho de la UNMDP. Magíster en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). caiomendoza98@gmail.com

² Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). Integrante del Ministerio Público Fiscal. Coordinadora del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). luciaivorra88@gmail.com

³ Licenciada en Servicio Social por la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). Integrante de la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Coordinadora del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). julietayelian@gmail.com

⁴ Abogada por la Universidad Nacional del Sur (UNS). Especialista en Derecho Penal y en Derechos Humanos. Integrante del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). marianamangastomassetti@hotmail.com

⁵ Estudiante de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). palomamendovaz@gmail.com

⁶ Estudiante de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). roilincheta27@gmail.com

⁷ Estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). marialuzmendez02@gmail.com

⁸ Estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Integrante del proyecto de extensión *Tejiendo vínculos, construyendo herramientas para la libertad* (UNMDP). camilamariarodrigof@gmail.com

I. Resumen

Somos un proyecto de extensión radicado en la facultad de ciencias de la salud y trabajo social de la universidad nacional de Mar del Plata, conformado por estudiantes y graduados de diversas carreras donde trabajamos desde la extensión crítica para generar lazos entre la sociedad civil y la Universidad pública.

Nuestro proyecto en particular tiene como objetivo primordial contribuir a mejorar la calidad de vida de las mujeres en situación de arresto domiciliario, a través del asesoramiento, orientación y contención en base a sus demandas y necesidades.

El proyecto pretende brindar herramientas para facilitar el acceso a los derechos fundamentales -vulnerados- y, por otro lado, acompañar ese proceso, posibilitando un vínculo dinámico y dialéctico de intercambio de saberes y experiencias. Nuestro objetivo principal es promover la formación de vínculos con mujeres en arresto domiciliario tendientes a mejorar su calidad de vida, brindando asesoramiento y contención a fin de su inclusión socio - laboral.

II. Presentación

En el año 2009 fue promulgada la ley N° 26.472, que habilitó el acceso al arresto domiciliario para las mujeres embarazadas, con hijos menores de 5 años o personas con discapacidad a su cargo.

Sin profundizar o entrar en el debate acerca de los estereotipos de mala o buena madre y su vinculación con la aplicación de la ley penal, o de sí, concretamente esta ley, resulta discriminatoria por no atribuir responsabilidad parental a los varones, lo cierto es, que, su operatividad, generó un incremento de mujeres en situación de arresto domiciliario con niñeces. Y esa circunstancia, como dato de la realidad que existe, es la que este proyecto pretende abordar.

En esa línea, se apunta a identificar situaciones y obstáculos que implican a la población y a colaborar en la formación de redes de contención, difusión de la problemática y posterior diseño de políticas públicas.

Por otro lado, en base a nuestra experiencia apuntamos a generar una herramienta procesal para que los jueces utilicen a la hora de

otorgar los arrestos domiciliarios y que tiene que ver con la necesidad de socialización y de tejer redes. Necesidades inevitables, si se piensa en, una persona, mujer, madre, de escasos recursos económicos y criminalizada.

El instituto del arresto domiciliario, debe concebirse más allá de su relevancia en el aspecto procesal o su función de morigerar la pena o medida de coerción. Si es interpretado de modo integral, debe observarse, las condiciones en las que debe cumplirse, para que la persona, pueda transitarlo con dignidad y con sus derechos fundamentales garantizados y los de quienes están a su cargo y dentro de esa perspectiva, nunca olvidar, que la persona se encuentra detenida bajo custodia estatal.

En ese sentido, cada caso requiere un enfoque diferencial, una estrategia que reconozca y responda a las diferentes necesidades y características de este colectivo específico -mujeres madres en arresto domiciliario-.

Así, abordamos cada situación desde una mirada interseccional, que tiene en cuenta las formas de opresión implicadas por la clase, el género, vulneraciones y violencias acumuladas desde esos aspectos. Esas opresiones convergen en la vida de las mujeres, dificultando la posibilidad de crear alternativas a las relaciones abusivas que precisamente, en la mayoría de los casos, las llevaron a la situación de privación de libertad.

III. Objetivos del abordaje

- Identificar demandas y necesidades de las mujeres, a través de entrevistas.
- Dar respuesta a las demandas en materia de orientación, contención y asistencia, a través de la gestión y/o derivación, según corresponda.
- Generar herramientas para la promoción de la autonomía y empoderamiento de las mujeres en arresto domiciliario.
- Articular redes de contención, como también, de difusión de la problemática, para que la mayor cantidad de efectores tengan en consideración la especificidad del colectivo.

IV. Trabajo de campo

El método diseñado por el equipo consiste en incorporar a las mujeres y/o disidencias que presten su consentimiento, a través de su defensa pública oficial, a quienes luego, contactamos en forma telefónica para acordar una visita en el domicilio. En ese primer encuentro, se lleva a cabo la entrevista semi estructurada confeccionada al efecto, que contempla temas de índole judicial, seguridad social, salud, trabajo, educación, aspiraciones personales y habilidades. Seguidamente el equipo diseña un diagnóstico y comienza a canalizar las demandas y necesidades planteadas, a través de los organismos pertinentes, con la participación activa de las mujeres que acompañamos.

Es decir que, en función de los deseos y necesidades planteadas, el equipo evalúa de qué manera pueden materializarse, en base a los acuerdos formulados con las instituciones extrauniversitarias (cursos de formación, turnos médicos, trámites, demanda de alimentos, etc.).

Luego, se acuerda con cada una los pasos a seguir, distribuyendo tareas, en las que adquieren un rol protagónico, al ser conscientes de los derechos que las asisten y exigirlos, dialogando con su defensa para que presente la solicitud de autorización al juez. En caso de ser autorizada la salida, ello conlleva la responsabilidad de hacerlo en tiempo y forma y adjuntar la debida certificación de asistencia.

Cada caso es volcado en fichas personales digitales, en las que se constata un registro anecdótico a fin de tener en detalle las acciones que se desarrollaron, el que es archivado en drive.

Esta ficha constituye una fuente de indicadores, que permite evaluar el desarrollo o avance de los objetivos planteados, apuntando además al rescate de las experiencias de vida y mantener una frecuencia de diálogo y contacto, virtual (mediante WhatsApp) y físico, que permita el tejido de vínculos y la creación de confianza.

Sumado a ello, las entrevistas nos han permitido identificar patrones comunes, como: la falta de acceso a la salud, bajo nivel educativo, precariedad de las viviendas, escaso acceso a los alimentos y la imperiosa necesidad de contar con un círculo familiar para poder abastecer sus necesidades primarias.

Asimismo, consideramos que hay casos que deben abordarse de manera especial, con protocolo de actuación o consideraciones específicas. Especialmente, lo hemos notado en los casos de mujeres embarazadas, que requieren de diversos turnos médicos que en oportunidades se ven frustrados, ya sea, por temor de ellas a requerir tantas veces permisiones, o por no llegar a ser autorizados en tiempo y forma. Sumado a casos de urgencias donde las mujeres dudan si ir a la guardia sin permiso, por temor a serle revocado el arresto poniendo en riesgo de vida tanto a la madre como al niño por nacer.

V. Dispositivo de sociabilidad

Durante el último año estuvimos trabajando sobre lo que denominamos: «plan de sociabilidad», considerada una herramienta de organización personal y familiar, pensada en base a la cotidianeidad, necesidades y posibilidades de las mujeres en relación con las dinámicas de su hogar, que es planificado exclusivamente para cada caso y presentado ante el juez, una vez otorgado el arresto.

El dispositivo consta de etapas, donde se trabaja progresivamente de lo urgente (atenciones de salud, salud mental, restitución de derechos básicos, escolarización de los niños, seguridad social) a cuestiones que hacen a la construcción personal, de empoderamiento y proyecto de vida.

La proyección se formula conjunto con la defensa solicitando y argumentando fechas, lugares, y características de las salidas que debe realizar en base a las necesidades de la mujer y su grupo familiar; generando de esta manera una corresponsabilidad del cumplimiento y control.

VI. Reflexiones de las estudiantes que integran el equipo

«La participación en proyectos de extensión es fundamental para quienes estamos en formación, porque nos permite salir del aula y enfrentar directamente las realidades del sistema penal. En ese cruce entre teoría y práctica, aprendemos no solo el derecho, sino también a mirar críticamente su funcionamiento en contextos de vulnerabilidad».

«Este tipo de experiencia nos enfrenta con situaciones complejas, donde lo legal se entrelaza con lo social, lo psicológico y lo humano, por lo que debemos trabajar en conjunto con otras disciplinas, aprendemos a escuchar, a intervenir con responsabilidad y a pensar soluciones integrales. Esta experiencia nos forma como profesionales con compromiso social, capaces de ver más allá del expediente, y que pueden generar soluciones personalizadas y contextualizadas».

«Como estudiantes de una universidad pública, entendemos que nuestra formación no puede pensarse de forma aislada de la realidad social que nos rodea. Entendemos que nuestra formación es fruto de una decisión colectiva: la de construir una sociedad donde el acceso al conocimiento sea un derecho y no un privilegio. Por eso, devolver ese saber en forma de compromiso, de escucha activa y de presencia, no es solo una elección, sino una responsabilidad».

La cuestión carcelaria en Chile y su continuo colonial

Una aproximación crítica e interdisciplinaria a un modelo penitenciario anacrónico

Raúl Andrés Palma Olivares¹

I. Resumen

El sistema penitenciario chileno se encuentra inmerso en una compleja, amplia y grave crisis reconocida por autoridades, operadores del sistema de justicia penal y la academia, que incluso puede definirse como estructural por lo cual existe consenso sobre la necesidad de cambios relevantes para que el sistema carcelario de respuesta a los múltiples requerimientos por los cuales existe. El presente trabajo va más allá y apunta a la necesidad de superar el modelo penitenciario existente por su obsolescencia funcional, por la ingente deficiencia jurídico-normativa y por la pasmosa vulneración de derechos humanos que provoca. El análisis se enfoca, a través de diversas disciplinas, en un análisis genealógico crítico de la cárcel en Chile y sus diversas transformaciones hasta la realidad actual que dan cuenta de un continuo histórico y epistémico anclado en la época colonial y que tiene por sentido político el encarcelamiento de la subalternidad.

¹ Defensor regional de Atacama (Chile). Magíster en Criminología por la Universidad Central y máster en Derecho Penitenciario por la Universidad de Barcelona. Dirección postal: Pan de Azúcar 1007, Copiapó, Chile. raulpalmao@gmail.com y rpalma@dpp.cl

II. Introducción

El sistema penitenciario chileno padece una precarización jurídica y material de tal envergadura que lo torna actualmente ineficaz y obsoleto dentro del sistema de justicia penal, definido en una matriz ontológica anacrónica, cruenta y discriminatoria que provoca graves vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, el entramado penitenciario actualmente no resista más correcciones paliativas. La cárcel chilena constituye un espacio estatal opaco, renuente al control público y democrático, que no es dable sostener por más tiempo tal cual sin dejar de provocar irreparables afectaciones en las personas que lo vivencian y un daño a la plena vigencia del Estado de Derecho y a la legitimidad del sistema de justicia, además de incumplir el rol asignado dentro del sistema de justicia en el ámbito resocializador.

Hoy existe un intenso debate académico y también político acerca de las justificaciones y la necesidad del encarcelamiento en Chile y sus consecuencias, que van más allá de lo normativo, teniendo especialmente presente las condiciones materiales de la privación de libertad en nuestro país y el perfil de *subalternidad* de las personas sobre quienes recae la *cárcel real*, clientes de un modelo penitenciario que ha permanecido prácticamente incólume desde su matriz colonial, con las consecuencias de sufrimiento en las personas privadas de libertad y su entorno, resultando ineficiente para las necesidades y objetivos que el Estado hoy declara y además la sociedad requiere.

Por tanto, el objetivo del presente artículo es examinar críticamente desde diversos enfoques disciplinarios nuestro sistema carcelario que, compartiendo las deficiencias estructurales del encierro penal en Latinoamérica, tiene la particularidad de estar inscripto en un espacio de rudimentaria legalidad que acrecienta su deslegitimación y que resulta urgente superar mediante la transformación profunda hacia un sistema carcelario de estricta legalidad, de alcance acotado o mínimo y respetuoso de los derechos humanos de las personas privadas de libertad².

² En este artículo no se analiza particularmente el ámbito de la prisión preventiva, pero se tiene presente en el abordaje del fenómeno integral de la privación de libertad.

Para lo anterior utilizaremos como herramientas metodológicas el análisis bibliográfico disponible principalmente en las ciencias jurídicas, la criminología y la historia con el apoyo interpretativo de los conceptos procesuales de Gramsci sobre hegemonía, subalternidad, dominación y resistencia que nos permitan construir el continuo carcelario (Gramsci, 1975, p. 182 y ss.).

Efectuaremos una indagación crítica del entramado penitenciario y la gestión del castigo carcelario en Chile, situado en un continuo performativo vinculado a un modelo de control y dominación de la subalternidad, que en la actualidad acrecienta los niveles de exclusión social y resulta ineficaz tanto en su faz disuasiva de las conductas desviadas como en el rol resocializador asignado al dispositivo carcelario.

Desde distintos ámbitos se viene proponiendo la implementación de una urgente reforma penitenciaria que implique establecer un sistema de privación de libertad racional y limitado, conforme a un Estado de Derecho, con una legalidad acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con una judicatura de control de la ejecución de penas, entre otras cuestiones. Sin embargo, lo anterior no ha sido posible por decisiones políticas que exceden lo jurídico- penal y que serán parte del análisis.

III. El continuum colonial de la cárcel en Chile. Un intento de genealogía

El actual sistema penitenciario chileno en el siglo XXI, aún se encuentra imbricado en una matriz colonial (Barrientos, 2000, pp. 128 y ss.), de control de clases y razas subalternas, tan propia de Latinoamérica (Zaffaroni, 1998, p. 46), que por más reformas y correcciones que se hayan efectuado como veremos más adelante, su núcleo duro sigue anclado al imaginario colonial, lo cual no es una excentricidad a la luz de los estudios poscoloniales que apuntan a que cualquier recuento de la modernidad que no tenga en cuenta el impacto de la experiencia colonial resulta incompleto o bien ideológico (Castro-Gómez, 2000, p. 92) y además es negar la dimensión de la Memoria como categoría epistemológica idónea y atingente en la aproximación a lo penitenciario, en el abordaje amplio de la historia y

las ciencias penales desde la experiencia subordinada (Rivera Beiras, 2011, pp. 52 y 53).

Para abordar este intento de genealogía, se utilizará metodológicamente la noción de lo subalterno definido por Gramsci paradójicamente en los *cuadernos de la cárcel*, en tanto reflexión teórica- histórica, como expresión de la experiencia y condición subjetiva del subordinado en un contexto capitalista que nos permite situar al sujeto oprimido frente a la hegemonía del poder y su subjetivación imbricada con el binario conflicto- emancipación (Mononesi, 2010, pp. 25-51).

No obstante el concepto gramsciano surge en la primera mitad del siglo XX y a pesar de su densidad teórica resulta una categoría dinámica de gran riqueza que nos permite abordar de forma crítica el continuo histórico de funcionamiento de la cárcel como estructura de control y dominación del sujeto encarcelado perteneciente a los grupos subalternos que han internalizado el dispositivo normativo del grupo dominante y que a lo largo del tiempo se han relacionado desde la periferia con el centro del poder a través de la sucesión de narrativas hegemónicas, desde la experiencia subjetiva de la subordinación y del despojo relativo como sujetos políticos.

Lo anterior se refuerza por el trabajo de los *estudios de la subalternidad* o *subaltern studies*, que surge en los años 80 por historiadores indios, donde se van a expresar nítidamente desde la periferia del Norte, las voces clausuradas de la subalternidad en un continuo que va desde la colonialidad, pasando por el nacionalismo hindú y hasta los planteamientos políticos marxistas del siglo XX, en un caso donde la práctica del subalterno norma la historiografía oficial y no al revés (Spivak, 2008, p 49). Esto, nos permite un punto de partida para nuestro análisis.

Al igual que la mayoría de los sistemas carcelarios latinoamericanos, el modelo de cárcel en Chile se remonta a la Colonia con el uso prioritario del castigo corporal, la aplicación del suplicio como reafirmación del poder soberano sobre el territorio devastado, reproduciendo las técnicas del antiguo régimen eurocéntrico, manifestación de una economía del poder total sobre la población y de una dominación desnuda sobre grupos definidos mediante la selectividad penal que ya existía en dicha época.

De esta manera, desde los autos acordados de las audiencias indianas, pero sobre todo a partir de los autos de la real audiencia de Santiago de Chile, en la segunda mitad del siglo XVIII, se fue definiendo incipientemente el castigo formal. Un castigo que se ejercía de manera jerarquizada desde la audiencia a través de las justicias ordinarias y mediante el control sobre el cuerpo de los encarcelados, como se ejemplifica en la visita de los jueces a las cárceles los días sábado para inquirir sobre los procesos en curso, oír a los reos y evitar agravios contra ellos, diferenciándolo ya del castigo corporal de la pena legal que iba desde los azotes, pasando por el desmembramiento y hasta la pena capital, siendo excepcional la pena de encierro conforme a las siete partidas (Barrientos, 2020, pp. 128-132).

La cárcel de ese tiempo estaba fundamentalmente destinada para asegurar a los delincuentes conforme los estereotipos epocales (Zaffaroni, 2006, p.12), mientras se les instruía el proceso. No era un recinto para cumplimiento de condenas, sin embargo, el emprendimiento de grandes obras en Santiago en la década de los 70 y 80, del siglo XVIII, como el Puente Cal y Canto y el Canal del Maipo, requirieron de mano de obra, por lo que los condenados eran destinados a estas obras públicas. Así, en 1781, se ordenó el establecimiento de los juzgados de rematados, que nace justamente para la supervisión por los funcionarios del poder colonial de los malos tratos que recibían las personas destinadas a estas obras públicas, por lo cual se dota a estos tribunales de una serie de competencias respecto de las personas condenadas, lo que produjo un altercado político entre la real audiencia y el gobernador, quitándole en definitiva el Rey de España sus facultades y extinguiéndolos completamente en 1805. Resulta interesante y curiosa esta figura del juzgado de rematados dentro de la historia penitenciaria chilena, puesto que nunca más se retomó esta agencia judicial.

El castigo durante la colonia en Chile está escasamente documentado debido a la falta de investigaciones, pero también por la escasez de fuentes ya que se trata, desde una crítica decolonial de una memoria interceptada, obstruida (Segato, 2016, p. 18). Sin embargo, como señaláramos era un castigo cruel pero además público, infligido por el poder soberano eurocéntrico, tal como lo refiere Foucault (1975, pp.139-174), que concierne con la necesidad de comunicar el poder por el soberano al resto de la comunidad a partir del cuerpo lacerado

de los subalternos, los colonizados. En algunas ocasiones llevándolos arrastrados con animales, otras veces ahorcados en la plaza mayor de Santiago. Muchas veces, tanto el garrote como la horca se utilizaban para sancionar a los delincuentes, pero también a los conspiradores políticos que desafiaban el poder soberano donde el escenario punitivo se transformaba en un lugar de castigo ceremonial al que acudían los habitantes o bien eran informados de los suplicios por los pregoneros. Estas características rituales le daban cierta densidad simbólica a los ajusticiamientos, donde se mezclaban severidad, espectacularidad y una «cristianización» propia de la vida cotidiana a través del culto a los despojos de los ajusticiados o mediante el paseo como vía crucis de los justiciables, como una manera de mantener la cohesión social del mundo colonial a través de la ejemplaridad del castigo (León, 2003, p. 107).

Durante el siglo XIX se conforman los estados-nación latinoamericanos gobernados por sus oligarquías, lo que implica una rearticulación de la colonialidad del poder sobre nuevas bases institucionales siendo estados desarraigados con un lenguaje democrático puramente formal (Quijano, como se citó en Segato, 2016), con una estratificación de la sociedad dividida entre una elite europeizada y un pueblo cada vez más empobrecido. Chile, por supuesto, no fue la excepción y el siglo XIX se caracterizó por su violencia callejera o bandolerismo, además del despojo de las tierras indígenas, lo que unido a la ineficacia de las cárceles de la república condujo la mirada hacia Europa y Estados Unidos y sus sistemas penitenciarios con la finalidad de mantener el control soberano.

Así, en una envión de nuevas racionalidades sobre el castigo desde el *norte global* la elite criolla empezó a observar los modelos de Pennsylvania, Auburn y el Panóptico de Bentham, incluso viajando a este tipo de cárceles para poder observar *in situ* su eficacia (el caso de Vicuña Mackenna). De esta forma, se incorporó el régimen de aislamiento de los presos, la imposición de disciplina y el trabajo obligatorio, conforme a los modelos de Auburn y Filadelfia, cuya finalidad era la conversión del preso en un honesto trabajador.

Estas técnicas se instalaron en un contexto político, social y económico diametralmente divergente al de su origen en el norte, pero dan lugar a formatos adaptados, como la utilización del presidio ambulante donde se exhibía a los presos y se los trasladaba al trabajo

forzado. Se instaló una mixtura entre el resabio de penas infamantes y humillantes con el trabajo obligatorio, asumiendo desde ya la relevancia del uso del preso como *factor de trabajo* (Melossi y Pavarini, 1977, p. 189 y ss).

Finalmente, las ideas reformistas se consolidan en el país con la creación en 1843-1847 de la Penitenciaría de Santiago, donde se adopta el modelo *auburniano* con un régimen de aislamiento celular nocturno e individual, más la obligación de aprender un trabajo en el taller y recibir una instrucción moral y religiosa (Monteverde, Castro y Saavedra, 2018, p. 78). En esa cárcel también hay trazos del modelo pragmático de Bentham, cruzado siempre por el paradigma disciplinario o correccional. La penitenciaría de Santiago es un verdadero emblema del continuo carcelario chileno en todo sentido, sobre todo en el encarcelamiento de la subalternidad.

Desde el hito de la Penitenciaría y sus reproducciones como la cárcel de Valparaíso, el castigo penal «civilizado» infligido a los presos fue constituyendo un *continuum* definitivo de tecnologías de poder importadas desde el norte global por las élites gobernantes. Sin embargo, la cárcel por dentro seguía siendo un lugar de sufrimiento, maltrato y violencia ejercido especialmente sobre los sujetos marginales surgidos de las migraciones campo-ciudad y más allá de los impulsos modernizadores, estos convivían con recintos penales tradicionales no reformados, lo que devino en un aparato punitivo en teoría «civilizado» pero que en general reivindicaba jerarquías raciales y sociales preexistentes, es decir coloniales. (Salvatore y Aguirre, 2017, p. 8).

Desde luego, la recepción del determinismo lombrosiano y de la escuela positivista en las últimas décadas del siglo XIX, fue una cuestión crucial ya que adquirió un fuerte arraigo en el país y una pervivencia notable (León, 2014, pp. 31-59), hasta el punto de servir de epistemología y racionalidad para la modelación de un nuevo sistema penal articulado en torno del proyecto de código penal de 1938. Este paradigma positivista para muchos se sostendría hasta el día de hoy en términos de la vigencia de los criterios de peligrosidad, perfiles delictuales, en las prácticas de los operadores de la justicia penal y en diversos cuerpos legales, como la ley que establece la Responsabilidad Penal de los Adolescentes y desde luego en el

estatuto sobre libertad condicional en el decreto ley 321 de 1925 (Matus, 2007. p. 193).

El enfoque antropológico determinista del positivismo, dentro de los espacios del modelo penitenciario, no mejoró la *cárcel real*, pero si influyó en las políticas públicas adoptadas, en las definiciones constitutivas de delito y delincuente y en el desarrollo de una narrativa dominante acerca de los sujetos desviados y su encarcelamiento, donde se entrecruzan etiologías sociales, psicológicas, patológicas y raciales.

Esta mirada reduccionista fue permeando el sistema de justicia penal en su completitud y, en consecuencia, las consideraciones sobre la idiosincrasia, la raza, la degeneración y los valores nacionales en juego estuvieron presentes en los discursos predominantes de la élite (León, 2003, pp. 230-233). Esta cuestión incide en la creación y administración de prisiones, reformatorios y otras instituciones de control social sobre la base teórica de la existencia de delincuentes irreformables y de otros que eran susceptibles de rehabilitarse (Salvatore y Aguirre, 2017, pp. 11-13), para lo cual se aplican una serie de dispositivos correccionalistas como educación, trabajo, tratamiento médico y psicológico y se incorporan sistemas progresivos y premiales de libertad, además de cuantificarse el castigo de la sanción penal de acuerdo a criterios peligrosistas que se asientan con firmeza.

Sin embargo, la adopción asistémica de políticas de corrección social en un estado nacional-desarrollista, como era Chile en ese entonces, en una fase transicional entre la economía colonial y la economía capitalista (Salazar, 2002, p.23), con una gran pobreza enquistada y sin un estado prestador de políticas sociales, estaba muy lejos de la racionalidad correccionalista propia del *welfare* de países del Norte, con toda una estructura institucionalizada (Garland, 2001, p. 71). Fueron, en definitiva, políticas públicas de pretendida e impostada inserción reeducadora de los cuerpos recluidos que se adoptaron además en un contexto de justicia inquisitorial, con una gran población privada de libertad preventivamente que sufrían más bien políticas de incapacitación e inocuización temporal. Es decir, de control de grupos subordinados.

Como corolario de esta narrativa epocal, es menester señalar que más allá de algunas disonancias, el enfoque del sistema de justicia

penal y penitenciario durante buena parte del siglo XX fue la de un dispositivo material y normativo de disciplinamiento y control social de la otredad. Se trató de un conjunto multilíneal más, aplicable entre los centros de encierro, que dio cabida a un proceso de subjetivación de la sociedad chilena entre aquellos que habitaban el orden y los excluidos (Deleuze, 1990, pp. 155-163). Así, tanto la legislación como la desacreditada administración de justicia no buscaron interpretar ni asimilar las transformaciones sociales, simplemente fueron dispositivos de control permanente de la subalternidad y más allá de las nociones formales de rehabilitación o reeducación de los sujetos criminalizados conforme a las narrativas hegemónicas, la gestión penológica terminó siendo más bien retributiva por sobre la declarada rehabilitación, en un contexto de alza de los índices de delitos cometidos principalmente por personas desplazadas socialmente por la pobreza, la marginalidad y la inseguridad de las ciudades.

Durante la dictadura de 1973-1990 se produce una continuidad de los enfoques y discursos predominantes, pero con variaciones que van conformando decisivamente el enfoque del castigo penal carcelario hasta nuestros días. Si bien, la administración carcelaria no formó parte fundamental de la represión como en Argentina, si existió un cambio decisivo en su institucionalidad y gestión siendo intervenida por el ejército mediante un cuerpo custodial jerarquizado y militarizado. El servicio de vigilancia de prisiones pasó en 1975 a llamarse gendarmería de Chile, una hibridación dificultosa entre un servicio público centralizado y una policía militarizada de prisiones

Junto con esto, se produce en la fase autoritaria un hito epistémico significativo, la simbiosis entre el paradigma correccional existente con las visiones economicistas- monetaristas emergentes en el país con la implantación violenta del modelo neoliberal proveniente de la escuela de Chicago a partir de 1975 (Ramírez, 2022, p.141) y que pasó a constituir en el ámbito de la justicia un «paradigma político penal de carácter gerencialista-correccionalista» (Hathazy, 2017, p. 137). En esta época se produce una sobrepoblación carcelaria junto con un alza del desempleo producto de las extremas medidas económicas implementadas por la ortodoxia neoliberal y ya a partir de la década de 1980, se produce hacinamiento carcelario lo que lleva a ODEPLAN³ en

³ Oficina de planificación nacional que durante la dictadura además de desempeñar un rol técnico tuvo una participación política donde lideró las privatizaciones de los servicios públicos y consolidó el modelo neoliberal.

su tarea privatizadora de los servicios sociales a enfocarse en la «modernización» de las prisiones sobre la base de un análisis costo-beneficio priorizando invertir en más cárceles junto con un énfasis en la «rentabilidad social» de la aplicación de penas alternativas y programas de reinserción que descomprimieran los recintos⁴.

Luego de la fase autoritaria, la denominada transición a la democracia fue en muchos aspectos una continuación de los dispositivos culturales, económicos y sociales de la misma dictadura y significó el afianzamiento democrático del modelo neoliberal (Ramírez, 2022, p.233). En materia carcelaria no fue la excepción, manteniéndose el paradigma correccional-financiero. Lo gerencial fue adquiriendo mayor importancia en torno de la principal política pública en el ámbito de la justicia al final de la década de 1990, que fue la reforma del sistema de justicia penal mediante la dictación de un Código Procesal Penal moderno que en su mensaje contemplaba la fase de ejecución de pena y visibilizaba la problemática penitenciaria por primera vez de forma nítida pero que en una realidad eficientista imperante, en definitiva la cuestión carcelaria se terminó difuminando tempranamente.

La reforma procesal penal estuvo construida sobre la base de criterios de eficiencia y democratización inscrita en lo que se llegó a denominar como «ola de códigos acusatorios», vinculada al proceso de democratización y desarrollo económico regional que estaba asociado a una «red de expertos activistas del sur», en un caso excepcional de «difusión desde la periferia» (Langer, 2007, p. 48). Con este hito, aparecieron nuevos perfiles profesionales provenientes del mundo de la gestión y de las ciencias económicas. Una élite de emprendedores jurídicos (González Guarda, 2018, p. 172), continuó la senda *managerial* inscrita durante las décadas anteriores, ahora en un novedoso contexto de garantías procesales y judiciales, pero relegando lo penitenciario a un orden e importancia casi preterido.

Sin embargo, la necesidad de una reforma penitenciaria siempre estuvo presente desde 1990 e incluso se materializó en una comisión de redacción de un anteproyecto de una ley de ejecución penal en 2005 y que tuvo carácter interinstitucional e interdisciplinario, con apoyo extranjero, pero que no prosperó.

⁴ Justamente de esta época es la ley 18.216, de 14 de mayo de 1983, que Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

En dicho contexto de consolidación del neoliberalismo se puede entender la resignificación del sistema penitenciario chileno y su función de institución de control social, gestión del territorio y mantenimiento del poder hegemónico donde es posible pensar la *ratio* penal como un *continuum*, como un todo performativo que comienza en el espacio colonial y que continúa hasta nuestros días a través de diversas manifestaciones, entre las que se encuentra por cierto el sistema penal y penitenciario.

Control y gestión primeramente de la raza subordinada al soberano con el castigo cruento y ejemplarizador, luego de la clase desposeída y peonal como abyección contraria a la higiene republicana y sus ansias de orden y civilización europeizadas, luego de los desviados y marginales del sistema capitalista de desarrollo, que era necesario corregir y educar con severidad penal para conservar el poder de la clase dominante y su proyecto de sociedad excluyente y finalmente, del excedente neoliberal y de la economía del castigo, en un modelo instaurado con la extrema violencia de la Dictadura y que fue asimilada/legitimada en democracia. En definitiva, un continuo que en la realidad poco tiene que ver con la respuesta idónea y racional al fenómeno criminal, sino más bien se vincula con el control de la subalternidad.

La colonialidad del poder que conceptualiza Quijano y que resulta atingente al fenómeno de la cárcel que abordamos como continuo performativo, resignifica el concepto foucaultiano de poder disciplinario y nos refiere la existencia del sujeto colonizado como el otro de la taxonomía erigida sobre raza y cultura donde se ejerce el poder disciplinario del colonizador en la modernidad (Quijano, 1998, pp. 230-233). Sin embargo, con las ingentes transmutaciones del capitalismo tardomoderno, donde lo social empieza a ser reconfigurado por instancias que escapan al control del Estado-Nación, es decir con el fenómeno de la globalización pasamos de una forma de gubernamentalidad a otra más bien espectral pero eficaz, transitando del poder disciplinar al poder libidinal posmoderno (Castro-Gómez, 2000, p. 94).

En ese sentido, en las últimas décadas podemos afirmar que, junto con la globalización y la hegemonía neoliberal se fue configurando en Chile una nueva forma de gubernamentalidad donde el Estado se repliega a un mínimo y es sustituido por nuevas formas de gestión y

control social-punitivo del subalterno principalmente desde la economía. Esto, trasladado al ámbito puramente penal implica que se van abandonando progresivamente los discursos político-criminales del liberalismo clásico y se adopta la narrativa belicista de control y dominación de la *otredad* enemiga, en un territorio donde se superponen las condiciones de subsistencia de las poblaciones del «hipergueto», en un contexto «exclusógeno» (Jiménez, 2013, p.337). Este repliegue estatal reconfigura el castigo y el orden en el territorio, mediante la exacerbación de los dispositivos de control punitivo sobre la *nuda vida* y su consecuente politización (Agamben, 2006, p.13), lo que resulta más evidente en la persistencia de un biopoder carcelario sobre las personas prisionizadas, subhumanizadas y subalternizadas (Foucault, 1976, p. 171), en una constante expansión del uso de la cárcel de forma cautelar, así como castigo penal.

Un ejemplo claro de lo anterior es que dichos dispositivos, se aplican con un sesgo racializado en la criminalización del pueblo mapuche en diversas etapas políticas del presente siglo, con distintos instrumentos penales y sociales que forman parte de la dominación biopolítica por parte del Estado, en tanto eje articulador de la hegemonía del sistema neoliberal sobre el Wallmapu (Villegas, 2009, p. 20).

Otra situación atingente es la de ciertos grupos precarizados como los extranjeros que en importantes olas migratorias Sur-Sur (Elizalde, Thayer, Córdova, 2013, p. 7), han llegado al país en las últimas décadas y que han sido objeto de un intenso control en la intersección de derecho migratorio, derecho penal y economía (Melossi, 2013, p.13). Una hibridación en la gestión sobre los flujos migratorios que también se conoce como *crimigración* (Brandariz, Dufraix, Quinteros, 2018, p. 741), que en el contexto latinoamericano conforman además procesos sucesivos de colonización que fijan la subjetividad de lo subalterno, categoría donde los dispositivos de control y dominación se instalan precisamente en este margen (Segato, 2007, p. 7 y Zaffaroni, 1998, p. 122).

En este sentido, el *estado de excepción* según Agamben se configura como la regla, un paradigma constitutivo del orden jurídico donde asoma con toda su crueldad el poder soberano (Agamben, 2006, p. 25), y porque no decirlo también, el poder colonial, aquel que en su afán

de homogenizar la *sociedad imaginada* desde el paradigma eurocéntrico expulsa/excluye a determinados grupos de la población.

Si bien el concepto de neoliberalismo se complejiza en este análisis, el giro punitivo regional está asociado al ascenso neoliberal (Sozzo, 2016, p.16), a la relativa prosperidad asociada a la proliferación de bienes junto con el aumento del delito y el temor a este. En Chile persiste con rotundidad la impronta neoliberal, lo que se traduce primero en un proyecto ideológico y una práctica gubernamental que cruza signos políticos diferentes que comparten dicha matriz, donde la desigualdad material se ordena en una superestructura, en que el desarrollo alcanza solo para cierta parte de la población y donde el resto es la excedencia, el otro (Wacquant, 2009, p. 29). Aquí, es donde se instalan nuevas racionalidades sobre el castigo derivadas de la economía, a través del delito y el uso de la cárcel con sus funcionalidades expresivas y constitutivas.

Esta aproximación se define desde un margen, desde nuestra realidad latinoamericana de control social punitivo institucionalizado casi soberano (Zaffaroni, 1998, p.17). En esta realidad situada de nuestras sociedades en constante cambio inscritas en una economía global de servicios, con grandes concentraciones de capital oligárquico, flexibilización laboral, fragmentación de los mercados del trabajo y por cierto con una creciente movilidad transnacional de la mano de obra (De Giorgi, 2015, p. 24). Esta informalidad pasmosa del mercado laboral se traduce en Chile con un tercio de los trabajadores, nacionales y extranjeros, sin afiliación a ningún sistema de previsión social público o privado, con salarios bajos, desprotección y escaso acceso a la capacitación (Stefoni, 2011. p. 48).

Así, mantiene su dramática vigencia el viejo principio del *less eligibility*, pero ahora dotado de una nueva fisonomía ontológica, de una resignificación de lo social y lo público que da cuenta de las múltiples mutaciones estructurales ocurridas, en especial el repliegue del Estado y la precarización de ingentes sectores de la población, el desplazamiento de los jóvenes y migrantes a los sectores ilegales de la economía de la calle y las aplicaciones digitales, así como a la reformulación de un conjunto de prácticas materiales y simbólicas que a través de las políticas penales contribuyen a reproducir las formaciones sociales capitalistas (De Giorgi, 2015, p.32). Asimismo, en el ámbito penitenciario estamos frente a un dispositivo en red

visible-invisible de gestión administrativa del encierro, una red de privación de libertad vinculada a una gubernamentalidad neoliberal y a una apariencia de legalidad (Foucault, 2012, p.154).

Tal como señaláramos, la genealogía de la prisión en Chile se ha conformado en un complejo proceso performativo de matriz colonial, desarrollando técnicas y dispositivos diversos e inestables frente al fenómeno criminal, rizomáticos de pronto, con un acento en el control de las subjetividades subalternas y racializadas (Segato, 2007), a través de *un castigo volátil y contradictorio* (O'Malley, 2006, p.141), pero con un núcleo punitivo de dominación y control de la *otredad*.

IV. La imposible legalidad del Sistema Penitenciario Chileno en cinco actos

Luego de indagar el derrotero genealógico de la cárcel en Chile y las problematizaciones vinculadas al tránsito performativo de la cuestión carcelaria y su matriz colonial a lo largo del tiempo, es necesario adentrarnos en el sistema penitenciario existente y las complejidades que hoy presenta, primeramente para examinar si estamos frente a un sistema de reclusión penal que responde a una orientación racional y legal vinculado con la respuesta estatal al delito, instrumental a la protección de los bienes jurídicos más preciados o realmente nos encontramos con un espacio más bien desregulado y laxo afín a la implementación de dispositivos de control y dominación. Así mismo, se examinarán las vicisitudes de la cárcel real que viven/padecen las personas privadas de libertad desde una mirada amplia, interdisciplinaria y crítica, que nos permita inferir qué tipo de correlación existe entre lo enunciado a través de las narrativas analizadas y la materialidad penitenciaria, con las consecuencias fenoménicas, jurídicas y éticas que aquello conlleva.

La forma de hacerlo será mediante la confrontación binaria metodológica *cárcel legal- cárcel real*, que nos permitirá complejizar el plano prescriptivo y su vinculación posible con el estado de derecho vigente en Chile, y a su correlato con el plano descriptivo de la cárcel material (Rivera Beiras, 2006), y así intentar una respuesta.

Primeramente debemos señalar que el modelo penitenciario chileno tiene una serie de particularidades y contradicciones en el ámbito jurídico- normativo que tienen resonancia en todo el sistema de

justicia penal y que resultan especialmente complejas y críticas al momento de efectuar un análisis epistémico de la asignación judicial de la condena penal y por cierto de su ejecución temporal, es decir en la forma como se da el contenido concreto de la pena, lo que se debe al menos a cinco cuestiones de trascendencia y que analizaremos en este trabajo:

a. Desvinculación constitucional del modelo de ejecución penal

La crítica extendida a la constitución vigente en Chile es amplia a pesar del fracaso de los dos procesos constituyentes orientados a reemplazarla⁵. Junto con su origen espurio vinculado con la dictadura, donde se ha señalado acertadamente que la Constitución vigente no es más que un decreto ley-propio de un régimen autoritario sometido a una ratificación autocrático-plebiscitaria y que de constitución formal adscrita al constitucionalismo moderno solo posee el *nomen iuris* (Zúñiga, 2013, p. 515), existe otra cuestión insoslayable que reside en lo defectuoso del texto fundamental en orden a abordar una serie de temáticas propias del constitucionalismo contemporáneo. En el ámbito de nuestro análisis, la constitución vigente establece, al igual que para todo el sistema de justicia penal, límites farragosos que dificultan su desarrollo y evolución, desprovisto de garantías esenciales en consonancia con su matriz neoliberal y favoreciendo indefectiblemente un status quo atingente a la época de su dictación, tanto en lo propiamente jurídico-penal y penitenciario como en lo sistémico- orgánico, propiciando la administrativización del sistema.

Así, más allá del principio de legalidad y con algún afán aproximativo al principio de culpabilidad, no existe consagración expresa en el texto constitucional en régimen, de los principios de proporcionalidad, de lesividad, de resocialización, del *ne bis in ídem*, (Durán, 2016, pp.3-4). Esto sumado a la inexistencia de referencia alguna a una justicia de ejecución y a los derechos del sujeto condenado además de alguna definición concreta sobre los fines mismos de la pena, deviene el

⁵ En el plebiscito del 25 de noviembre de 2020, el 80 % de la población chilena votó por una convención constitucional con la finalidad de proponer un proyecto de texto fundamental que derogase definitivamente la Constitución de 1980.

nuestro en un sistema penal autoritario, poco garantista y desconectado de la realidad (Durán, 2009, p. 271).

Sin duda, la reforma procesal penal de 2000, la dictación de determinadas leyes y la modificación de la constitución en su artículo 5° inciso segundo⁶, con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile, han morigerado de buena manera, pero aún insuficiente la parquedad del texto fundamental de 1980, lo que no ha estado exento de enormes dificultades en su sistematización y armonización legal y judicial, cuestión que atenderemos más adelante.

La falta de sustento constitucional del sistema penitenciario chileno es una cuestión de profunda dimensión valórica y jurídica que define el modelo actual, por cuanto la aplicación de la condena penal y su ejecución carecen de la legitimidad suficiente que permita irradiar su necesaria justificación hacia el resto del sistema penal que concatena los actos hacia el estado de asignación del castigo penal. La ley fundamental es la que constituye la arquitectura jurídico penal-penitenciaria, y esto se explica porque la antropología constitucional que se deriva de sus propias normas y que está dirigida tanto al juez como al legislador, nos debe conducir a una racionalidad aceptable, a lo que se ha denominado por Zaffaroni como derecho penal humano en contraposición a uno inhumano. Por tanto, se debe armonizar correctamente la Constitución escrita -el deber ser- con la realidad constitucional de carácter sociológico para que, en la contradicción permanente con la pulsión de lo inhumano latente se logren mayores grados de realización constitucional, es decir que se defina sin ambages que todo ser humano es una persona siempre en todo aspecto y situación (Zaffaroni, 2014, p. 7).

Ahora bien, en la Constitución actual existe un plexo de derechos fundamentales además de las bases de la institucionalidad, desde donde es posible urdir una trama axiológica sobre la cual fundamentar el sistema penitenciario. Este es el caso de los derechos civiles y políticos, como por ejemplo la igualdad ante la ley, el límite a la soberanía por el respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho, el principio de distribución del poder estatal, los principios de probidad y transparencia, la pérdida de la ciudadanía por condena, el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho a la libertad

⁶ Modificación constitucional de 1989, realizada mediante la Ley 18.825.

personal, entre otros (Defensoría Penal Pública, 2011, p.10). Pero surge la pregunta: ¿Es suficiente aquello? Definitivamente no, puesto que en un constitucionalismo garantista como legítima aspiración frente a un constitucionalismo principialista no basta la enunciación de principios directivos o directivas, sino además se requiere de principios regulativos o imperativos que expresen expectativas específicas y determinadas a los que corresponden garantías que consisten en la correspondiente prohibición de lesión y la obligación de prestación (Ferrajoli, 2011, pp. 16-53). Así, no basta por ejemplo, la mera recomendación genérica y formalista que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos para colegir siempre la prohibición de discriminación, en este caso de las personas condenadas, sino que es necesaria una regulación concreta de dicha esfera como por ejemplo que las personas privadas de libertad están dotadas de todos los derechos salvo de los vinculados a la ejecución de la pena o que el Estado, también a vía ejemplar garantice un sistema penitenciario orientado a la integración social y no dejarlo a la discreción judicial ni menos administrativa.

En consecuencia, la ausencia de un marco jurídico-constitucional, de un deber ser específico que nutra el sistema penitenciario en Chile deviene en un problema profundo que se debe corregir como cuestión primera, a fin de comenzar una discusión donde como señala Dworkin, «nos tomemos los derechos en serio», (Dworkin, 1984), en el sentido de garantizar realmente los derechos de los individuos, en este caso de los privados de libertad frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno (que como veremos son muchas veces actores confluyentes y antagonistas de los derechos de los condenados) y que frente a situaciones complejas los jueces puedan recurrir a los principios y garantías preexistentes.

La constitución vigente en Chile como hemos dicho es un texto deficitario e incluso una excepción regional en cuanto a los principios y garantías que en la mayoría de los países del subcontinente orientan el desarrollo de la actividad penitenciaria. Así, existen principios en el contexto sudamericano que nuestra constitución no contiene. Desde luego no provee una norma que establezca los fines de las penas privativas de libertad y tampoco se refiere a las condiciones de la ejecución penal entre los que está el respeto de los derechos humanos de los privados de libertad. Asimismo, tiene una normativa poco adecuada en materia de acciones constitucionales, derechos políticos

de las personas privadas de libertad y no dispone una prohibición absoluta de la pena de muerte (Arriagada, Muñoz, Rochow, 2019, p 297).

b. Ausencia de una ley penitenciaria

En el plano legal, la inexistencia de una ley de ejecución también es una cuestión problemática que debe atenderse y que incide en la legalidad del castigo penal impuesto a una persona, pero además es uno de los puntos donde mayor convergencia existe por parte de la comunidad jurídica que mira con desdén el estado actual del derecho penitenciario en este ámbito (Valenzuela, 2005; Durán y Prado 2020, p.23).

Esta falencia se da a pesar de todos los esfuerzos que se hicieron para dotar al sistema de una ley de ejecución en 1995 y 2005 y ni siquiera con la implementación gradual de la Reforma Procesal Penal, entre 2000-2005, se pudo llevar adelante (Stippel, Medina, Lillo, 2020, p.1736). Lo anterior, ha traído consigo problemas jurídicos relevantes ya que la normativa vigente en Chile es regulada a través de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo mediante el decreto supremo N° 518, de 1998, también denominado reglamento de establecimientos penitenciarios y ni el reglamento, ni el código penal ni las numerosas leyes penales especiales regulan de forma orgánica y sistemática lo concerniente al cumplimiento de la pena (Horvitz, 2018, p. 913).

Por eso, desde ya y tal como lo señaláramos al comienzo de este capítulo hay quienes sostienen con acertada razón que en Chile no existe un sistema penitenciario y que malamente podría estar en crisis lo que no existe, como refieren críticamente Arriagada y Rochow (Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, p.168).

Esta precariedad jurídica lesiona, por cierto, el principio de legalidad en la forma más expresiva de las dimensiones de aquella garantía fundamental, las relativas a la exigencia de taxatividad y certeza de la norma penal, que a su vez conlleva a un deterioro de los fundamentos democráticos de las restricciones de derechos y al fundamento mismo de las prohibiciones y sanciones.

Lo anterior, ha sido objeto de estudio y análisis por parte de penalistas y constitucionalistas chilenos. El punto dice relación con la

inconstitucionalidad del mencionado Reglamento al disponer que regirá la actividad penitenciaria y definir sin más, el fin de la pena. Siendo, además incompatible con el código penal que apela a la ley para regular la ejecución de la pena. Sin embargo, el mismo código relativiza lo anterior al admitir que también deben observarse los reglamentos de los establecimientos donde debe cumplirse la condena para definir aspectos de fondo del cumplimiento penal. En definitiva, esta cuestión enrevesada más la ausencia de normas fuertes en la constitución vigente, se anota como un aspecto de la imposible legalidad del modelo penitenciario chileno. (Horvitz, 2018, pp. 913-915).

Otras facultades legales se encuentran en la ley orgánica de gendarmería de Chile que regula la organización de la institución custodial de las prisiones definiendo una institución integrada por un cuerpo con formación militarizada, conteniendo algunas normas que entregan facultades al director nacional sobre traslados, custodia y reinserción. La ley orgánica define a gendarmería de Chile como un servicio público cuyas funciones principales son atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas detenidas o privadas de libertad, pero la precariedad de la formación de sus funcionarios, además de la escasez de recursos y los diversos problemas laborales que enfrenta, la convierten en una institución sobrepasada, fragmentada y difícil de intervenir (Arriagada y Rochow, 2015, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, p.185).

Por último, la parquedad del código procesal penal, la norma penal más moderna, tampoco contribuye a dilucidar el entramado penitenciario y se acerca a lo que Foucault mencionaba como «el exceso de lo penitenciario», una suerte de «forclusión», donde en definitiva se olvida la pena de ejecución como el momento de realización misma de la pretensión punitiva del Estado (Foucault, 2016, p. 242).

c. Ausencia de jueces de ejecución penitenciaria

Sin duda, un asunto que evidencia la imposible legalidad de la cárcel en Chile es la ausencia de una tutela judicial efectiva en el ámbito penitenciario, especializada en la ejecución penal, que particularmente proteja los derechos fundamentales de los internos y correlativamente prohíba los abusos de la administración carcelaria,

ya que un Estado democrático de derecho no es compatible con el autocontrol de la administración penitenciaria cuando se afectan derechos constitucionales e incluso sería insuficiente el control que los tribunales efectúan por la vía de las acciones constitucionales de amparo y protección (Horvitz, 2018, p. 941).

Actualmente, el control de la ejecución de la pena está entregado a los jueces de garantía conforme al artículo 446 y siguientes del código procesal penal, es decir a los jueces encargados del control jurisdiccional de la fase de investigación de un proceso penal, que en especial velan por el respeto a los derechos y garantías de las personas imputadas, además de sus facultades procesales exclusivas. Es decir, muy lejos del ámbito penitenciario propiamente tal salvo en la privación de libertad como medida cautelar.

Si bien la ley procesal les entrega facultades de control por ejemplo por la vía de la acción de amparo en los tribunales de garantía en el artículo 95, o en el procedimiento de cautela de garantía del artículo 10, ambos del código procesal penal, estos son instrumentos jurídicos que no superan el baremo exigido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto a una protección idónea de los derechos o garantías afectados respecto de las personas privadas de libertad. Ahora bien, se trata de recursos más ágiles que la acción constitucional de amparo y obviamente que del recurso constitucional de protección ante las cortes, pero claramente, son insuficientes en relación con el control de una tutela judicial efectiva de los derechos de las personas privadas de libertad, desde que ni siquiera establecen el procedimiento aplicable para ejercer los derechos que les asisten ni tampoco el ejercicio de la competencia de los tribunales definidos por la ley procesal (Arriagada y Silva, 2014, pp. 101-166).

Lo que se afecta concretamente es la garantía a la tutela judicial, que es un derecho prestacional que exige del Estado la protección jurídica debida, en relación con el ejercicio igualitario de los derechos ante la justicia y que asegura la respuesta oportuna a la pretensión de derechos con autoridad de cosa juzgada y lo que es crucial en este ámbito, con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales (García y Contreras, 2013, p. 244)

Así las cosas, la ausencia de una justicia penitenciaria sin lugar a dudas es un problema mayor, toda vez que en Chile no se da en la especie un control jurisdiccional de la arbitrariedad de la

administración que afecta derechos de las personas privadas de libertad, lo cual es un gran «vacío legal» que deja literalmente en la indefensión a las personas condenadas, transgrediendo la garantía a la tutela judicial que se desprende del artículo 19 No. 3 inciso primero de la Constitución, que en el caso de una «institución totalitaria» como la cárcel, resulta de enorme gravedad (Salinero, 2008, p.86).

Ahora bien, conforme al artículo 9 del reglamento de establecimientos penitenciarios, los tribunales de garantía pueden conocer de cualquier reclamación o petición en amparo de los derechos e intereses de los reclusos, incluido por cierto el control jurisdiccional de la potestad administrativa penitenciaria mediante el control formal de los actos de la Administración, que pueda afectar las garantías de los reclusos como por ejemplo los traslados, las visitas, permisos de salida, libertad condicional, sanciones disciplinarias, entre otros, lo que sin embargo muchas veces, dista de la realidad en la práctica judicial (Arriagada y Silva, 2014, pp. 101-166).

Junto con el inadecuado marco legal tanto en tribunales de garantía como en las cortes superiores, para el control de la actividad carcelaria en todos sus ámbitos incluida la posibilidad misma de recurrir de las decisiones administrativas y judiciales, la ausencia en la práctica de un control personal y presencial eficaz de los órganos y personeros judiciales en las cárceles cierra el círculo perverso de la ausencia de potestad judicial sobre los actos administrativos penitenciarios. Es así que, en el código orgánico de tribunales⁷ se contemplan las visitas carcelarias de funcionarios judiciales de carácter semanal y semestral y que tal como lo referimos en el capítulo anterior, se remontan al periodo colonial, pero no obstante que los jueces aprecian in situ la situación de desprotección legal en la que se encuentran las personas privadas de libertad y así lo consignan en sus actas de visita, no realizan acciones concretas para su mejoramiento más allá de llamados que efectúan para corregir dicha situación y paradójicamente aquello muchas veces puede devenir en perjuicios para los reclusos que efectúan quejas o reclamos, dada la rotación de los funcionarios que efectúan las visitas y la falta de seguimiento y monitoreo de éstas, transformando en definitiva a estas visitas en un formalismo que, en vez de mejorar la situación de las personas

⁷ Chile. (s.f.). *Código Orgánico de Tribunales*, arts. 567–585. Diario Oficial de la República de Chile.

privadas de libertad, incluso las puede perjudicar (Stippel y Medina, 2020, pp. 348-351).

Lo mismo ocurre con la fiscalía judicial que es una institución sui generis, cuyo «jefe de servicio» es el fiscal judicial de la corte suprema que actúa con los fiscales que existen en cada corte de apelaciones, que entre todos los roles que poseen tienen el de vigilar los establecimientos penitenciarios dando cuenta de las situaciones de abuso que verifiquen y si bien alcanzan un nivel de profesionalismo y especialización mucho mayor, el carácter no vinculante de sus informes y la ausencia de potestad legal para efectuar las visitas, las deja por debajo de las exigencias que debe cumplir un organismo de inspectores de prisiones como ocurre en Europa.

d. Excesiva administrativización

Otro aspecto que complejiza la cárcel legal en Chile, pero que no es exclusivo del sistema penitenciario nacional, es la arraigada administrativización de la actividad penitenciaria que incluso inhibe la actuación de la judicatura respecto de los derechos de las personas privadas de libertad, como en el caso de los traslados, uso de medidas de seguridad en las audiencias o incluso acceso a la salud, entre muchos otros. Esto, en su vinculación con la doctrina de especial sujeción y la disonancia legal referida, se torna aún más precario el entramado carcelario nacional.

El abandono de un control jurisdiccional efectivo de la cárcel en Chile, más la ausencia de normas penitenciarias de carácter legal, sumado a la distinción ideológico- penal, entre la imposición jurisdiccional de la pena y su ejecución, con disímiles fundamentos de legitimización (Horvitz, 2018, pp. 929-937), ha tornado el espacio carcelario en un ámbito de la justicia penal sometido a un servicio público como es gendarmería de Chile junto a otros entes administrativos, dependientes del ministerio de justicia, regidos en su casi totalidad por normas de orden inferior derivadas de la potestad reglamentaria que les conceden amplias facultades y establecen escasos controles, lo que deriva en que la relación penitenciaria con los sujetos encarcelados, adquiera una especial asimetría y vulnerabilidad en su dimensión de riesgo efectivo de vulneración de derechos fundamentales de las personas, propiciando la proliferación

de ámbitos de inmunidad e impunidad de la Administración (Arriagada y Silva, 2014, pp. 6-8).

Una potestad de gestión administrativa libérrima, para los estándares del siglo XXI, enfocada en la pretendida reeducación del penado sin una legitimación jurídica de la ejecución, nos retrotrae a la tecnología penal de la penitenciaría decimonónica y al conocimiento foucaultiano del criminal que se define sobre el condenado y no sobre el delito, donde toda la gestión administrativa se torna correccional (Garland, 2006, p. 166).

e. La doctrina de especial sujeción

Todo el panorama descrito largamente lleva a afirmar que a pesar de la jurisprudencia de los tribunales superiores de Justicia que ha venido finalmente desarrollando un enfoque de derechos humanos en el ámbito penitenciario, la doctrina imperante ha sido la de relaciones de sujeción especial.

El enfoque de la relación de sujeción especial apunta al vínculo de dos personas desiguales jurídicamente pero que está definido desde la voluntad de la persona superior y que definió la sujeción de las personas al Estado en el ámbito del derecho público en el sentido de un debilitamiento de los derechos ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos (Unidad de Defensa Penitenciaria, 2011, p. 2). Pues bien, en el ámbito penitenciario lo cierto es que la relación entre los internos y la administración penitenciaria responde plenamente a los postulados de sujeción especial, no obstante que en el ámbito comparado desde hace 40 años una sentencia señera del tribunal constitucional alemán declarara que los derechos fundamentales de los reclusos solo pueden ser limitados por una ley y siempre que sea imprescindible (Rivera, 2006, pp. 516-520).

Los reclusos se vinculan con la administración mediante unas relaciones de especial dependencia donde el estatus jurídico del interno queda reducido a una forma en extremo sencilla en la que todo son obligaciones y apenas se reconocen derechos (Rivera, 2006) y favorecen una actividad administrativa ajena a la legalidad en una suerte de estado absoluto de cariz retributivo en lo penitenciario (Solar Calvo, 2019, pp. 801-802).

El peso de esta doctrina en Chile es evidente y queda de manifiesto en toda la actividad penitenciaria, precisamente a través de la permeabilidad de la vigencia del principio de legalidad y la predominancia de lo reglamentario, además de decisiones como la del Tribunal Constitucional de excluir el principio de taxatividad del ámbito de las infracciones y sanciones disciplinarias (Horvitz, 2018, p. 925); y además por cuanto los tribunales superiores de justicia, hasta hace un tiempo no lejano, conociendo recursos de amparo en el ámbito de ejecución penal, no efectuaban un control jurisdiccional de la actividad penitenciaria vulneradora de derechos fundamentales de las personas reclusas en establecimientos carcelarios, lo que denotaba una adhesión a la doctrina de las Relaciones de sujeción especial (Unidad de Defensa Penitenciaria, 2011, pp. 2-6).

IV. Cárcel real, castigo puro y duro

a. El impacto de la cárcel chilena sobre las personas encarceladas

El impacto de la cárcel chilena en las personas que la padecen es sumamente decidor de las características que estos espacios del entramado carcelario provocan en mujeres, hombres, disidencias sexuales, adolescentes, entre otros. En consecuencia, en cualquier análisis de un sistema penitenciario resulta indispensable adentrarse en el detrimento que sufren las personas prisionizadas y que se define en la luctuosa relación entre un poder interno absoluto pero inestable y las medidas que se establecen para imponer el statu quo, afectando a todos quienes están detrás de los muros de la cárcel (Zaffaroni, 2015, p. 20).

Luego del incendio de la cárcel de San Miguel en 2010, que significó un duro enjuiciamiento público sobre las condiciones carcelarias chilenas y el derrotero de las políticas penitenciarias, se pensó que el estado de las cosas en este ámbito podría cambiar y de hecho hubo anuncios gravitantes en esa línea como la creación de la unidad de Derechos Humanos en gendarmería (Sanhueza, 2015 p. 8), sin embargo, nuevamente las cosas no cambiaron sustancialmente.

La cárcel en Chile es violenta, aun cuando se piense que no lo es al nivel del resto de Latinoamérica. Sin embargo, así lo demuestran las 2.663 personas que murieron dentro de recintos penitenciarios entre 2000 y 2020 (Comité para la Prevención de la Tortura, 2022, p. 13), y las constantes violaciones a los derechos humanos que ocurren dentro de sus muros y que son registradas por diversos informes de organismos especializados. En la prisión chilena actualmente se aplican penas ilícitas por las agencias administrativas, en el sentido que, pese a la existencia de tratados internacionales de DD.HH, abundan las denuncias por delitos de torturas, malos tratos, apremios ilegítimos, sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos (Zaffaroni, 2020, p. 14).

La violación a los derechos humanos, sumado a la sobrepoblación, hacinamiento y la violencia al interior de los recintos penitenciarios, inflige a las personas presas una sanción material que excede a la

pena formal y si bien esto puede ser común en la mayoría de los recintos penitenciarios de esta parte del mundo, la ausencia de legalidad dura del sistema carcelario en nuestro país agrava aún más el panorama. De hecho, respecto de la percepción de inseguridad carcelaria, Chile se ubica sobre países como El Salvador o Brasil, con 79,9% de inseguridad (Sánchez, M y Piñol, D, 2015, p. 33), y aquello no es corregido por los jueces encargados de supervisar la condena, debido a los problemas de la tutela judicial efectiva en este ámbito y que hemos referido.

De acuerdo con datos de gendarmería de Chile y que recoge el Comité para la Prevención de la Tortura, en junio de 2021, existían 39.848 personas encarceladas, de las cuales 14.125, es decir el 35,5% eran imputados y 25.723, es decir el 64,6% personas condenadas. En diciembre de 2023, las personas privadas de libertad están por sobre las 50.000, con un aumento en materia de prisión preventiva donde los imputados en las cárceles subieron a 19.665, acercándonos a los guarismos del sistema inquisitivo donde la mitad de la población reclusa estaba con medida cautelar (gendarmería de Chile, 2023).

Un problema acuciante de la cárcel chilena del siglo XXI, ha sido la sobrepoblación carcelaria y el hacinamiento, tendencia que se intensificó desde la última década del siglo pasado y que se mantuvo al alza entre los años 1993 y 2009, pasando de 147 personas reclusas cada 100 mil personas a 313 personas, para luego descender, pero siempre manteniéndose en cifras altas comparativamente (Cuneo, 2017, p. 168), llegando a la actualidad a 267,5 personas cada 100 mil habitantes (Gendarmería de Chile, 2023).

Ciertamente, la sobrepoblación y el hacinamiento carcelarios impactan negativamente en la calidad de vida de las personas privadas de libertad, lo cual es recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸, y en Chile el nivel de sobrepoblación, de acuerdo a un análisis del diseño de los recintos carcelarios versus la población presente en los recintos, es de 101,5% de ocupación, con 30 cárceles con un nivel ocupación superior a 120%, de un total de 83 cárceles para adultos lo que se expresa en situaciones como el acceso a una cama, donde se aprecian carencias notables en varios recintos

⁸ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), Regla 21; y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio XVII ("Medidas contra el hacinamiento").

penitenciarios como en Antofagasta, Arica, Copiapó, Puerto Montt, Calama (INDH, 2020).

En cuanto a estructura y condiciones de habitabilidad y teniendo como referencia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹, se establece que existen problemas con el acceso servicios higiénicos y al agua, donde 23 de 36 recintos carcelarios analizados no tienen acceso a estos servicios las 24 horas, solo 7 de 36 tienen acceso a agua caliente y 5 de 36 a calefacción. En cuanto a higiene y salubridad teniendo como criterio determinante la presencia de plagas, hubo insalubridad en 12 cárceles de 36. En cuanto a alimentación con estándares de calidad, la cantidad de alimentación se cumplía en solo 17 de 36 cárceles, lo que por cierto redundaba en la salud de las personas privadas de libertad, lo cual es crítico teniendo presente que solo en el 27,8% de los recintos observados existe personal médico contratado en jornadas parciales, de los cuales en solo 4 tienen contratados enfermeros y en solo 3 cárceles tienen matronas (INDH, ibidem).

Otro aspecto que afecta la experiencia vital de las personas privadas de libertad es el contacto con el exterior, principalmente con sus familias y sus redes sociales, por diversos motivos que van desde los obstáculos que se ponen al ingreso a los recintos penitenciarios de las personas relacionadas, al trato inadecuado que reciben las visitas al ingresar a los recintos por ejemplo con los registros abusivos, como el uso masivo de desnudamiento de adultos y niños, sentadillas e incluso cambio de toalla higiénica en mujeres que son las que más concurren (INDH, ibidem).

Lo anterior se agudizó durante 2020- 2023, con la pandemia por COVID-19, que mantuvo prácticamente aislados durante todo el primer año los recintos penitenciarios con prohibición de visitas, con la evidente aflicción de los reclusos por la situación que se vivía fuera de los muros de la cárcel y la falta de comunicación, lo que empeoró el castigo penal (Cavani, 2020, p.14). Esto, se intentó corregir mediante el acceso a telefonía, pero con restricción en la privacidad y con recepción de encomiendas sanitizadas lo que fue un avance, pero

⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

tardío¹⁰ ya que fue incluso posterior a los desconfinamientos exteriores, lo que profundizó la situación de vulnerabilidad preexistente de las personas encarceladas durante ese complejo periodo inicial de la Pandemia (Peralta, 2021, p. 91)

Respecto del trato que reciben los reclusos, en una encuesta realizada en 2014, un 44,3% de las personas señaló recibir maltrato psicológico y un 38,7% maltrato físico por parte de funcionarios y entre los mismos reclusos, un 33,7% y 21,1% respectivamente (Sanhueza, 2015, p. 20). Estas situaciones que en algunas ocasiones se traducen en muertes se dan en un contexto donde no existe una política ni una estrategia permanente para contener la violencia carcelaria, siendo las lesiones en riña la segunda causa de muerte a nivel nacional luego de la muerte por enfermedad, al punto que, en 2020, hubo 64 personas privadas de libertad que murieron por enfermedad y 61 por riñas (Comité para la Prevención de la Tortura, 2022, p. 13). Todo lo cual nos lleva a concluir que en el ámbito de la afectación a la vida y la integridad física de los reclusos es donde más patente se torna la disrupción profunda y transversal que supone la privación de libertad de las personas en sus vidas, afectándolas irreversiblemente (Molina y Walker, 2023, p.95)

En una caracterización de las personas que sufren la cárcel, en Chile la mitad de la población carcelaria lo hace por delitos contra la propiedad (47,6%), la mayoría está privada de libertad en un rango entre 5 y 10 años (37,6%), cuya edad se encuentra mayoritariamente en el tramo etario que va entre los 30 y 59 años (59%), con un nivel educacional bajo, teniendo solo un 32,4% educación media completa, con un oficio previo en general no calificado (61,3%) (Comité para la Prevención de la Tortura, 2022).

A este desolador panorama de la cárcel concreta se suma la casi nula actividad estatal en materia de reintegración social, a pesar de que el reglamento penitenciario modificado en 2006, establece como fin primordial de la actividad penitenciaria la reinserción social de las personas condenadas. La oferta de programas en este ámbito es inorgánica y desestructurada lo que impide un real y efectivo trabajo por la resocialización de las personas privadas de libertad. Es además una oferta reducida en cuanto a su nivel de cobertura, tanto en relación

¹⁰ Recién el 14 de diciembre de 2020 se aplicó el protocolo para el retorno gradual de visitas a establecimientos penitenciarios.

con la población total como a su distribución regional y en consecuencia gran parte de la población encarcelada no tiene acceso a dichos programas.

Por otro lado, los recursos económicos destinados a la reinserción de las personas condenadas son escasos y no superan el 13,4% del presupuesto de gendarmería de Chile, no obstante, éste ha venido en aumento sostenido desde 2006, y más aún se destinan a programas que si bien están correctamente orientados al propósito declarado, son inefectivos porque están escasamente basados en evidencia y esto a pesar de todas las prácticas comparadas con buenos resultados (Morales y otros, 2018, p. 33).

Finalmente, en este punto es necesario referirse brevemente a la dificultad de los reclusos de poder acceder progresivamente y de forma anticipada a la libertad y reanudar el contacto con el medio externo. Por ejemplo, en el caso de los beneficios intrapenitenciarios, solo un 19,2% accede al beneficio de la salida dominical, un 53,3% a la salida controlada al medio libre y un 15% a la salida de fin de semana. Por último, un dato elocuente, durante el proceso de libertad condicional del primer semestre del presente año solo se otorgó el 1,2% de las solicitudes en el gran Santiago¹¹, donde se concentra la mayor cantidad de reclusos del país. El panorama es idéntico en el resto del país.

En 2019, en su último informe de condiciones carcelarias, el INDH, señala que desde 2013, primer año en que se realizaron este tipo de informes y a pesar de cambios puntuales efectuados se mantuvieron las condiciones deficitarias en todos los ámbitos carcelarios como es lo referente a la vida de los presos, el régimen interno y también en lo estructural incluso en las cárceles concesionadas.

Sobre este último punto el sistema chileno de concesiones de infraestructura penitenciaria que comenzó el año 2000, y que se presentó como un cambio esencial en la gestión y mejoramiento del sistema penitenciario, en lo concreto se ha traducido en avances justamente en infraestructura pero sigue siendo crítico el trato a los internos, los problemas de acceso a la salud y a los programas de intervención psicosocial, así como la ejecución de programas de reinserción (Sanhueza y Pérez, 2017, p. 1080). Asimismo, no hay datos

¹¹ Así lo informa la página del Poder Judicial de Chile (Poder Judicial de Chile, s.f.). Recuperado de www.pjud.cl

que demuestren una disminución de la reincidencia comparativamente entre las cárceles concesionadas y las tradicionales fundamentalmente por la asignación de personas en los recintos conforme a criterios de compromiso delictual y duración de la condena más los traslados interregionales (Fundación Paz Ciudadana y BID, 2013, p.143). La disminución de la reincidencia fue una premisa que resultó desvirtuada y que nunca tuvo sustento empírico en países con experiencia privatizadora como el caso de Estados Unidos (Dammert, 2006, p. 10).

En definitiva, el paso por una cárcel en Chile como vivencia personal de la privación de libertad y padecimiento de los efectos perniciosos y subhumanizantes de la prisionización, no difiere entre un recinto penitenciario privatizado de uno tradicional como se esperaba en el contexto epocal de un voluntarismo gerencial y un telos económico neoliberal, siendo en definitiva la misma matriz defectuosa la que persiste inclemente, bifurcándose en su expresión privatizada y estatal.

La experiencia de la cárcel real en Chile es especialmente perniciosa con grupos de la población en situación de especial vulnerabilidad como las mujeres, disidencias sexuales, personas con discapacidad, entre otros colectivos.

En el caso de las mujeres privadas de libertad los datos disponibles nos refieren un fenómeno de aumento sustancial en los últimos años (Pérez, 2017, p. 87), un mayor uso de la prisión preventiva en las mujeres que es de un 43,8% en comparación con los hombres que es de un 31,5% (INDH, 2021), además de un aumento de mujeres extranjeras reclusas en comparación a los hombres: 16,7% en comparación a un 6,3% (INDH, ibidem). Se consigna además que es una población joven urbana, de estrato socioeconómico bajo y que, 3 de cada 4 mujeres no finalizó su educación escolar ni cuenta con capacitación laboral. Que, además, registran una importante prevalencia de violencia de género, abuso de alcohol y drogas además de problemas de salud mental subyacente (EuroSocial- Defensoría Penal Pública, 2019, p.15). Estas mujeres ingresan a espacios de encierro androcéntricos, en culturas masculinizadas con escaso acceso a capacitaciones y talleres, con sus derechos sexuales y reproductivos restringidos, sin acceso a salud diferenciada, con dificultades en el desarrollo de la maternidad, y precarización de sus

vínculos familiares, con dificultad de acceso a beneficios intrapenitenciarios, discriminación por orientación sexual o identidad de género, entre otras situaciones de violencia estructural.

El acceso a la justicia vinculado al derecho a la igualdad (Heim, 2016, p. 15) como garantía de acceso igualitario es un derecho humano indispensable en un estado de derecho que debe remover los obstáculos que afectan especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad como las mujeres y población LGBTIQ+ (Gauché, 2022, pp. 249-251) y que incluye por cierto el ámbito administrativo, dentro de la problemática cárcel y mujer. Los obstáculos al acceso pleno de la mujer a la justicia instan a políticas que deconstruyan ciertas premisas esencialistas que han contribuido a mantener el discurso binario de atribución de roles y categorización de los cuerpos, donde juega un papel preponderante entre otros, la existencia de una matriz androcéntrica de la justicia penal (Heim, 2016, p. 17), como el proceso de criminalización con sesgos patriarcales y la existencia de estereotipos en tanto preconceptos de género que se reflejan en leyes y estructuras jurídicas (Cook y Cusack, 2009, pp. 5-6), que afectan desproporcionadamente a las mujeres en el ejercicio de sus derechos, como nos recuerda el Sistema Interamericano de DDHH al definirlos como «atributos y características preconcebidas y que deberían ser ejercidas por hombres y mujeres» (Campo Algodonero vs. México, 2009).

En este sentido, una perspectiva de género aplicada a la justicia penal de ejecución en tanto metodología deconstructiva permitirá desinstalar dichos sesgos o estereotipos normativos y permitir un acceso en igualdad material a las prestaciones de la justicia penitenciaria y no reproducir las narrativas de la subalternidad de las mujeres en el androcentrismo jurídico penal hegemónico y transitar hacia un sistema penitenciario con perspectiva de género e interseccionalidad (Crenshaw, 1989), del todo urgente en Chile como lo han advertido organismos internacionales tal como lo hiciera en 2018, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw).

IV. Conclusión

En un análisis crítico y multidisciplinario de la realidad carcelaria chilena vigente, establecimos claramente que no es posible mantener el sistema penitenciario actual, que es una excepcionalidad dentro del contexto latinoamericano, que ya posee una realidad precaria en comparación con sociedades más avanzadas. Esto, por su falta de legalidad manifiesta que relacionamos con cinco ámbitos que dan cuenta de forma amplia que el sistema penitenciario no cumple con los estándares mínimos relacionados con la aplicación legal de la ejecución de la pena y que resulta necesario una transformación que propenda hacia un sistema que logre dotar de una función jurisdiccional competente en materia de tutela de derechos en la ejecución penal y contar con una normativa legal que recoja los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile.

Es necesario avanzar en la transformación y superación del sistema carcelario con prontitud por su irradiación en la cuestión criminal y en el sistema de justicia penal.

En un intento genealógico, analizamos la arraigada matriz colonial de la cárcel chilena y el continuo a lo largo del tiempo con una «metodología gramsciana», a través de sus tecnologías punitivas y como el entramado carcelario ha servido para el control y gestión performativo de la población subalterna, primero por el Estado soberano colonial, luego por el Estado disciplinario republicano y su dispositivo penitenciario y en definitiva por la sociedad de control donde punitivismo, capitalismo y neoliberalismo a través de sus dispositivos biopolíticos y de encierro tanatopolítico han funcionado en los últimos años en una sociedad fracturada, donde el castigo penal del siglo XXI, se caracteriza por una hibridación de estrategias de pronto contradictorias, cruzadas por el populismo punitivo.

Claramente, concluimos que no es posible conservar un modelo de gestión neoliberal de la privación de libertad engarzado en la matriz colonial de control y dominación con afectación de los derechos humanos, con condiciones carcelarias deplorables y con altas tasas de encarcelamiento y sobrepoblación carcelaria sobre un grupo definido de la población en la estructura de raza-clase- género.

El entramado penitenciario chileno, ese archipiélago de normas y saberes punitivos asociados al castigo penal, dispositivo cruento, ha

llegado a su momento definitivo y final, luego de siglos de un continuo colonial de hegemonía sobre hombres y mujeres infligiendo un encierro cruel sobre el subalterno y que hoy se traduce en un secuestro de la vida de la excedencia del sistema capitalista neoliberal, signada por la triada raza-género-clase, en una más de las expulsiones tanatopolíticas de nuestro presente, una expulsión en este caso, hacia fuera, detrás de los muros porosos de la cárcel.

Afirmamos esto, con la convicción que el sistema penitenciario chileno ya no resiste «reparaciones menores», sino una transformación radical que incluso se sostiene en un enfoque de eficiencia y narrativas securitarias que campean hoy más que nunca donde un sistema carcelario defectuoso añade riesgos frente a nuevas formas de criminalidad y donde los recientes hechos sucedidos en enero de 2024, en Ecuador nos recuerdan que una red de prisiones en un estado de legalidad defectuosa sin control jurisdiccional, se convierte en un factor más de debilitamiento del Estado de Derecho.

Por último, creemos, que en este afán es muy importante el trabajo realizado por la sociedad civil, por ejemplo, en los cabildos penitenciarios del proceso constitucional de 2021, la labor de la Universidades y de las instituciones de Derechos Humanos, el reciente sistema SIRCAIVI, el Sistema de registro, comunicación y atención integral de violencia institucional carcelaria, entre otros, que permitan desde dentro del espacio carcelario, con las personas privadas de libertad y su entorno, superar la cárcel actual.

Todo lo reseñado se inscribe en una mirada de futuro, una mirada esperanzadora pero además emancipadora, en lo que se denomina la Epistemología de la Memoria aplicada a los saberes penales y sus racionalidades (Rivera Beiras, 2011, p.12), como una superación de los avatares de las criminologías críticas y foráneas que no daban respuesta acertada a nuestra realidad situada en un Sur colonizado. Una epistemología inscrita en la mirada de los oprimidos, de las víctimas, en su historia real, donde resuena Walter Benjamin con su lúcida pregunta ¿Quién escribe la historia?, es decir la historia de los vencidos en los múltiples genocidios que, a lo largo de la historia escrita por el occidente eurocéntrico como los vencedores de siempre, han asolado al planeta, sobre todo a nuestro sur global. (Zaffaroni, 2022).

Así, desde este enfoque criminológico crítico global, que rompe los límites epistemológicos tradicionales, entendemos que se debe transformar la cárcel en Chile, superando la violencia estructural que ha provocado la gestión administrativa y colonial de los cuerpos subalternos.

IV. Bibliografía

- Agamben, G. (2006). *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos.
- Anitua, G. (2021). *Sobre delitos y penas: Comentarios penales y criminológicos*. Ediciones Didot.
- Arriagada, I., & Silva, G. (2014). La justicia ausente: El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. En G. Arocena (Ed.), *El control judicial de la cárcel en América Latina*. Ediar.
- Arriagada, I., & Rochow, D. (2015). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Universidad Diego Portales.
- Arriagada, I., Muñoz, M., & Rochow, D. (2019). Principios constitucionales y actividad penitenciaria: Análisis comparado en Sudamérica con especial referencia al caso chileno. En *La insostenible situación de las cárceles en Chile: Debate sobre la prisión y los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas de Chile.
- Barrientos, J. (2000). El Juzgado de Reos Rematados del Reino de Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 22, 117–190. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552000002200007>
- Brandariz, J., Dufraix, R., & Quinteros, D. (2018). La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de crimmigration? *Política Criminal*, 13(26), 739–770. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200739>
- Castro-Gómez, S. (2000). Ciencias sociales, violencia epistémica y la invención del otro. En *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 88–98). CLACSO.
- Cavani, P. (2020). *Derecho penal y penas ilícitas: Hacia un nuevo paradigma pospandemia*. Ad-Hoc.

- CEDAW, Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (2018). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*.
- Comité para la Prevención de la Tortura. (2020). *Primer informe anual*.
- Comité para la Prevención de la Tortura. (2022). *Diagnóstico de caracterización y vulneraciones a los derechos humanos en el área penitenciaria: Resumen ejecutivo*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Situación de derechos humanos en Chile*. OEA.
- Cook, R., & Cusack, S. (2009). *Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales*. Universidad de Pensilvania. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/26810.pdf>
- Crenshaw, K. (1989). *Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. University of Chicago.
- Cúneo, S. (2017). *El encarcelamiento masivo*. Editorial Didot.
- Dammert, L. (2006). *El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado*. FLACSO Chile. (Ponencia en Meeting of the Latin American Studies Association, 15–18).
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia: Postfordismo y control de la multitud*. Traficantes de Sueños.
- De Giorgi, A. (2015). Castigo y economía política. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 25(41), 9–36. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i41>
- Deleuze, G. (1990). ¿Qué es un dispositivo? En Varios autores, *Michel Foucault, filósofo* (pp. 155–163). Gedisa.
- Defensoría Penal Pública. (2011). *Compendio penitenciario concordado*. Departamento de Estudios y Proyectos.
- Defensoría Penal Pública. (2011). *La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia*. Unidad de Defensa Penitenciaria.
- Durán, M. (2009). Justificación y legitimación político-criminal de la pena. *Revista Política Criminal*, 4(8), 266–291. http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf

- Durán, M. (2020). Derecho penitenciario: Delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena. *Revista de Derecho (Concepción)*, 88(247), 117–156. <https://dx.doi.org/10.29393/rd247-4mddp10004>
- Durán, M., & Prado, G. (2020). Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 54, 151–181. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512020005000104>
- Dworkin, R. (1977–1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Elizalde, A., Thayer, L., & Córdova, M. (2013). Migraciones sur-sur: Paradojas globales y promesas locales. *Polis, Revista Latinoamericana*, 12(35), 7–13. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200001>
- EuroSocial & Defensoría Penal Pública. (2019). *Protocolo para la defensa penitenciaria de mujeres condenadas privadas de libertad en Chile*. Programa EuroSocial.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15–53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI.
- Foucault, M. (2012). *El nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France 1978-1979*. Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva: Curso en el Collège de France 1972-1973*. Fondo de Cultura Económica.
- Fundación Paz Ciudadana & Banco Interamericano de Desarrollo. (2013). *Evaluación del sistema concesionado versus el sistema tradicional en la reducción de la reincidencia delictual*. BID.
- García, G., & Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista Estudios Constitucionales*, 11(2), 229–282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>
- Garland, D. (2001). *La cultura del control*. Gedisa.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*. Siglo XXI.

- Gauché, X., Domínguez, Á., Fuentealba, P., Santana, D., Sánchez, G., Bustos, C., Barría, M., Pérez, C., González, R., & Sanhueza, C. (2022). Juzgar con perspectiva de género. *Revista Derecho del Estado*, 52, 247–278. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.08>
- González, C. (2018). *Gestión, gerencialismo y sistema penal*. Editorial B de F.
- Gramsci, A. (1975). *Cuadernos de la cárcel* (Tomo VI). Universidad Autónoma de Puebla.
- Hathazy, P. (2017). Dictadura, democratización y políticas penales: Campos carcelarios de Argentina y Chile. En D. Z. Quirós (Ed.), *Castigo y democracia* (pp. xx–xx). Ediciones Didot.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia: De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. Ediciones Didot.
- Horwitz, M. (2018). La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad. *Revista Política Criminal*, 3(26), 904–951. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2019). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social*.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2020). *Informe de condiciones carcelarias*.
- Jiménez, D. (2013). *La burbuja penal: Mercado, Estado y cárcel en la democracia española*. Universidad de Zaragoza.
- Langer, M. (2007). *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*. CEJA.
- León, M. (2003). Los dilemas de una sociedad cambiante. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19, 223–277. <https://doi.org/10.5354/rchd.v0i19.23262>
- León, M. (2014). Por una «necesidad de preservación social»: Cesare Lombroso y el «homo criminalis» en Chile. *Cuadernos de Historia*, 40, 31–59. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-12432014000100002>
- Matus, J. (2007). El positivismo en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 20(1), 175–203. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100008>

- Melossi, D., & Pavarini, M. (1977). *Cárcel y fábrica*. Siglo XXI.
- Melossi, D. (2013). En la intersección del derecho, las migraciones y la economía. *InDret*, 3, 1–17.
- Modonesi, M. (2010). *Subalternidad, antagonismo, autonomía: Marxismos y subjetivación política*. CLACSO; Prometeo.
- Molina, F., & Walker, A. (2023). Estudio sobre los fallecimientos en las cárceles chilenas (2019–2022). En J. Vio (Coord.), *Morir en prisión*. DER Ediciones.
- Monteverde, A., Castro, H., & Saavedra, J. (2018). Modelos y tendencias en la cárcel de Santiago (1843–1860). *Diálogos. Revista Electrónica de Historia*, 19(1), 69–101. <https://dx.doi.org/10.15517/dre.v19i1.30096>
- Morales, A. (2012). Política criminal contemporánea. *Revista Política Criminal*, 7(13), 94–146. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100003>
- O'Malley, P. (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Ad-Hoc.
- Peralta, Á. (2021). Cárcel y pandemia: Profundización de una crisis permanente. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 36, 84–98. <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6199>
- Pérez, P. (2017). Discriminación: El Caso de Lorenza Cayuhán. *Revista de Ciencias Sociales*, 70, 75–94. <https://doi.org/10.22370/rcs.2017.70.1050>
- Quijano, A. (1998). Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. *Revista Ecuador Debate*, 44, 227–238. <http://hdl.handle.net/10469/6042>
- Ramírez, S. (2022). *El gran ensayo: Génesis social, consolidación y crisis del neoliberalismo en Chile*. Tiempo Robado.
- Rivera Beiras, I. (2006). *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Editores del Puerto.
- Rivera Beiras, I. (2011). La memoria: Categoría epistemológica para la historia y las ciencias penales. *Crítica Penal y Poder*, 1, 40–55.
- Salazar, G. (2002). *Historia de la acumulación capitalista en Chile*. LOM.
- Salinero, M. (2007). *Doctrina procesal penal 2007*. Defensoría Penal Pública.

- Salvatore, R., & Aguirre, C. (2017). Revisitando el nacimiento de la penitenciaría. *Revista de Historia de las Prisiones*, 4, 7–42.
- Sánchez, M., & Piñol, D. (2015). *Condiciones de vida en centros de privación de libertad en Chile*. Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana.
- Sanhueza, G. (2015). Encuesta de percepción de calidad de vida penitenciaria. *Economía y Política*, 2(1), 5–32.
- Sanhueza, G., & Pérez, F. (2017). Cárceles concesionadas: Evidencia empírica. *Política Criminal*, 12(24), 1066–1084. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201066>
- Segato, R. (2007). El color de la cárcel en América Latina. *Nueva Sociedad*, 208, 142–161.
- Segato, R. (2016). *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos*. Prometeo.
- Solar Calvo, P. (2019). Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 72, 777–809.
- Sozzo, M. (2006). *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Ediciones del Puerto; OIM.
- Spivak, G. C. (2008). Estudios de la subalternidad. En *Estudios poscoloniales. Ensayos fundamentales* (pp. 33–69). Traficantes de Sueños.
- Stippel, J., Medina, P., & Lillo, R. (2020). Obstáculos en la activación de derechos en la defensa penitenciaria. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(3), 1735–1775. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.356>
- Stefoni, C. (2011). *Perfil migratorio en Chile*.
- Villegas, M. (2009). El mapuche como enemigo en el derecho penal. *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf
- Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres*. Gedisa.
- Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Ediar.

- Zaffaroni, E. (2015). *Discutir la cárcel, pensar la sociedad*. Ediciones Trilce.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Ediar.
- Zaffaroni, E. (2020). *Penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal*. Editores del Sur.
- Zaffaroni, E. (2022). *Colonialismo y derechos humanos*. Taurus.
- Zúñiga, F. (2013). Nueva constitución y operación constituyente. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 511–540.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100014>

La relación entre la justicia penal y el rol de los equipos profesionales dentro de las cárceles

Lic. Lilia Rodas¹

La ley no puede quedarse en la entrada de la cárcel

(Alberto Camus).

En primer lugar, como psicóloga, quiero destacar la importancia de nuestra ética profesional y todo lo que ella implica, como el secreto profesional y el resguardo de las singularidades y privacidad del sujeto (sujeto en libertad o sujeto privado de su libertad); y en cuanto a este último, es donde nuestra ética profesional tiene que estar por encima de los requerimientos judiciales y demandas institucionales de todas las personas con quienes trabajamos.

En este punto se deben tener en cuenta las legislaciones vigentes tales como la ley nacional de salud mental; la ley de ejercicio profesional y el código de ética de la provincia de Buenos Aires que, durante más de veinte años de trabajo dentro de las cárceles, he comprobado que no han sido tenidos en cuenta en la práctica profesional dentro del sistema penitenciario y judicial².

¹ Licenciada en Psicología por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y psicoanalista. Cuenta con más de veinte años de experiencia profesional en el ámbito penitenciario. Se desempeñó en la Unidad Penal N.º 41 en las áreas de Clasificación y Departamento Técnico Criminológico y actualmente trabaja en la Unidad Penal N.º 21, ambas pertenecientes al Complejo Penitenciario Campana. Su práctica profesional se centra en la atención clínica en contextos de encierro. lilia.ibicuy@yahoo.com.ar

² En 2007, un grupo de profesionales de la unidad penitenciaria no 41 de Campana —del cual formaba parte— solicitó una reunión con el colegio de psicólogos del distrito a fin de obtener un respaldo legal e institucional, conforme al ejercicio profesional y al código de ética de la provincia de Buenos Aires. La solicitud respondía a que las exigencias judiciales relativas a tiempos, plazos

Recién hace cinco años, se empezó a gestionar cierto respaldo institucional dentro del SPB, como la resolución 530/2020 impulsada a partir de una mesa de diálogos. Esta apunta a sostener una práctica desde el paradigma humanista (escuchar al sujeto) que nos permita trabajar ética y profesionalmente respecto a la confección de un informe psicológico. Un informe, que ya no genere controversia, con nuestra profesión, la cual se basa en los pilares de objetividad (en cuanto a evitar juicios de valor); singularidad; neutralidad; abstinencia; secreto profesional; entre otros aspectos. Sin embargo, dentro de la práctica de contexto de encierro, esta resolución es todavía resistida por muchos de los colegas psicólogos y el resto de profesionales intervinientes en el trabajo con sujetos privados de su libertad. En muchas ocasiones se debe a las presiones institucionales o mucho peor, a la influencia de los medios de comunicación y las demandas de la sociedad gestando juicios de valor.

Muchas veces las exigencias institucionales, atravesadas por los apremios judiciales, y ciertos requerimientos de algunos jueces, que solicitan modalidad y realización de informes específicos, o solicitando indicadores tales como plasmar la reflexión o el arrepentimiento o no del sujeto, el pronóstico de su futura reinserción social e incluso solicitando la administración de determinados test psicométricos, no solo se expiden desde otro marco teórico, sino que estos pedidos, escapan a su competencia, e intentan delimitar y condicionar nuestra forma de trabajo y nuestra selección del método clínico necesario para la evaluación singular de cada sujeto.

En mi caso particular, siempre sostuve mis principios éticos y mi confianza en mi forma de trabajo, abogando por las leyes en vigencia y el código de ética. No obstante, esto me ha generado dificultades y conflictos laborales con relación a mi práctica y/o sanciones ante pedidos judiciales inapropiados que demandan desde otro marco teórico.

Incluso en varias oportunidades, tomar la decisión de resguardar el relato del sujeto privado de su libertad, en el marco del secreto

y requerimientos arbitrarios, así como los apremios institucionales, impedían el desarrollo de una práctica profesional ética y humanitaria, en un contexto en el que el servicio penitenciario bonaerense carecía de normativa específica. Dicha reunión no obtuvo los resultados esperados; por ello, la resolución 530/2020 constituye un instrumento fundamental para regular y proteger el ejercicio profesional dentro de un marco ético.

profesional y exponiendo lo que consideraba pertinente en cada caso, sin adherir a la práctica instituida de las características demandadas habitualmente en los informes psicológicos, también me ha traído dificultades con el trabajo con colegas u otros profesionales, institucionalizados en su labor diaria o regidos por los clisé estandarizados de juicios de valor o medios de comunicación que dejan al sujeto en contexto de encierro, etiquetado como un sujeto peligroso para la sociedad o condicionado a la irreversibilidad de su conducta delictiva.

Por todo esto debemos enfatizar nuestro rol profesional, más allá de nuestra práctica en contexto de encierro, somos auxiliares de la justicia, pero esto no implica desvirtuar nuestra labor, esto no debería interferir en nuestra función, ni ser diferente en lo que respecta a la ética profesional que llevamos adelante en la práctica clínica externa al ámbito carcelario, o en todo caso la diferencia debería estar en reforzarla, debido a la vulnerabilidad de derechos de la población con la que intervenimos, en pos de restaurar los mismos o evitar nuevos daños.

Debemos lograr una mayor comprensión del contexto en el cual trabajamos, entender al sujeto desde una perspectiva integral que garantice sus derechos, su singularidad y su dignidad.

Y desde el paradigma humanista que nos legisla y nos atraviesa, entender que la mayoría de los sujetos que permanecen privados de su libertad, han perdido también desde muy pequeños la dignidad humana.

Por ejemplo, el artículo 37 de la ley de derechos del niño hace mención a la necesidad de garantizar los mismos, ya que la vulnerabilidad de sus derechos es una pérdida de la dignidad humana que no queda sujeta solo al individuo, sino que trasciende y abarca su grupo familiar, incluso su comunidad. Entender esto, cuando escuchamos cientos de veces, que los sujetos entrevistados en nuestro contexto de trabajo, no han estado escolarizados, o que han concurrido hasta tercer o cuarto grado del nivel primario, que la mayoría son semi analfabetos, que han tenido que salir a trabajar a edad temprana, que han sufrido maltrato infantil, que han padecido carencias económicas y afectivas, etc. Es entender que debemos trabajar desde una perspectiva humana y cuidadosa, atendiendo al

sufrimiento del sujeto, respetando su individualidad, y sosteniendo una escucha activa y propositiva.

Es indispensable generar un vínculo de confianza o al menos posibilitar un lazo social para avanzar en la reparación subjetiva; facilitar la circulación de la palabra, que muchas veces es escasa debido a la poca estimulación y la escasa educación a la que han logrado acceder, y escuchar desde un lugar de horizontalidad para que el mismo sujeto pueda participar en su proceso de recuperación.

El Lic. Oñativia de la cátedra de psicología forense de la universidad de la plata propone una escucha activa, propositiva, e intervencionista, es decir que nuestro rol como profesionales, es trabajar desde un lugar no meramente «evaluativo» respondiendo a las demandas judiciales, sino de acompañamiento, asesoramiento, ayudar al sujeto a asumir su propia transformación y promoviendo acciones que reparen daños y eviten nuevos daños, para devolver mediante un proceso subjetivo, esta dignidad humana muchas veces perdida o deteriorada por la cantidad de derechos que socialmente les han sido vulnerados, desde antes de su ingreso al sistema carcelario y también, durante el mismo.

Pensar desde esta perspectiva (integral, social y humanista), como actuar y lo que vamos a escribir en nuestros informes para la justicia penal, teniendo en cuenta su circulación y trascendencia, es resguardar esta dignidad humana ya deteriorada y evitar hacer más daño. Muchas veces al informar determinadas cuestiones relatadas por el sujeto, en un marco de confianza y apertura, es interpretado desde las instancias judiciales, como sucesos contraproducentes o actitudes sancionables. Por ejemplo, en muchas ocasiones se niega un beneficio porque se transcriben ciertos indicadores de su estado emocional, en lugar de contextualizar dicho relato como una apertura del sujeto y así posibilitar su necesidad de cambio de vida, o por ejemplo en otros casos, que exprese haber consumido, en un reconocimiento de su problemática adictiva, proceso necesario para aceptar esto y acceder a un dispositivo terapéutico, en lugar de leerse como un pedido de ayuda es interpelado y sancionado. Por tal motivo recorto esta información, y opto solo por transcribirla, si considero necesario la derivación a salud mental o si el sujeto necesita ayuda para resolver este padecimiento (situación que muchas veces también implica un callejón sin salida para el sujeto, ya que sabemos las dificultades que existen a nivel general, para que los mismos puedan

acceder a un tratamiento en salud penitenciaria por falta de personal o de predisposición). Otra de las cuestiones determinantes y limitantes es la cuestión de las visitas, que la persona privada de su libertad no tenga visitas se interpreta rápidamente como «ausencia de contención familiar» y no se tienen en cuenta las condiciones singulares de esa situación, muchas veces es una elección del sujeto para preservar a su entorno, otras veces es una situación económica y una decisión personal de resignar la visita de la familia para no sumarle gastos y complicaciones.

En otras ocasiones, el hecho de haber finalizado sus estudios secundarios antes o durante el transcurso de su privación de la libertad, siendo un acto de crecimiento y superación personal, no contando en la mayoría de las cárceles provinciales con la posibilidad de una carrera universitaria, es «leído» negativamente por ciertos juzgados o actores penitenciarios en sus dictámenes porque «actualmente no está estudiando» o cuando el acceso al estudio se encuentra limitado a la cantidad de cupos. Construcciones cuasi perversas, ya que estamos dejando al sujeto sometido a las interpretaciones y decisiones de terceros, condicionados a las limitaciones del sistema y disposición de otros y no propias, pero con consecuencias directas en su devenir institucional y personal.

Dadas estas irregularidades que se observan dentro del sistema carcelario, poder revisar nuestra práctica y nuestra función al confeccionar los informes, para desenvolvernos éticamente con respecto a la escucha y transmisión, es fundamental, visibilizando además que es responsabilidad del estado brindar las herramientas necesarias y garantizar los derechos de las personas privadas de su libertad.

La Dra. Relli, defensora oficial, destaca los principios de la ley de ejecución penal y de nuestra constitución nacional, y trabaja sobre la implementación de la res. 530/2020 y la importancia de la medida cualitativa de la pena, contextualizando lo que el sujeto puede decir y no transmitiendo datos meramente objetivos que no historizan al sujeto, por ejemplo expresar «qué» dice sobre sus sanciones disciplinarias, sobre la elección o no de recibir visitas, sobre la posibilidad o no de reflexión, sobre su educación, su condena, etc., comienzan a ser posibles reparadores de todas estas contradicciones donde continuamos siendo, como Institución del Estado, una serie

más de actores que perpetúa sus derechos vulnerados y el sufrimiento y/o violencia institucional a la que estos sujetos penosamente están acostumbrados.

En estos elementos a superar aun, encontramos uno que, para mí, amerita un mayor desarrollo; en muchas ocasiones, en el marco del espacio de escucha y confianza, muchos sujetos pueden expresar como se sienten al encontrarse con la encrucijada de decir la verdad o no, respecto a su responsabilidad, debido a ciertos «acuerdos judiciales». Ya que muchas veces se encuentran obligados a firmar su condena sin ser responsables del hecho delictivo, a cambio del ofrecimiento de reducirles los años de pena que formalmente deberían tener en caso de acceder a un juicio oral y público. Por lo tanto, no podemos pretender que reflexionen sobre una conducta o acción que no existió, no obstante, ante esta respuesta, los jueces de ejecución también interpretan esto como un aspecto negativo porque observan que «no hay reflexión» y que ellos han aceptado su responsabilidad; lo que la justicia oculta en este aspecto, es que el sujeto se ve obligado a aceptar este juicio abreviado porque está en juego nada más y nada menos que su libertad y la posibilidad de acotar su agonía, su incertidumbre y la frustración de no haber sido escuchado en su verdad.

Relli dice hay que tener en cuenta «como condenamos en la justicia» y menciona los «juicios abreviados» expresando que para ella personalmente es una cuestión «casi-extorsiva» y en este punto, coincido, ya que existe un alto porcentaje de «presos inocentes» con los que trabajamos, y la mayoría de las veces, penosamente percibo una cuestión extorsiva y repetitiva en la práctica judicial.

En este punto es muy interesante tomar la lectura del seminario dictado por el Dr. Mario Coriolano denominado «inocentes presos». Durante la exposición del mismo menciona que la duración absurda de los procesos judiciales muchas veces define, la culpabilidad o no del sujeto, cuando cumplió casi el total de la condena, por tal motivo se establecen los juicios abreviados que tienen un carácter extorsivo; y agrega: «hay que tomarse en serio el testimonio de las personas detenidas cuando dicen ser inocentes y no tomarlo como un clisé de una coartada» (*sic*) y agrega «se ha podido incluso encontrar el nombre del responsable del hecho y sin embargo el inocente sigue preso» (*sic*). El poder judicial no soporta ser ineficiente, la justicia no

reconoce errores y cuando absuelve a una persona no reconoce el perjuicio ocasionado a ese sujeto, dejando al mismo completamente avasallado en sus derechos³.

Si interesa esta temática recomiendo ver la película «buscando justicia»⁴ que en términos más duros relata las historias de presos inocentes condenados al «corralón de la muerte», que me lleva a reafirmar que en ningún país debería existir la pena de muerte, y mucho menos cuando debemos pensar en la pregunta de Relli «como condenamos en nuestra justicia» y en este punto ampliarlo a nuestra práctica, «como escuchamos» dentro de este sistema, como escribimos para no condenar a los sujetos a una pena de muerte simbólica e irreversible.

Teniendo en cuenta lo desarrollado, me parece importante trabajar en la visualización constante del paradigma humanista y el marco ético, como regulador de nuestra práctica, repensando y revisando nuestra función como profesionales dentro del contexto de encierro, interpelando los métodos punitivos y regulando la pena en términos de enunciación.

Sabemos que las instituciones totales, como las cárceles, tienen un efecto deteriorante, (si entran a una cárcel, esto se refleja a simple vista en el aspecto físico, personas de 50 años que parecen de 70, además del impacto y deterioro emocional y afectivo por supuesto), «no creo que para resocializar a alguien y enseñarle a vivir en libertad, haya que encerrarlo» dice Eugenio Zaffaroni en uno de sus seminarios⁵.

Y en este punto debemos revisar especialmente muchas conclusiones institucionales, donde en muchas ocasiones se señala la sugerencia de la permanencia del sujeto privado de la libertad dentro de la cárcel, para «capitalizar» su tiempo de detención o la cantidad de indicadores «forzados» a una conclusión negativa, considerando desde una apreciación general, mediática y no profesional, que tal sujeto puede ser «peligroso» o necesita más tiempo de encierro para

³ Coriolano, M. (2020, 29 de septiembre). *Inocentes presos* [Seminario]. 2.º Ciclo de Seminarios sobre Justicia Penal, en conjunto con la Defensoría de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. YouTube.

⁴ Cretton, D. (Director). (2019). *Buscando justicia* [Película]. Basada en la obra *Just Mercy*, de Bryan Stevenson.

⁵ Zaffaroni, E., Coriolano, M., & Moffat, A. (2020). *Humanizar el manicomio y la cárcel* [Seminario].

comprender sus actos. Una vez más acá, estamos violentando sus derechos, coartando su derecho a la progresividad de la pena e indirectamente su libertad. Tenemos que saber que incidimos en el proceso de una persona y por tal motivo, actuar como lo que somos, profesionales que, dentro de este sistema, tenemos la función de escuchar al sujeto desde nuestro marco ético, siendo objetivos, sin juicios de valor y sin sesgos de moralidad. Escuchar su singularidad, su historia de vida, el contexto social en el que crece, sus capacidades y deseos de superación personal, apostando a promover el proceso subjetivo del mismo, que le permita un crecimiento personal y una comprensión de sus actos más allá de la función punitiva de la pena. (la pena es por el acto no por el autor, es decir que uno no es penado por lo que es, sino por lo que hace).

Es importante saber a qué sujeto escuchamos ya que, en nuestro ámbito laboral, el sujeto de derecho y el sujeto del inconsciente no es el mismo sujeto, aunque estén entrelazados. Pensar en nuestra práctica no es igual que pensar desde la práctica jurídica, ya que el concepto de los sujetos en cada una de ellas es diferente. Mientras que para el derecho el inconsciente no existe en el momento de juzgar un acto, el psicoanálisis no concibe al sujeto sino como sujeto del inconsciente, con las consiguientes diferencias en cuanto al criterio de responsabilidad, no es lo mismo la responsabilidad jurídica que la responsabilidad subjetiva. Como psicólogos sabemos que el sujeto se funda en el lazo social, y si este lazo ha sido débil en su historia de vida, nuestro trabajo es fortalecerlos, se trata de apostar al sujeto, no de anularlo y recuperar su proceso de subjetivación desde un paradigma humanista. Ser auxiliares de la justicia no es ser funcionales al poder judicial o al poder punitivo.

No es tarea fácil, pero es válido el intento, y para cerrar esta articulación entre la justicia penal y el rol de las profesiones en contexto de encierro, les dejo esta frase «[e]s el psicoanálisis y no el poder punitivo el que lleva al sujeto a la asunción del acto»⁶

⁶ Zaffaroni, E. (2011). La palabra de los muertos. Ediar.

I. Conclusión delimitada

El trabajo apunta a repensar nuestra práctica profesional como psicólogos dentro del sistema carcelario y su impacto en contexto de encierro, con relación a la justicia penal y las demandas propias del sistema judicial. Destacar la importancia de nuestra ética profesional y todo lo que ella implica, como el secreto profesional y el resguardo de las singularidades y privacidad del sujeto privado de su libertad y su entorno; más allá de los requerimientos judiciales y la necesidad de informar sobre el devenir institucional y personal del mismo. Teniendo en cuenta lo desarrollado, se trabaja en la visualización constante del paradigma humanista y el marco ético, como regulador de nuestra práctica, repensando y revisando nuestra función como profesionales dentro del contexto de encierro, interpelando los métodos punitivos, las demandas de la justicia y regulando la pena en términos de enunciación.

II. Bibliografía

- Ciclo de diálogos interinstitucionales. (2024). *Ámbito de ejecución de la pena: ética y prácticas profesionales* [jornada]. Dirección de clasificación, servicio penitenciario bonaerense; la plata. Participantes: Lic. Xavier Oñativia y Dra. Paola Relli Ugartamendia.
- Coriolano, M. (2020, 29 de septiembre). *Inocentes presos* [seminario]. 2.º ciclo de seminarios sobre justicia penal, en conjunto con la defensoría de casación penal de la provincia de Buenos Aires. Youtube.
- Freire, P. (1978). *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI editores.
- Relli Ugartamendia, P. (2023). Los informes técnicos criminológicos en la provincia de Buenos Aires. *Revista escuela judicial*, (4). En perspectivas socio-antropológicas sobre la justicia.
- Ricasoli, A., & Rodas, L. (2017). La clínica hoy en contexto de encierro: ¿Es posible una reconstrucción subjetiva? En *nuevas familias. Nuevas infancias. La clínica hoy* (Cap. VII: Derechos humanos, comunidad, prevención, sociedad y ley). Congreso AASM.
- Zaffaroni, E. (2011). *La palabra de los muertos*. Ediar.

Zaffaroni, E., Coriolano, M., & Moffat, A. (2020). *Humanizar el manicomio y la cárcel* [Seminario].

Competencia del patrimonio arqueológico y paleontológico

María de las Nieves Sanchez Burzomi¹

I. Introducción

El motivo de la presente ponencia es poner de manifiesto el cambio radical de pensamiento que se suscitó en el campo del derecho, y más específicamente en el ámbito del derecho penal respecto a la protección, preservación y conservación de los bienes culturales, particularmente de los que se denominan arqueológicos y paleontológicos.

Aquellos, no siempre sufrieron una tutela diferenciada, y resultan ser de vital importancia, dado que el patrimonio cultural se encuentra conformado por un gran universo de diversos tipos de bienes que tienen diferencias entre sí, tales como los bienes artísticos, históricos, arquitectónicos, y obviamente los bienes arqueológicos y paleontológicos entre otros.

En ese sentido, durante el transcurso de las últimas décadas, es posible observar que, en el ámbito internacional, la protección de este tipo de bienes tan particulares, devino un eje clave en materia de

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2011). Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires, 2015) y en Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires, 2023). Realizó el Programa de Actualización en Justicia y Decisiones Públicas (Universidad de Buenos Aires) y cursos de formación en perspectiva de género y justicia, entre ellos la *Ley Micaela* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021) y *Litigio con perspectiva de género* (Ministerio de las Mujeres, 2023), así como capacitaciones en el ámbito del Poder Judicial de la Nación (2024). maisanchezburzomi@gmail.com

derecho penal trasnacional, y como consecuencia de ello se ha desarrollado diversa normativa que vela por su protección².

Así, en ese norte es que se ha intensificado la preservación de tales bienes (que son tan relevantes para la sociedad) desde el punto de vista legislativo y jurisdiccional.

Como primera medida cabe recordar que se entiende por patrimonio, y luego por patrimonio cultural, para finalmente desentrañar la importancia del patrimonio arqueológico y paleontológico, vocablos de gran importancia que son necesarios tener presentes a los fines de poder comprender el devenir del análisis que se efectuará a continuación.

De este modo, cuando hablamos de patrimonio, hay que evocar lo puntualizado por José Alberto Garrone (1994: 43), en cuanto indicó que el patrimonio es

el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona susceptible de apreciación pecunaria.

Consiguientemente, el patrimonio es una masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

El patrimonio es una universalidad de bienes, denominándose así toda pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente, como un todo

A su vez, el mencionado autor -en dicha pieza jurídica- también describió los caracteres determinantes del patrimonio, los cuales resultan ser: universalidad jurídica, necesario, único e indivisible, inalienable, e idéntico.

Asimismo, al tratar los distintos tipos de patrimonio Garrone, específicamente le dedica unas breves palabras a lo que él denomina «patrimonio artístico», y en ese sentido postula que aquel se encuentra conformado por el «conjunto de obras de arte, y de monumentos

² A modo ilustrativo, pueden mencionarse diversos instrumentos internacionales relevantes en la materia, tales como la *convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas* (convención de san salvador), la *convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, la *convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, y el *convenio de UNIDROIT de 1995 sobre objetos culturales robados o ilícitamente exportados*, entre otros.

históricos y literarios que contiene una nación. Son objeto de protección legal por parte del Estado para su conservación y su permanencia en el país»³.

Al mismo tiempo, al hablar de patrimonio cultural⁴ lo hacemos respecto a los bienes que representan cada sociedad en particular como así también por el conocimiento que se tiene de aquellos; extremos que necesariamente deben ser protegidos por representar la identidad de la sociedad.

También, se debe delimitar el alcance del patrimonio arqueológico, el cual se encuentra conformado por

las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes⁵.

mientras que, por el contrario, el patrimonio paleontológico es integrado por

los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales.

En lo que refiere al motivo del porqué los bienes arqueológicos y paleontológicos integran parte del patrimonio cultural, Mariana Catalano y Mariano Borinsky (2021: 162/2) postulan que

«Nadie discute, a esta altura, que los bienes integrantes del patrimonio histórico cumplen un papel 'enraizante', educativo y por lo tanto social, desde que permiten a toda persona acceder al conocimiento de su existencia y significancia histórica en el entramado evolutivo de los pueblos, a la vez que consolida la pertenencia de las naciones a sus raíces. Por ello, se habla de la 'función cultural' del patrimonio arqueológico y paleontológico, que abona su ínsito valor».

³ Garrone, J. A. (1994). *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot* (2.ª ed., Vol. III: P-Z, p. 45). Abeledo-Perrot.

⁴ INAPL. (2023, 27 de septiembre). *Bienes arqueológicos argentinos*. <https://inapl.cultura.gob.ar/noticia/bienes-arqueologicos-argentinos/>

⁵ Ambas definiciones se encuentran en el artículo 2 de la ley argentina 25.743, *protección del patrimonio arqueológico y paleontológico*.

En este contexto, es que en el ámbito del derecho al suscitarse causas en las cuales sus objetos versan sobre cualquiera de estos bienes tan esenciales, particulares y con especificidades irremplazables para la sociedad de un país y del mundo en su conjunto, es que -en muchas ocasiones- se suscitan contiendas negativas de competencia, y en la mayoría de ellas, como denominador común, se disputa si la causa debe o no tramitar por ante el fuero federal.

Por lo antedicho, el objeto de la presente ponencia es resaltar la competencia federal para entender en las causas que versan sobre los bienes jurídicos tutelados por ley 25.743, y como soporte central para el desarrollo, se analizará un fallo de nuestro máximo tribunal, dónde por el año 2008, se dirimió la cuestión a favor de la intervención de un juzgado federal para tramitar un expediente de esta índole, precedente que resulta ser de gran implicancia para la jurisprudencia, dado que ha sido citado con posterioridad, en otros fallos venideros en la materia, del mismo modo que en artículos doctrinales.

II. Nociones básicas sobre competencia

Como primera medida, no se puede pasar a estudiar con detenimiento el fallo de la corte suprema de justicia de la nación en materia de la ley 25.743⁶ «competencia No. 666. XLIV. Amigos del museo Ambato de la falda s/ denuncia», sino mencionamos brevemente las nociones elementales con respecto a la competencia.

Para ello, se debe indicar que cada rama del derecho, posee sus propias normas y principios procesales que hacen que cada instituto como la competencia tenga sus peculiaridades dependiendo de la rama del derecho que estemos estudiando.

Dicho esto, no podemos perder de vista que la rama del derecho objeto de la presente resulta ser el derecho penal, rama del derecho particular, dado que, como distinción a simple vista, se advierte que

⁶ Los objetos tutelados por la norma mencionada —esto es, los bienes arqueológicos— refieren, en la práctica, a construcciones o elaboraciones realizadas por la mano del ser humano, tales como piezas de cerámica o puntas de lanza. Por el contrario, aunque a primera vista puedan parecer similares, los bienes paleontológicos legalmente protegidos comprenden restos fósiles de vegetación (madera, hojas, follaje) y/o restos fósiles de animales, como piezas dentales o huesos pertenecientes a especies extinguidas, incluidos huesos de dinosaurios.

encuentra del sistema procesal inquisitivo, dónde el estado y las dependencias de aquel cumplen un rol clave y esencial.

En este marco, deviene pertinente traer a colación que, como todo en el campo del derecho, hay una regla y una excepción, y en el ámbito del derecho penal, existe una regla general en materia de competencia, y es que la competencia penal es improrrogable.

Siguiendo esa línea de pensamiento, dentro de la doctrina, encontramos destacado por María Cecilia Vázquez Berrosteguieta (2019: 27-28), con respecto a ello

La competencia penal es inalterable e improrrogable, es decir, que no se modifica ni por la variación de los elementos que la constituyeron (principio de la perpetuatio iurisdictionis), ni por la voluntad individual o conjunta de los sujetos de un procedimiento.

El único parámetro para atribuir competencia a un tribunal en materia penal es la ley. La razón de ello reside sencillamente en el principio del juez natural o legal, que impide que las circunstancias fácticas futuras varíen la radicación de la causa o que alguno de los protagonistas del caso –el imputado o la víctima y, más extensamente, el acusador o el juez- elija el tribunal competente o, en el caso de los jueces, se arroguen por sí mismos esa facultad, ya sea por voluntad o decisión individual o por pactos o acuerdos entre ellos.⁷

Ahora bien, como ya se adelantó toda regla tiene una excepción, y si la regla es que la competencia penal es improrrogable, la excepción es la posibilidad de que sí ocurra esa prórroga, pero ello no se da en cualquier situación, sino que

La única posibilidad de prórroga de la competencia, es decir, de que pueda intervenir otro tribunal penal distinto de aquel que estuviere determinado por la ley genérica, es que esa misma ley lo permita por previsión expresa.

Así, por ejemplo, la prórroga legal de la competencia entre tribunales nacionales está expresamente instituida y regulada por el Código Procesal Penal de la Nación (arts. 41 y 42) mediante la acumulación de procesos en los casos de conexión objetiva delictual y procesal subjetiva.⁸

⁷ Vázquez Berrosteguieta (2019, pp. 27–28).

⁸ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 28).

Sumado a ello, se debe tener en cuenta que -no sólo en el ámbito penal- sino que en cualquier rama del derecho (administrativo, civil, familia, etc.) ante los estrados de sus respectivos tribunales se suscitan cotidianamente diversas contiendas de competencia, tanto positivas como negativas.

Recuérdese que cuando se habla de contienda positiva de competencia, se hace referencia a cuando dos juzgados distintos consideran que ambos deben entender en un expediente determinado, mientras que la negativa se da cuando se encuentra como «[...] presupuesto necesario [...] que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente [Fallos, 305:2204, 311:1965,327:738, 328:877,329:2130, 330:1832] [...]»⁹

Siguiendo con esta línea de pensamiento, cualquier tipo de contienda que se suscite, aquella debe ser tramitada y trabajada a través de la formación de una incidencia, comúnmente denominada «incidente de competencia/ incompetencia», aunque en la praxis, es posible ver que muchas veces los temas respecto a la competencia, suelen ser tratados en el marco de la causa principal o «madre».

Dicho extremo fue también abordado por Vázquez Berrosteguieta, quien esencialmente puntualizó que, a los fines de llevar adelante la tramitación de una correcta traba de competencia, la misma debe ser planteada en la primera ocasión posible, que la misma debe efectuarse por vía de incidente, ello a los fines de no efectuar ningún tipo de atraso en la causa principal [Fallos, 310:2428;311:46,487 y 528;312:542].

Sumado a ello, la autora también refiere que es vital delimitar con total precisión los hechos objeto del litigio, y prima facie su calificación. Junto a ello, añade que debe tenerse en consideración que antes de determinar la competencia, deben resolverse los posibles recursos interpuestos contra las resoluciones del/los magistrados con relación a su jurisdicción.

Por otra parte, cabe indicar que una cuestión de competencia, debe ser resuelta por un órgano judicial, pero la pregunta que muchos operadores del derecho se efectúan en un caso concreto resulta ser ¿Qué órgano o tribunal debe hacerlo?

⁹ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 33).

Y, para responder dicha pregunta, volvemos a puntualizar cual es la «regla en este sentido», y para ello traeremos a colación que

La regla de orden que permite arribar a una solución autoritativa del diferendo, atribuyendo la competencia a otro tribunal, reza: decide el tribunal superior común a aquellos que entraron en conflicto. Dentro de cada jurisdicción, esto es, dentro de cada ámbito judicial (local o federal), la vigencia de esta regla determinará la intervención, por lo general, del tribunal que esalzada común o al menos tribunal superior del juez que previno. En cambio, en los conflictos interjurisdiccionales entre tribunales pertenecientes a la jurisdicción federal y local, o entre tribunales pertenecientes a jurisdicciones locales diferentes, la regla determina la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues no hay otro tribunal común.

Eso por el Decreto-ley 1285/58 (Organización de la Justicia Nacional), ratificado por ley 14.467 y modificado por varias leyes posteriores.

Por lo antedicho, se debe tener en consideración que el precedente que se analizará a continuación, que resulta ser el conflicto más reiterado de competencia en materia arqueológica y paleontológica, se basa en si la justicia federal resulta ser el órgano jurisdiccional que debe intervenir en una determinada causa cuyos objetos y/o bienes resulten ser uno de los anteriormente señalados. A mi entender, la respuesta a tal interrogante es en sentido afirmativo.

Sin perjuicio de ello, aquel no resulta ser el único tipo de conflicto de competencia que encontramos cuando analizamos los precedentes jurisprudenciales en el campo del patrimonio cultural, sino que hay múltiples posibilidades.

De hecho, según la práctica me ha enseñado, podemos agrupar los conflictos que se suscitan variados grupos. El primero de ellos, resultan ser las contiendas negativas de competencia que se suscitan entre un juzgado nacional en lo criminal y correccional federal, y un juzgado perteneciente a la órbita de la justicia provincial de una determinada provincia del interior del país; mientras que el segundo grupo se encuentra conformado por contiendas negativas trabadas entre dos juzgados federales, pero de dos provincias del interior del país.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar también, pero en menor medida, contiendas entre un juzgado nacional en lo criminal y

correccional federal, y un juzgado federal de una determinada provincia.

A grandes rasgos, se puede decir que en un 95 % las contiendas de competencia tienden a ser negativas, y es por ello que se ha seleccionado un conflicto positivo de competencia para analizar.

Es poco frecuente encontrar, en la actualidad, este tipo de contiendas de competencia, pero a rigor de verdad, tanto la ley 25.743 como su ámbito de aplicación y particularidades –las cuáles exceden ampliamente la presente- hacen que en ciertas ocasiones si se pueda prestar a confusión cuál resulta ser el tribunal competente para entender en un determinado expediente en concreto.

Como punto a resaltar, es que lo que -mi experiencia laboral en la materia me ha enseñado- es que en la mayoría de los casos los operadores del derecho muchas veces no se encuentran capacitados y/o no poseen las herramientas necesarias en torno a los efectos e implicancias de la ley 25.743.

II. Ley 25.743, su importancia, objeto, competencia, alcances y delitos

Para comenzar con el análisis de la normativa nacional de la materia, debemos comenzar el recorrido normativo, señalando lo estipulado por el art. 41 de la constitución nacional, el cual integra nuestra carta magna, debido a la última reforma constitucional que data del año 1994.

El mencionado artículo, hace alusión en cuanto a que

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las

necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Respecto a la constitución, este no es el único artículo que aplica al patrimonio arqueológico y paleontológico, sino que al 41 se le adiciona la aplicación del 75 inc. 22, articulado mediante el cual ingresan a nuestro plexo normativo los tratados internacionales de derechos humanos.

No obstante, no sólo a partir de la última reforma constitucional es que ha expandido la tutela del estado nacional hacia ciertos bienes, en especial a los arqueológicos y paleontológicos, sino que un gran avance legislativo en la materia fue la sanción de la ley 25.743 del año 2003.

Tales avances en materia de tutela y protección no fue recientemente advertido, sino que tal extremo ya fue oportunamente señalado por Vismara y Victorero, quienes puntualizaron que la introducción del artículo 41 en la reforma constitucional de 1994 «[...] tornó necesaria la sanción de nueva legislación que regulara el patrimonio arqueológico y paleontológico [...]»¹⁰, ley que no es otra que la 25.743 la cual define qué bienes se encuentran dentro de esa categoría, quien está a cargo de su tutela, cómo deben ser registrados como así también, establece el catálogo de delitos que se pueden cometer a su respecto.

En ese sentido, debe mencionarse que, si bien en los albores de sanción de esa ley es que se suscitaron la mayor cantidad de conflictos de competencia, en razón de la nueva corriente legislativa descripta, lo cierto es que pocos casos han llegado a los estrados de la corte suprema de justicia, dado que, a mi entender, el carácter federal de la misma resulta indiscutible.

Sin perjuicio de ello, de la búsqueda jurisprudencial efectuada, se han encontrado precedentes al respecto de diversas contiendas suscitadas al respecto, dónde se analizaron diversas cuestiones y aristas.

¹⁰ Vismara, Victorero y D'Alessio (2011, p. 1513).

Ahora bien, al adentrarnos en el análisis propiamente dicho, de la ley 25.743¹¹, denominada «ley de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico», encontramos como relevante que fue sancionada en el año 2003¹²; mientras que su decreto reglamentario (No.1022/2004), data del año 2004.

Dicha norma se encuentra dividida en doce subtítulos que aglutinan diversas secciones, particularmente ellos son: (a) de los objetivos y bienes arqueológicos y paleontológicos, (b) de la distribución de competencias y de las autoridades de aplicación, (c) del dominio sobre los bienes arqueológicos y paleontológicos, (d) del registro oficial de yacimientos arqueológicos y paleontológicos, (e) del registro oficial de colecciones u objetos arqueológicos o restos paleontológicos, (f) de las concesiones, (g) de las limitaciones a la propiedad particular, (h) de las infracciones y sanciones, (i) de los delitos y su penas, (j) del traslado de objetos arqueológicos y paleontológicos, (k) de la protección especial de los materiales tipo paleontológicos, y (l) disposiciones complementarias.

En los primeros apartados esencialmente encontramos definiciones de diversas cuestiones, y con posterioridad encontramos el ámbito de las sanciones administrativas, para finalmente –y a lo que a nosotros nos interesa- dentro de las secciones finales que componen tal norma, encontramos el ámbito de los delitos arqueológicos y paleontológicos, que conforman parte del eje cultural a analizar en la presente.

Así, se debe indicar que dentro de la ley 25.743 no se halla contenido ningún artículo que -de manera específica y explícita- establezca que la competencia de los delitos que de allí se deriven corresponde ser investigados por la justicia de excepción; lo mismo ocurre con los preceptos contenidos dentro del decreto reglamentario.

Sin embargo, si leemos con detenimiento, resulta posible encontrar de manera implícita en su articulado indicios claros que otorgan tal carácter de manera indudable.

Un ejemplo de ello, se encuentra dentro de la primera sección, particularmente en el artículo primero de la ley objeto de análisis, que

¹¹ La norma fue sancionada el 4 de junio de 2003 y promulgada posteriormente, el 25 de junio del mismo año.

¹² La norma que antecedió en esta materia era la Ley 9080, sancionada en 1913.

prescribe que «es objeto de la presente ley la preservación, protección y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico como parte integrante del patrimonio cultural de la nación y el aprovechamiento científico y cultural del mismo» es decir allí se indica de manera clara y precisa el objeto de ley especial 27.543.

Sumado a ello, -y dentro del mismo apartado- en los artículos subsiguientes, especialmente en los no. 3¹³ y 4 también encontramos lineamientos que dan a entender que es la justicia federal -en materia penal obviamente- quien tiene que entender en las causas penales que se susciten sobre los bienes tutelados bajo esta normativa.

Con relación a ello, cabe destacar que adhiero a la postura esgrimida por Alejandro Lionel Ledesma¹⁴ por cuanto señala que para ver qué órgano jurisdiccional es competente se debe tener presente el art. 4 inciso a de la referida ley, que establece que

Serán facultades exclusivas del Estado nacional: a) Ejercer la tutela del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. En orden a ello deberá adoptar las medidas tendientes a su preservación, investigación y a fomentar la divulgación. b) Ejercer la defensa y custodia del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico en el ámbito internacional, mediante la prevención y sanción de importaciones o exportaciones ilegales. En orden a ello deberá instrumentar las acciones para gestionar la devolución de los bienes arqueológicos y/o paleontológicos al correspondiente país de origen.

El último artículo citado, a mi entender es el que contiene mayor importancia en torno a la cuestión de competencia, dado que habla del ejercicio de la tutela exclusiva del estado nacional en materia arqueológica y paleontológica, como así también su defensa y custodia, razón por la cual, la conjugación de todos los artículos mencionados inexorablemente lleva a la conclusión de que no es otra sino que la justicia de excepción quien debe entender en las causas que versen sobre aquellos objetos.

Además, dentro de la sección o apartado «del dominio sobre los bienes arqueológicos y paleontológicos», también encontramos

¹³ El artículo 3 establece que la ley será de aplicación en todo el territorio de la Nación.

¹⁴ Ledesma, Sánchez Freytes y Haro (2012, pp. 120–121).

indicios que abonan la teoría que se aquí se sostiene, ya que específicamente en el articulado nro. 9 queda establecido que

Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que las referencias hechas al código civil, quedaron desactualizados en el referido apartado, ello puesto que en el año 2015 el código civil y comercial de la nación sufrió una modificación y actualización, motivo por el cual, ello puede llevar a incurrir en error al analizar el artículo resaltado.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar que los delitos de índole federal a los que hacemos referencia se encuentran ubicados casi al final de la norma 25.743, particularmente en la sección titulada «de los delitos y sus penas», que abarca desde el artículo 46 al 51, donde es posible observar una serie de artículos concatenados que delimitan los injustos penales plausibles de realización respecto de los bienes arqueológicos y paleontológicos, sección que resulta ser polémica en la jurisprudencia dado su similitud con las sanciones administrativas estipuladas en la misma ley, que se encuentran en los artículos anteriores al tratar «de las infracciones y las sanciones», pero dicho extremo merece un análisis más profundo que excede el análisis de la presente ponencia.

Así, habiendo puntualizado y ubicado cuáles son los delitos que se pueden cometer respecto a los bienes arqueológicos y paleontológicos, y cuál es el órgano judicial competente para entender en esos expedientes, se debe ahondar un poco más al respecto, y se debe indicar que dentro del decreto reglamentario de la ley 25.743 (identificado bajo el nro. 1022/24) también se pudo advertir la existencia de indicios en la reglamentación de los artículos que –a mi manera de ver- de manera implícita hablan o hacen referencia a la cuestión de competencia penal en este tipo de causas.

Así, el art. 1 indica que

es responsabilidad de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Nación, en sus respectivas jurisdicciones, la aplicación de la ley nº 25.743, para preservación y protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, siendo de

responsabilidad exclusiva de la nación la tutela del mismo. Sumado a ello encontramos también, lo reglamentado en cuanto al ya comentado articulado nro. 4 (de la ley 25.743), y particularmente con relación a aquel el decreto reglamentario señalado establece lo siguiente: a los efectos del inciso a) del artículo 4º de la ley nº 25.743, entiéndese por tutela ejercida por el estado nacional, la protección jurídica o legal de todo el patrimonio arqueológico y paleontológico del territorio nacional, más allá del derecho de dominio y de protección y preservación que corresponda a las autoridades competentes de cada jurisdicción.

En adición a ello, más hacia el final del decreto, encontramos también directivas concordantes en ese sentido, por cuanto específicamente se reglamentó el artículo 51 de la siguiente manera:

El organismo competente nacional adoptará las medidas necesarias que garanticen la recuperación y retorno de los bienes arqueológicos y paleontológicos que hubieran sido trasladados al exterior, sin perjuicio de las acciones que pudieran adoptar las autoridades jurisdicciones, pudiendo oponerse a los traslados cuando, a su juicio, las condiciones para la recuperación y retorno no sean satisfactorias, en virtud de las facultades concurrentes establecidas en el artículo 7º de la Ley Nº 25.743.

Así pues, en razón de todo lo anteriormente reseñado, tanto la ley 25.743 como su decreto reglamentario, contienen especificidades que otorgan la competencia a los órganos judiciales penales federales en materia de delitos cometidos contra el patrimonio cultural, específicamente en torno a los bienes arqueológicos y paleontológicos.

No obstante, al analizar la competencia en relación a la materia del fuero federal, se debe tener siempre en consideración los lineamientos que, en ese sentido, brinda el artículo 33 del código procesal penal de la nación por cuanto delimita el ámbito de competencia del «juez federal».

Frente a este panorama, a mi entender, no es otro que el estado nacional el responsable por velar por la tutela, conservación y preservación de los bienes arqueológicos y paleontológicos que son de su propiedad; y en razón de ello no hay otro fuero que deba entender en las cuestiones delictuales que se susciten en relación a este tipo de bienes que la justicia federal.

En adición, debemos tener en cuenta que en el artículo 41 de nuestra constitución (ya previamente analizado), además de establecerse los derechos respecto al patrimonio cultural, también se consagran el derecho a un medioambiente sano, y en tal sentido, a los fines de la competencia en las causas que versan respecto aquellos bienes, tales como residuos peligrosos, agua, fauna y/o flora, también se han suscitado contiendas de competencia respecto a quién debe entender en aquellas investigaciones, expedientes en el marco de los cuales, acontecieron discusiones similares pero respecto a otro tipo de bienes.

En ese norte en cuanto al tema de residuos peligrosos, en el precedente «CSJN, 22-8-2019, 'Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051', CSJN 001531/2017/CS001», se destaca que el extremo que otorga la competencia federal en casos de residuos peligrosos en cuencas hídricas resulta ser la interjurisdiccionalidad¹⁵.

Por otro lado, en torno al agua, como relevante, se puede mencionar que el artículo 7 de la ley 25.675 General del Ambiente, establece como excepción la competencia federal, la cual resulta ser, al igual que en el caso de residuos peligrosos, el dato determinante la interjurisdiccionalidad¹⁶.

Asimismo, con relación a la fauna y flora, según lo establecido en el fallo «CSJN, 23-2-2016, 'Imputado: Club de Caza de Tandil s/Infracción ley 22.421 (art.5). Denunciante: Unidad Fiscal de Investigaciones en materia ambiental (UFIMA)'¹⁷, FMP 022488/2014/CS001», ante un caso de duda de los tipos penales en los que encuadran las conductas desplegadas, ello debe determinarse en el fuero federal, lo que en muchos casos, puede llegar a resultar en que la tramitación del proceso sea por ante el fuero penal económico.

¹⁵ CSJN, *Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051* (disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco), 1 de julio de 2021, CSJ 000588/2019/CS001. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 292), Rubinzal-Culzoni.

¹⁶ CSJN, *Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051*, 1 de julio de 2021, CSJ 000588/2019/CS001, sjconsulta.csjn.gov.ar. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 288), Rubinzal-Culzoni.

¹⁷ sjconsulta.csjn.gov.ar. Precedente citado en De la Fuente, J. E. (Dir.), en Donna, E. A. (2022), *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.ª ed. revisada, p. 293), Rubinzal-Culzoni.

Para concluir con el análisis de la presente sección de la ponencia, deviene necesario e importante remarcar que dentro del «proyecto Borinsky», proyecto de reforma del código penal de la nación del año 2017, -a diferencia del código actual- aquel prevé delitos específicos para este tipo de bienes (paleontológicos y arqueológicos).

Específicamente, dentro del título identificado como XXIV aborda los denominados «delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico»¹⁸, lo que resulta coincidente con la protección jurídica supranacional imperante en esa materia.

III. Precedente «competencia No. 666. XLIV. amigos del museo Ambato de la falda s/ denuncia» de la corte suprema de justicia de la nación

En primer lugar, cabe destacar que como ya se indicó al indicio de la presente, las cuestiones de competencia más trascendentes en materia arqueológica y paleontológica se suscitaron hace aproximadamente más de 17 años; y sólo un pequeño grupo de ellas, han llegado a la instancia de ser analizadas por nuestro máximo tribunal.

Particularmente, cabe destacar que luego de una exhaustiva búsqueda de sentencias de la corte suprema de justicia de la nación, sólo se han encontrado unos pocos expedientes en los que se trató conflictos de competencia en relación a la ley 25.743¹⁹.

Así, dentro ellos, aquí particularmente se analizará el antecedente «competencia No. 666. XLIV. Amigos del museo AMBATO de la falda s/ denuncia», de fecha 25 de noviembre de 2008.

La cuestión central de competencia -de aquel expediente- giraba en torno a cuál era el órgano competente para entender en la causa, siendo que la contienda se disputaba entre el juzgado federal no. 1 de

¹⁸ Catalano, M., & Borinsky, M. H. (2021). *Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural* (1.ª ed., p. 261 y ss.). Ediciones Didot.

¹⁹ Entre el reducido caudal de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre conflictos de competencia vinculados con la normativa analizada, pueden mencionarse, a modo de ejemplo, los siguientes precedentes: CSJN, *Lumi, Martín Norman s/ infracción ley 25.743*, Competencia 934/2013; y; CSJN, *S. Marcelo Ángel s/ infracción ley 25.743*, Comp. CSJ 2091/2015/CS1

la provincia de Córdoba; y el juzgado de control, menores y faltas de Casquín, de la mencionada provincia.

Lo relevante del fallo, radica en que la corte suprema de la nación - haciendo eco a los extremos contenidos en el dictamen del procurador fiscal- resolvió que el órgano jurisdiccional competente para entender en aquellos actuados era el juzgado federal²⁰.

En ese norte, deviene pertinente resaltar algunas de las conclusiones y fundamentos del señalado dictamen fiscal, el cual fue emitido el día 23 de octubre de 2008.

Dentro de aquella pieza jurídica, como primer punto relevante se puede indicar que, como es de costumbre, el dictamen contiene una breve reseña de los hechos históricos del caso. En ese sentido, se señaló que la causa principal o «madre» se inició con motivo de la denuncia efectuada ante la Comisaria de la localidad de La Falda, provincia de Córdoba por el socio fundador de la asociación civil -sin fines de lucro- denominada «amigos del museo Ambato de la falda».

Esencialmente, el objeto de aquellos actuados se circunscribió a «la sustracción de gran parte de las obras de la colección arqueológica que se encontraban en ese museo, que se compondría aproximadamente de tres mil piezas de gran valor científico, patrimonial, cultural e histórico»²¹.

Respecto a la cuestión de competencia, se debe señalar que la contienda bajo análisis resulta ser de las denominadas positivas, puesto que aquella se suscitó en razón del planteo de inhibitoria impetrado por el juzgado federal nro. 1 de la provincia de Córdoba al juzgado de control, menores y faltas de la ciudad de Casquín, de esa provincia.

El planteo efectuado a la justicia ordinaria, esencialmente se basaba en que «se declare incompetente y remita las actuaciones a su juzgado, con fundamento en que los objetos arqueológicos formarían parte del patrimonio cultural de la Nación, y su sustracción habría

²⁰ La parte relevante del fallo expresa: «[...] por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor procurador fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó el presente incidente el juzgado federal n.º 1 de Córdoba. Hágase saber al juzgado de control, menores y faltas de Cosquín, de la provincia mencionada. [...]».

²¹ Dictamen del Procurador Fiscal en la causa objeto de estudio.

creado una situación de peligro en cuanto al destino de los mismos, circunstancia ésta que podría haber afectado intereses nacionales [...]».

Frente a ese planteo, el juzgado de control, menores y faltas anteriormente mencionado, -de acuerdo a los lineamientos vertidos oportunamente por el fiscal-, rechazó la solicitud efectuada, por entender que la pesquisa de aquellos actuados aún se encontraba en un estado prematuro, dado que no se había realizado medida de prueba alguna, a los efectos de determinar la existencia de una conducta relevante para el derecho penal, como así tampoco, se habían obtenido datos respecto a los supuestos autores del supuesto hecho ilícito ni la individualización de los elementos arqueológicos sustraídos.

Por lo expuesto, el juzgado de control, menores y faltas de la ciudad de Casquín, entendió que todo lo anteriormente puntualizado «[...] no permitirían remitir la causa a la justicia federal, dado que por su premura se podría vulnerar el carácter restrictivo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional [...]».

Por lo antedicho, deviene necesario recordar, qué se entiende cuando una causa se encuentra en un estado incipiente y/o de prematurez (en la pesquisa), y en ese sentido, cuando una investigación recién comienza, y tiene poco tiempo, y/o no se han llevado a cabo todas las medidas posibles a los fines de delimitar su objeto procesal, una conducta que constituya un hecho ilícito del mismo modo, que los autores del delito, se está frente a una causa de estas características.

La importancia de ello, radica en que, si aún restan medidas por realizar para poder delimitar todas y/o algunas de las circunstancias fácticas y/o jurídicas de una causa en particular, ello impacta indefectiblemente en la competencia de aquella.

La competencia es una cuestión relevante para cualquier expediente, y si hay algún tema a definir en cuanto a ello, debe hacerse cuanto antes y en la primera oportunidad que el magistrado tenga la oportunidad de hacerlo.

Pongamos el caso del extracto de una resolución señalada por Vázquez Berrosteguieta (2019: 37), dónde con relación a tal extremo, se estableció que

El tiempo transcurrido desde la iniciación del proceso no es suficiente para tenerlo por definitivamente radicado ante un juez incompetente, dado que, como se dijo, la competencia penal es improrrogable y las normas vigentes sólo admiten la sustanciación por el juez incompetente cuando se trata de magistrados de la misma jurisdicción [Fallos, 397:9].

Ello no obsta, claro está a que el planteamiento de cuestiones de competencia deba efectuarse en la primera oportunidad posible para su rápida resolución, a fin de evitar un dispendio de actividad jurisdiccional [...].

Sobre el tema de la prematura investigación o declaración de incompetencia «prematura», hay una gran variedad de jurisprudencia, y para brindar un ejemplo de ello, podemos señalar lo expuesto ya hace muchísimos años en el expediente «Santillán»²² dónde se estableció que «[e]s prematura la contienda negativa de competencia trabada sin que se halle precedida de la investigación necesaria que permita a la Corte ejercer las facultades que le confiere el art. 24 inciso 7°, del decreto-ley 1285/58».

Ahora bien, retomando el fallo del museo Ambato, al volver el legajo al juzgado federal, aquel trabó la contienda, y consecuentemente realizó la correspondiente elevación a la corte suprema de justicia para que dirima la cuestión.

Luego, a su turno, el procurador general de la nación emitió su correspondiente dictamen, dónde postuló que el órgano judicial que debía entender en esta causa en particular, debía ser la justicia federal, ello por cuanto el propio juzgado ordinario no podía descartar la comprobación de sucesos que exciten la competencia federal como así también por entender el procurador que «[...] sin perjuicio de que la investigación se encuentre en sus inicios, por las particularidades de los hechos denunciados, estimo que no podría descartarse una afectación a intereses nacionales en los términos del artículo 33,

²² CSJN, *Santillán*, Fallos 311:528 (19 de abril de 1988). Precedente citado en Albrecht, P., & Amadeo, J. L. (2002), *La competencia penal: según la jurisprudencia de la Corte* (1.ª ed., p. 17), Depalma / Lexis Nexis Argentina S.A.

inciso 1°, apartado «c», del código procesal penal de la nación (fallos: 324:2348) [...]».

A modo de síntesis, y como esencial, del referido dictamen se extrae que debía entender la justicia federal –pese a que la causa se encontraba aún en un estado incipiente de investigación-, por no poder descartarse que los hechos allí denunciados se encuentren bajo la tutela de la ley 25.743, y que era el juzgado federal nro. 1 de la provincia de Córdoba el que debía efectuar las medidas pertinentes para esclarecer los hechos denunciados, como así también, si aquellos ameritaban la intervención de esa justicia de excepción.

En ese sentido, el propio fiscal general mediante su dictamen (emitido la fecha 23 de octubre de 2008), señaló que en virtud de lo establecido en el art. 4 inciso a de la ley 25.743 como así también lo prescripto en el art.4 del decreto reglamentario de dicha ley (no. 1022/2004), resulta ser responsabilidad y atribución del estado nacional y del poder ejecutivo, tanto la tutela como la protección jurídica y legal del patrimonio arqueológico y paleontológico de la república argentina.

En mi opinión los argumentos vertidos en el dictamen del procurador están en lo cierto, dado que tiene que ser la justicia federal el órgano judicial que efectúe la investigación a los efectos de dilucidar los aspectos de hecho y derecho de la causa, para poder tomar conocimiento y así determinar, sobre qué bienes versaba la causa, y los supuestos autores del posible hecho ilícito.

Como corolario de todo lo anteriormente relatado, me permito realizar la observación respecto a que el extremo o punto dirimente - en la mayoría de los casos de contienda suscitados respecto de la ley 25.743- para otorgar la competencia resulta ser el carácter que revisten los objetos involucrados en los expedientes, es decir lo primero a delimitar (con la mayor certeza posible) es si el bien respecto del cual recae la tutela es un bien arqueológico o paleontológico y por lo tanto si se encuentra o no tutelado por la ley 25.743.

Dicho esto, y teniendo en consideración que la disputa en torno a competencia material, a mi criterio, en la actualidad se encontraría zanjada, resta otorgarle algunas palabras a la competencia territorial,

eje central de la problemática actual en materia de investigación de este tipo de delitos.

Así, en cuanto a la competencia territorial, en este tipo de delitos en la práctica surgen diversos escenarios, cada uno con sus particularidades, y en tal norte siempre debe considerarse que «[l]os conflictos de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse prima facie y con prescindencia de la calificación legal que le atribuyan los jueces del conflicto» (fallos 244:303, 310:2755, 316:2374, 323:3004, 324:2352, 2705 entre otros)²³.

Por consiguiente, la situación idílica o fácil de resolver, es la que se suscita cuando el bien tutelado y el sujeto activo se encuentran en la misma jurisdicción, como por ejemplo los restos fósiles y el vendedor de aquellos se encuentran en la provincia de Salta, razón por la cual no hay ninguna duda que el juzgado competente, es el juzgado federal de Salta, específicamente la secretaría penal.

Hipótesis distinta resulta ser, la causa dónde el bien paleontológico se encuentra en una locación, Salta; y el sujeto activo esté en otra, Neuquén, en este caso, ya reviste mayor complejidad de resolución, y si bien hay posturas contrapuestas, yo me inclino por la que establece que el juzgado federal que debe intervenir es el que tenga competencia federal en Neuquén, puesto a que a los fines de la agilidad del proceso, y de las diversas medidas de prueba que se lleven a cabo, en su gran mayoría deben ser llevadas en aquella jurisdicción, ello en razón del principio de economía procesal, dentro del cual se encuentran inmersos la concentración, celeridad y eventualidad.

También, sucede y es muy común que el bien (paleontológico u arqueológico) y el sujeto activo se encuentren en una provincia en concreto (continuemos con el ejemplo de Salta) y el delito se denuncie en jurisdicción de la Capital Federal, contexto frente al cual la competencia debe recaer en el Juzgado Federal de la provincia de Salta, teniendo en consideración lo ya establecido en diversos precedentes respecto a otros delitos, donde se indicó que

²³ Vázquez Berrosteguieta (2019, p. 45).

la competencia en razón del territorio se establece, prioritariamente, atendiendo al lugar dónde se ha cometido el delito (Fallos, 229:853, 253:432, 265:323,324:2355, 327:2978 entre otros), lo que no debe confundirse con el lugar en que se produzcan los efectos extratípicos del hecho ilícito (Fallos: 310:2156)²⁴.

Como vemos, hay múltiples escenarios posibles en cuanto a la competencia en el ámbito de la ley 25.743, pero lo que a mi entender sobre lo que no cabe duda alguna, es que no importa la jurisdicción territorial en la que quede radicada la causa, siempre debe ser ante el órgano judicial en materia penal federal.

IV. Palabras finales

Para concluir con la presente ponencia, deviene pertinente remarcar la importancia de incoar correctamente una denuncia y/o que una causa trámite ante el juzgado que le compete, ello a los efectos de no dilatar el proceso.

Si bien en cualquier tipo de expediente la competencia es un punto relevante, como así también es el punto de partida de cualquier análisis, lo cierto es que en las causas en las cuales el objeto de la misma versa sobre alguno de los bienes tutelados por la normativa 25.743, ello deviene todavía más crucial.

Ello por cuanto, no se puede perder de vista que las leyes especiales tienen sus tintes propios, y en la praxis jurídica diaria, no todo el personal de una dependencia judicial tiene la capacitación tanto teórica como práctica del basto conglomerado normativo imperante en ellas, y entiendo que es por ello, que muchas veces se suscitan contiendas de competencia innecesarias, que terminan afectando el curso de la investigación, y/o cuanto menos, dilatan la misma.

Así, la capacitación deviene un elemento esencial en todo el ámbito del derecho, y en los supuestos de protección de patrimonio cultural más aún, dado que la lesión y/o pérdida de un bien jurídico de estas características (paleontológico y/o arqueológico), resulta ser de un daño inconmensurable tanto para la generación actual como para las generaciones venideras, no sólo de nuestra República Argentina sino del mundo entero.

²⁴ Vázquez Berrostequieta (2019, p. 47).

¿Soluciones a este problema? Las únicas respuestas posibles son: capacitación, criterio de oportunidad, especialidad, y materia, en la aplicación del derecho en un caso concreto que verse sobre un bien tutelado por la ley 25.743.

En este norte, hoy más que nunca cobra vigor lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en un precedente jurisprudencial de larga data²⁵ «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oilher, Juan Carlos v. Arenillas, Oscar Norberto», dónde nuestro máximo tribunal - en su considerando nro. 5- indicó que

Que la normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se deduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar la concreción del valor justicia en cada caso (...) Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión.(...) Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de hacer justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento nos e compadece con la misión de administrar justicia.

Así, cabe poner de manifiesto que, si bien el precedente mencionado no es uno del ámbito del derecho penal, sus palabras hoy más que nunca entran en vigor y deben ser norte a los fines de administrar justicia, no sólo en materia de patrimonio cultural sino en toda rama del derecho.

²⁵ De fecha 23 de diciembre de 1980.

V. Bibliografía

- Albrecht, P., & Amadeo, J. L. (2002). *La competencia penal: según la jurisprudencia de la Corte* (1.^a ed.). Depalma / Lexis Nexis Argentina S.A.
- Argentina. Constitución Nacional. Arts. 41 y 75 inc. 22.
- Argentina. Congreso de la Nación. Ley 25.743. *Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico*. Argentina. Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 1022/2004.
- Argentina. Código Procesal Penal de la Nación. Art. 33.
- Catalano, M., & Borinsky, M. H. (2021). *Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural* (1.^a ed.). Ediciones Didot.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Amigos del Museo Ambato de la Falda s/ denuncia*, CSJN, 25-11-2008.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Competencia 934/2013, Lumi, Martin Norman s/ infracción ley 25.743*.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *Oilher, Juan Carlos v. Arenillas, Oscar Norberto*, CSJN, 23-12-1980.
- Centro de Información Judicial (CIJ). (s.f.). *S. Marcelo Ángel s/ infracción ley 25.743*, Comp. CSJ 2091/2015/CS1.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (2000).
- Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador). (1940).
- Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y Transferencia Ilícitas de Bienes Culturales. UNESCO, 1970.
- Convenio de UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Ilícitamente Exportados. (1995).
- De la Fuente, J. E. (Dir.). En Donna, E. A. (2022). *Revista de Derecho Penal 2022-1: Derecho Penal Ambiental I* (1.^a ed. revisada). Rubinzal-Culzoni.
(Incluye las referencias jurisprudenciales extraídas de esta obra:

Fernández 2019; Fábrica Militar Río Tercero 2021; Club de Caza de Tandil 2016).

Garrone, J. A. (1994). *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot* (2.^a ed., T. III: P–Z). Abeledo-Perrot.

Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (INAPL). (s.f.). *Bienes arqueológicos argentinos*. Recuperado de <https://inapl.cultura.gob.ar/.noticia/bienes-arqueologicos-argentinos/>

Ledesma, A. D., Sánchez Freytes, A. (Dir.), & Haro, R. (Co-dir.) (2011/2012). *La competencia federal penal* (Tesis doctoral). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Editores del Puerto S.R.L.

Vázquez Berrosteguieta, M. C. (2019). *Competencia penal de los tribunales federales* (1.^a ed., 1.^a reimp.). Hammurabi.

Vismara, S., Victorero, S., & D'Alessio, A. J. (Dir.). (2011). *Código Penal de la Nación comentado y anotado* (2.^a ed. actualizada y ampliada, T. III). La Ley

Adolescentes en conflicto con la ley penal y en situación de consumo de sustancias en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Intersecciones normativas desde una perspectiva de Derechos Humanos

Cinthya Leonor Soich¹

*La estructura de las creencias es tan fuerte que
permite que algunos tipos de violencia se
justifiquen o ni siquiera sean considerado como
violencia (Judith Butler)*

I. Introducción

A partir del recorte teórico conceptual de «adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad social, en conflicto con la ley penal y en situación de consumo de sustancias en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires» se visibilizan las particularidades y tensiones que se manifiestan en la manera en que se aplican los marcos normativos que se interseccionan en estos casos, a partir de los tres campos involucrados: los derechos de niñas, niños y adolescentes, el sistema penal juvenil y la salud mental, todo ello pensado desde una perspectiva general de derechos humanos.

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Diplomada en Abordaje Interdisciplinario del Maltrato Infantojuvenil y la Violencia Familiar e Institucional (UBA). Realizó estudios en Violencias de Género y Resistencias Feministas en el Instituto Nacional de Investigaciones Históricas Eva Perón y en Salud Mental y Derechos Humanos en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). Cuenta con trayectoria laboral en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se desempeñó en el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en la Dirección General de Políticas Sociales en Adicciones. cinthsoich@gmail.com

Por parte de lo vinculado con los derechos de niñas, niños y adolescentes, el marco normativo vigente parte de la conceptualización de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, tomando como punto de partida el sistema de protección integral de derechos establecido a nivel nacional partir de la sanción de la ley nacional No. 26.06 y a nivel local la ley No. 114 de la CABA que, entre otras cuestiones, crea el consejo de los derechos de niñas, niños y adolescentes (en adelante, «CDNNyA») como organismo especializado en materia de promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En el sistema penal juvenil, existe una convivencia de marcos teóricos tutelares con el paradigma de derechos enunciado, destacando que la ley nacional No. 22.278, que establece el llamado «Régimen penal de minoridad» vigente desde 1980 y que contribuye con el sostenimiento de discursos criminalizantes y estigmatizantes que propugna, entre otras cosas, la baja de la edad de punibilidad.

En cuanto al campo de la salud mental, conforme con la ley nacional de salud mental No. 26.657, se considera a las adicciones o consumos problemáticos como parte de la misma y a las políticas que se implementen para su abordaje en el marco de sus lineamientos y propiciando estrategias desde una perspectiva de reducción de riesgos y daños.

La elección de la temática no se realiza de manera aleatoria, sino que está atravesada por mi formación académica y la experiencia laboral con amplia recorrida en diversos organismos públicos del poder ejecutivo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto desde el ámbito de la protección de derechos de niñas niños y adolescentes, el sistema penal juvenil y actualmente desde la atención por consumos problemáticos.

Se propone en específico exponer estos paradigmas vigentes y la manera en que son ejecutados por los organismos del Estado con competencia en la materia e identificar tensiones y puntos de conflicto.

II. Desarrollo

En la actualidad, el marco normativo vigente en las temáticas vinculadas con infancias y adolescencias tiene como objeto brindar protección a niñas, niños y adolescentes en pos de garantizar su interés superior entendido este como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos. Se entiende a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho que tienen capacidad progresiva, de acuerdo con su edad y grado de madurez, con derecho y autonomía para ejercer actos por sí mismos, manifestar su voluntad y que la misma sea escuchada.

Este marco normativo generó, a su vez, una nueva institucionalidad para la promoción y protección de los derechos vulnerados de niñas, niños y adolescentes organizados desde una perspectiva de descentralización, especificidad, cercanía con la comunidad y conformados por equipos interdisciplinarios que intervienen de manera local desde una perspectiva integral de derechos humanos.

Como se mencionó, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, «CABA») es el CDNNyA creado por la ley No. 114 del año 1998, el organismo especializado de promoción y protección de derechos. En el año 2016, en el marco de la mencionada descentralización, se produjo el traspaso de los dispositivos penales que reciben y alojan a niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal desde la órbita de la nación a la CABA, pasando a depender del mencionado CDNNyA. Si bien en su momento esto generó una repercusión y algunas organizaciones de la sociedad civil y/o agrupaciones vinculadas en la temática de infancias y adolescencias alertaron sobre la posible inconstitucionalidad de este traspaso y/o la incompatibilidad sobre que el organismo de protección gestione espacios de encierro, en los hechos y a la actualidad su funcionamiento en esta órbita continúa operativo.

Este marco normativo vino a poner fin al que estuvo vigente entre los años 1919 y 2005, época en la que regía la ley nacional No. 10.903 - Patronato de Menores. Esta ley establecía formalmente la figura jurídica del «menor», para referirse a personas menores de edad a las cuales se estigmatiza: niñas, niños y adolescentes víctimas de desigualdades sociales, que no lograban encuadrarse dentro de las representaciones sociales que la sociedad capitalista tenía de la niñez.

Así, niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza eran desprovistos de su condición de sujetos y tomados como objeto de las políticas de control y normalización llevadas adelante principalmente por las fuerzas de seguridad. Estos «menores» eran, entendidos como un problema del Estado, identificados como un peligro, una amenaza al orden público, directamente vinculados al delito y sobre quienes el Estado debía intervenir para su neutralización. Esta perspectiva fortalecía la vigilancia por parte de las fuerzas de seguridad y el encierro de esta población infantil vulnerable (definida como «menores») que circulaba por la ciudad, abordando desde el sistema penal las temáticas sociales, ejerciendo un «derecho penal de autor», persiguiéndose y encerrándose por quienes son («niñxs pobres») y no por las acciones (delitos) que pudieran haber cometido, como el «derecho penal del acto» indica.

En la actualidad el cuerpo normativo sobre la temática penal juvenil está regido por ley nacional No. 22.278 que fue sancionada por un gobierno de facto y sin el debido debate legislativo en 1980, época en la que regía la mencionada conceptualización de las infancias. Asimismo, el campo penal juvenil es nutrido por numerosos instrumentos internacionales específicos: las *reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores* (reglas de Beijing), *reglas mínimas de las naciones unidas sobre medidas no privativas de la libertad* (reglas de Tokio), *directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (directrices de Riad) y las *reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Todos estos instrumentos internacionales apuntan a brindar una perspectiva respetuosa de los derechos humanos y conviven con la normativa penal juvenil local.

Este denominado régimen penal de la minoridad se caracteriza por la utilización de terminología propia de concepciones tutelares para referirse a niñas, niños y adolescentes como «menor» y sobre las acciones a su respecto se refiere a «someter», «disponer», «ordenar». Así se posibilita dar tratamiento a las personas menores de edad bajo supuestos tutelares, reduciéndose a una categoría de objetos que requieren de la protección del estado, estableciendo un procedimiento en el que, además de la causa penal, el juez debe entender en la situación social, familiar, educativa de la niña, niño o adolescente de que se trate.

Esto no es más que la aplicación del «derecho penal de autor» ya que son las características particulares de la persona las que sustentan las medidas que se toman y no el hecho que pudo haber cometido, facilitando así la toma de medidas, que se manifiestan en la normativa con la inclusión de conceptos tales como «problemas de conducta», «abandono», que habilitan ser utilizados para la privación de la libertad, sobre fundamentos tutelares tales como «procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral», «el estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales que se encuentre» contrariando principios constitucionales en materia penal y el paradigma normativo sobre niñas, niños y adolescentes que establece que las medidas de protección de derechos no deben implicar privaciones de la libertad.

De este modo, el derecho penal juvenil funciona, sobre todo con la población analizada en el presente trabajo, produciendo y reproduciendo estereotipos de discriminación, marginalización y estigmatización a niñas, niños y adolescentes que se encuentran atravesados por diversas vulnerabilidades y permanecen en situación de calle y con consumo de sustancias, en diversas ocasiones son víctimas de rutinas policiales violentas motivadas la exclusión y el resentimiento social, sumado a la espectacularización del estereotipo de esta población como un riesgo o peligro social alimentada por los medios de comunicación. Así, se fortalecen discursos que promueven el endurecimiento de las medidas penales y discursos a favor de la baja de la edad de punibilidad.

El imaginario social que se reproduce en los operadores del sistema (fuerzas de seguridad y Juzgados) asocia la figura del consumo problemático, del adicto, al delincuente, presentando a la persona que consume sustancias como un enemigo social, como alguien responsable del narcotráfico, apareciendo el encierro como único instrumento para dar respuesta, para neutralizar el peligro.

Así, las decisiones judiciales se toman con discrecionalidad, basadas en la situación vulnerabilidad y de consumo problemático que presentan estos adolescentes, y no desde una perspectiva estrictamente penal o vinculada con el hecho que se les atribuye.

En líneas generales, en la CABA las intervenciones en estos casos se estandarizan y burocratizan en derivaciones a hospitales para

desintoxicación o para realizarles evaluaciones interdisciplinarias en el marco de la ley nacional de salud mental, a veces con intervención de juzgados civiles. Luego se define la estrategia de egreso hospitalario que oscila entre la derivación voluntaria a un centro de tratamiento por consumos problemáticos o el ingreso a algún dispositivo cerrado perteneciente al sistema penal juvenil.

Es posible establecer un paralelismo en la evolución de los campos normativos de las infancias y de la salud mental, exponiendo que se ha avanzado en consideraciones de sujetos de derechos, con capacidad de agencia y en su incorporación como actores sociales generando marcos propicios, apoyos y acompañamientos para manifestar su voluntad y para que la misma sea escuchada, con organismos de control destinados actuar ante vulneraciones de derechos, contribuyendo con el sujeto en la concreción de su proyecto de vida. Esto se diferencia de la lógica tutelar que sí continúa presente en el fuero penal, visible ya desde el uso de la terminología, la utilización de lenguaje técnico, sin la posibilidad de participación del sujeto en el proceso.

Cabe puntualizar que el abordaje de esta población se da, en la mayoría de los casos, en contextos de urgencia, en ocasión de ser aprehendidos por las fuerzas de seguridad. Es decir, para la atención en salud mental de esta población el primer contacto institucional es el sistema penal, se genera así la intervención de salud en el marco de una urgencia y la comunicación entre el Juzgado penal interviniente. A partir de estas derivaciones a hospitales, muchas veces se generan escenarios de internaciones prolongadas, las denominadas «internaciones por causas sociales», no con motivo del cuadro de salud, sino ante la dificultad de encontrar un espacio de derivación que pueda abordar la integralidad y complejidad de la situación.

Estas internaciones generan, a su vez, una sobre-intervención ya que, en el ámbito de la CABA son múltiples los organismos de control que intervienen, superando ampliamente a la política pública disponible. Estos organismos no suelen intervenir de manera coordinada ni funcionan como verdadero sistema, no logran historizar la situación de la persona ni elaborar y/o sostener estrategias a mediano o largo plazo, lo que se constituye en una sistemática vulneración de derechos por parte de los servicios sociales.

III. Palabras finales

Puede visibilizarse una tensión entre los postulados básicos del régimen penal juvenil y el marco normativo vigente tanto en el campo de las infancias y adolescencias como en el de la salud mental.

Una manifestación de este problema radica en la imposibilidad de modificación del régimen penal juvenil a la luz de los avances en el campo de las infancias, así como también al retraso en la plena aplicación del plexo normativo de salud mental. Todo ello profundiza un modelo que favorece la estigmatización, la exclusión social y el encierro y/o la medicalización de adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad como única respuesta de política pública.

En el campo penal, el impacto de los discursos punitivistas sobre adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad social, en conflicto con la ley penal y en situación de consumo problemático de sustancias atenta contra la construcción subjetiva de identidades tales como la de «pibes chorros» que recrudecen las ideas de rigurosidad de las penas y baja de edad de punibilidad, más allá de los delitos que esta población pudiera ser sospechada de efectivamente haber cometido. Del mismo modo, urge deconstruir los discursos punitivistas sobre las sustancias, sobre las personas que consumen sustancias, entendiendo al consumo problemático como una competencia de la salud mental que requiere respuestas integrales desde las políticas públicas de salud mental. Es fundamental romper la lógica circular que vincula la pobreza y la exclusión con las problemáticas de salud mental, teniendo en cuenta los determinantes sociales implican mayor riesgo de exclusión, por lo cual las personas en situación de vulnerabilidad social y consumos problemáticos requieren especial atención.

En la órbita de la CABA se da la particularidad de una deficiente organización en términos sanitarios, una falta de equilibrio en el reparto de los recursos para las diferentes etapas de atención. En los casos de internaciones por salud mental existe multiplicidad de organismos de control que sobre-intervienen, pero no hay gran disponibilidad de políticas públicas específicas destinadas al acompañamiento en derivaciones y/o externaciones, como tampoco para trabajo territorial de seguimiento, fortalecimiento familiar e integración social. Así, esta falta de plena implementación de la

normativa del campo de la salud mental atenta contra sí misma y contribuye a propugnar la modificación de la Ley de Salud Mental con argumentos de necesidad de mayores herramientas para el encierro, similar a lo que sucede en el campo de lo penal juvenil.

Tampoco la CABA cuenta con políticas específicas e integrales para adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad social, en conflicto con la ley penal y en situación de consumo problemático de sustancias. Existe una falta de planificación integral que permita integrar a los organismos para que funcionen en red, conformando un verdadero sistema, con co-responsabilidad de todas las áreas involucradas: sistema penal, justicia civil, el CDNNyA, salud, educación, desarrollo social.

El CDNNyA es un espacio clave que pudiera erigirse como nivelador de estrategias y de políticas públicas desde su rol de organismo de control con facultades de exigibilidad, con facultades para intervenir en el diseño y evaluación de las políticas públicas para la atención de adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad social, en conflicto con la ley penal y en situación de consumo problemático de sustancias, con foco en estrategias preventivas y de integración social, promoviendo el trabajo intersectorial.

En esta perspectiva, resulta fundamental el compromiso de todas las áreas involucradas, así como la implementación de una estrategia de abordaje conjunta y específica para cada adolescente, con su participación activa y desde una perspectiva que garantice la continuidad de cuidados.

La continuidad de los cuidados implica conectarse entre los diversos efectores y tejer acciones conjuntamente, para que las personas puedan recurrir al sistema en el caso que lo necesiten. No se trata de la derivación, sino de la implementación de estrategias con dispositivos de base comunitaria, accesibles, no estigmatizantes, con referentes o figuras de apoyo.

Para finalizar, cabe reflexionar que cuanto más alejada aparece la adecuación del régimen penal juvenil al marco normativo vigente en el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la plena implementación de los marcos normativos de infancias y salud mental, más avanza la política criminal y las

estrategias de encierro, contra los derechos humanos intentando (y en ocasiones, logrando) reemplazar a las políticas sociales.

Una buena política criminal juvenil debería atender a la importancia de la construcción de responsabilidad subjetiva para que niñas, niños y/o adolescentes en conflicto con la ley penal puedan hacerse cargo de sus acciones y los efectos de las mismas, contribuyendo a su ejercicio de ciudadanía.

Es importante destacar que los delitos cometidos por niñas, niños y adolescentes no son más que una expresión de desigualdades y fragmentaciones sociales y una manifestación del fracaso del Estado en sus políticas sociales y en la posibilidad de trabajo articulado por los tres poderes.

en este contexto, el sistema de protección integral se vuelve meramente enunciativo: no ofrece mejoras reales en las condiciones materiales de vida de niñas, niños y adolescentes y sus familias, facilitando el avance de las respuestas penales y produciendo una peligrosa identificación entre la niñez vulnerable y la criminalidad.

Por ello visibilizar estas tensiones resulta fundamental para volver a humanizar a los adolescentes y procurar construir un sistema respetuoso de los derechos humanos, con el compromiso de todas las áreas involucradas para la implementación de una estrategia de abordaje conjunta y específica para cada adolescente, con su participación activa.

Ejecución penal en cuarentena

El encierro dentro del encierro. A propósito de los detenidos de alto riesgo y/o alto perfil en Argentina

Mariel Suarez¹

I. Resumen

El trabajo analiza en profundidad, el denominado *sistema integral de gestión para personas privadas de la libertad de alto riesgo y/o alto perfil* (en adelante, «SIGPPLAR»), implementado en Argentina mediante las resoluciones 35/2024 y 153/2025 del ministerio de seguridad nacional. Examina su origen, estructura y funcionamiento, poniendo en evidencia cómo este régimen de aislamiento extremo, vulnera de forma sistemática, derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos. A través de un enfoque crítico, se demuestra que el SIGPPLAR encarna un «encierro dentro del encierro», configurando una pena autónoma, arbitraria y sin control judicial efectivo. El artículo sostiene que este sistema reproduce la lógica del derecho penal de autor y profundiza el fracaso institucional del servicio penitenciario federal y del poder judicial, que abdican de su deber de control.

En definitiva, se concluye que el régimen representa un estado de excepción encubierto, contrario a la dignidad humana y a los principios de legalidad, proporcionalidad y progresividad en la ejecución penal.

¹ Abogada especialista en Derecho Penal. Ex jueza penal de la Provincia del Chubut. Docente, investigadora y académica, con más de veinticinco años de trayectoria en el ámbito jurídico. suarezmariel@hotmail.com

II. Introducción

Lamentablemente en Argentina, al igual que en muchos países latinoamericanos, padecemos una de las mayores restricciones a los derechos que imponen el respeto irrestricto a la dignidad humana.

Inmersos en lo que se podría denominarse una política de la crueldad generalizada, la ejecución de la pena no constituye una excepción. Me permito pensar que, si me tocara enseñar la ley de ejecución penal en el ámbito universitario, debería iniciar la clase haciendo trizas la ley 24.660 frente a los oyentes para comenzar desde la verdadera ejecución penal, la que se practica en la vida real, la que se vive en carne propia, no la que está escrita.

En este contexto nace la idea de presentar este trabajo, como consecuencia de experimentar en primera persona todos los retrocesos y restricciones que el Estado impone a mis asistidos —y a más de cien personas privadas de la libertad en Argentina— mediante normas infralegales dictadas por el ministerio de seguridad nacional. Normas que los jueces aplican con devoción, como si se tratara de disposiciones constitucionales, y que dieron origen al denominado SIGPPLAR.

Es en este pobre escenario, donde se germina en argentina una pena de muerte en vida. La imposición inescrupulosa de la pena de prisión perpetua nos hace sentir que la pena capital está silenciosamente instalada entre nosotros.

La idea de aislamiento extremo, celebrada por muchos y repudiada por unos pocos que advertimos su sufrimiento, desmoraliza. Nos lleva a preguntarnos qué nos queda por vivir y por hacer. Por ahora, no queda otra opción que no cesar en la difusión de esta cruel realidad, luchar por el cambio y defender la dignidad humana. Siempre.

III. La justificación del mal y los males concretamente sufridos

El mal radical es aquel que busca eliminar todo rasgo humano en los individuos, anulando su capacidad de pensar y actuar de forma independiente. No se limita a la maldad individual: se extiende a la estructura misma del poder, un poder que puede entenderse como totalitario².

La creación del SIGPPLAR, regulado por las resoluciones ministeriales 35/2024 y 153/2024, ha sido presentada como un mecanismo para garantizar el control de los internos considerados de mayor peligrosidad, con el objetivo principal de preservar la seguridad penitenciaria. Sin embargo, este sistema encarna de manera perfecta ese concepto de mal radical.

Este régimen ha generado graves vulneraciones a los Derechos Humanos, restricciones arbitrarias y una absoluta falta de control judicial, lo que lo convierte no solo en un modelo fallido dentro del sistema penitenciario argentino, sino también en un reflejo de la connivencia de un poder judicial ausente y, al mismo tiempo, cómplice de este sistema voraz. La crueldad es aquí el método y la razón del sacrificio. El ser vivo —el detenido— es concebido como una materia susceptible de mortificación para obtener obediencia³. Aparece en escena el clásico temor reverencial que busca evitar denuncias o cataclismos de último momento. Total, quienes pagan las consecuencias son los privados de libertad, no los políticos, ni los jueces, ni los abogados.

Validado artificialmente en nombre de la seguridad penitenciaria, el sistema intenta resguardar la seguridad de la comunidad, del personal penitenciario e incluso de la familia del interno, según se desprende del propio anexo de la resolución 35/2024.

Todos los operadores del sistema de justicia —sin excepción— son conscientes de que este sistema es una ridiculez absoluta y que, lejos de preservar la seguridad penitenciaria, vulnera de forma extrema el

² Arendt, H. (1963). *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal*. Random House Mondadori.

³ Kaufman, A. (s. f.). *Políticas de la crueldad*. Revista Adynata. <https://www.revistaadynata.com/post/pol%C3%ADticas-de-la-crueldad---alejandro-kaufman>

sistema legal de derechos. Es ahí donde la ridiculez deja de causar gracia y comienza a incomodar.

Pero hay algo aún peor: pese a tener conocimiento de estas graves consecuencias —las severas restricciones a los derechos humanos—, nadie hace siquiera lo que debería hacer. Por ejemplo, activa «realmente» los mecanismos de control judicial. Todo es un «viva la pepa».

Este sistema opera en dos unidades de máxima seguridad del servicio penitenciario federal: Ezeiza y Marcos Paz. En Ezeiza, hay un pabellón con módulos en los que se alojan aproximadamente 90 detenidos de alto riesgo y alto perfil. En Marcos Paz, hay 14 detenidos ubicados en el módulo 7 —destinado originalmente al castigo—, que contiene algunas celdas húmedas (con sanitario y lavabo) provenientes del módulo 5, donde funcionaban como «buzones».

Es decir, en Argentina no existe, a diferencia de El Salvador, una cárcel especial para presos de alto riesgo y/o alto perfil. No hay presupuesto para ello. Sí lo hay para publicitar por redes sociales y jactarse de los resultados.

Al ingresar, los detenidos son «provistos» —supuestamente— de un uniforme, con el evidente objetivo de despersonalizarlos, y de elementos de uso personal, conforme al boletín público normativo 843, el cual no se cumple por falta de presupuesto.

El uniforme consta de zapatillas blancas, un pantalón tipo «pampero», una camiseta, una chaqueta, dos remeras blancas lisas y un buzo polar. En los casos que patrocino, he debido interponer acciones de habeas corpus para reclamar situaciones absurdas, como que a un detenido que calzaba 41 le entregaron zapatillas número 46; o que jamás le proveyeron camisetas ni le permitieron ingresar prendas a través de sus familiares. En otro caso, se verificó que le entregaron un buzo polar... en diciembre, con 40 grados de temperatura.

No les entregaron medias, ni ropa interior, ni sábanas, ni toallas. Son incluidos al sistema e inmediatamente despojados de sus pertenencias, quedando incomunicados con sus abogados y familiares por un período de entre 15 y 30 días.

El régimen de encierro es de 23 horas por una de salida. No tienen posibilidad de leer diarios ni libros, ni acceso a materiales de estudio, medios de información como radios o televisores, ni siquiera papel y lapicera. La electricidad se habilita solo entre las 8 y las 22 horas. En la única hora restante, disponen de 40 minutos para calentar su comida y 10 para ducharse, una vez al día.

Hay ratas y excrementos de ratas por doquier, incluso en la sala de abogados. Son videovigilados, en algunos casos, con cámaras dentro de las propias celdas, que registran incluso sus necesidades fisiológicas.

El sistema de comunicación y contacto familiar contribuye significativamente a la contra reinserción y a la despersonalización del detenido. La comunicación está severamente restringida: pueden hablar con sus familiares 15 minutos una vez por semana, debiendo incluir a todos los integrantes porque no hay más tiempo. Las visitas se autorizan solo para dos personas por interno, una por vez, cada 15 días, sin contacto físico, a través de un blindex en un locutorio. Las visitas íntimas están suspendidas desde la resolución ministerial 153/2025. No se autoriza la comunicación por correspondencia. Se obstaculizan los trámites de reconocimiento de hijos menores y se dificultan sus vínculos afectivos.

En un año de vigencia del sistema, se verificó un suicidio y tres intentos reiterados de suicidio por parte de otros tres detenidos. A uno de ellos se le suicidó la madre, incapaz de soportar la incomunicación: la pena trascendió así a la persona del condenado.

Los jueces de primera instancia de Lomas de Zamora (jurisdicción de Ezeiza) y de Morón (jurisdicción de Marcos Paz) rechazan sistemáticamente los habeas corpus, con el argumento de que no se trata de una sanción individual sino de un régimen aplicado colectivamente a detenidos con determinado nivel de peligrosidad⁴.

Las cámaras confirman esos rechazos, e incluso validan la constitucionalidad del sistema, a pesar de que la cámara de casación

⁴ Poder Judicial de la Nación. (2024–2025). *FSM 34853/2024, FSM 4117/2025 y otros*. <https://www.cij.gov.ar/blog/d/sentencia-SGU-ffa73b24-3571-4b7d-97e7-ae86fa378221.pdf>

ha sostenido que la acción de habeas corpus no es el ámbito adecuado para analizar su constitucionalidad o no⁵.

IV. La naturaleza jurídica del sistema

El SIGPPLAR, como régimen de aislamiento extremo y restricción máxima dentro de la ejecución penal, se autojustifica en nombre de la seguridad penitenciaria, de la comunidad e incluso de la familia del detenido. Esta autojustificación plantea serios interrogantes respecto de su naturaleza jurídica, su fundamento constitucional y su encuadre dentro del derecho penal y convencional. El problema central es, en definitiva, la justificación del encarcelamiento dentro del encarcelamiento.

La aplicación del régimen SIGPPLAR implica confinamiento extremo, restricción del contacto humano, monitoreo constante y limitación de actividades básicas. Esto entra en conflicto grave con las garantías constitucionales y convencionales que asisten a las personas privadas de libertad. Toda persona detenida conserva todos los derechos no afectados por la sentencia condenatoria. Las restricciones ulteriores deben estar previstas por ley, ser necesarias, proporcionales, razonables y temporales. Esto no admite discusión (art. 5.2 CADH, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18 de la Constitución Nacional: «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»).

Resulta claro que la inclusión en este régimen debe fundarse en hechos, no en perfiles. Esto es así independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera atribuir al sistema.

La jurisprudencia constitucional e interamericana prohíbe expresamente el uso del poder penal o penitenciario basado en la peligrosidad personal abstracta o en valoraciones subjetivas —es decir, el derecho penal de autor—.

Aunque el aislamiento extremo no tiene parangón constitucional cualquier tipo de medida restrictiva de derechos debe basarse en hechos actuales, concretos, probados, con elementos de convicción

⁵ Centro de Información Judicial. (s. f.). *Sentencia SGU*. <https://www.cij.gov.ar/blog/d/sentencia-SGU-ffa73b24-3571-4b7d-97e7-ae86fa378221.pdf>

suficiente, para no vulnerar el art. 18 Constitución Nacional (legalidad, defensa, prohibición de penas crueles)⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el sistema podría interpretarse de tres maneras:

1. Medida cautelar para asegurar «riesgos», como lo indican los fundamentos y exigencias de inclusión detallados en la Resolución 35/2024 y su anexo⁷.

2. Pena accesoria, impuesta además de la principal.

3. Sanción disciplinaria.

En todos los casos, se requiere intervención judicial previa y suficiente, mediante una decisión fundada y motivada.

Si se lo considera una medida cautelar intra-penitenciaria para evitar riesgos que el propio SPF no puede controlar, debe cumplir con los requisitos constitucionales de toda medida de esta naturaleza:

- Legalidad expresa: debe estar fundada en una norma con rango de ley, no en resoluciones reglamentarias o infralegales;
- Temporalidad: no puede ser indefinida ni arbitrariamente prolongada;
- Finalidad legítima: debe buscar evitar un peligro real, actual e inminente (fugas, violencia, alteración grave del orden carcelario);
- Proporcionalidad y carácter de última ratio: solo debe utilizarse si no hay otra medida menos lesiva;
- Control judicial suficiente: dictada o revisada por un juez imparcial.

Si no cumple con estos requisitos, la medida viola el principio de razonabilidad (art. 28 Constitución Nacional) y el debido proceso sustantivo.

⁶ Artículos 5.2 y 5.6 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Romero Feris, Raúl s/ habeas corpus* (2005); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Argüelles* (fecha correspondiente); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto Penal de Ciudad Barrios vs. El Salvador* (Sentencia del 2 de septiembre de 2020).

⁷ Ministerio de Seguridad Nacional. (2025, 23 de enero). *Resolución 35/2024. Sistema Integral de Gestión para Personas Privadas de la Libertad de Alto Riesgo*. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/302096/20240125>

En la práctica, el SIGPPLAR se basa en resoluciones administrativas y reglamentos penitenciarios sin intervención judicial plena, sin audiencia previa ni plazos determinados, lo que vulnera los principios de legalidad y debido proceso. Es, por tanto, una medida que, aunque se quiera presentar como «cautelar», funciona de hecho como una pena autónoma sin juicio ni sentencia.

Si se lo considera una pena accesoria, debe ser impuesta por un juez como parte de la sentencia condenatoria. Actualmente, no cumple con los requisitos del art. 52 del código penal, ni tiene previsión legal expresa como pena. Aplicarlo de este modo viola el principio de legalidad penal estricta (*nulla poena sine lege*).

Por otro lado, si se lo pretende justificar como una sanción disciplinaria —colectiva—, ello está expresamente prohibido. Las sanciones deben ser individuales, y, en ese caso, debería seguir el régimen previsto por las leyes penitenciarias, respetando el debido proceso disciplinario.

El SIGPPLAR se aplica sin sanción previa ni posibilidad de defensa, bajo criterios generales, sin prueba concreta de conducta. Tampoco se ajusta al régimen disciplinario legal. Si se interpreta como una forma agravada de sanción disciplinaria, su validez requeriría que esté prevista expresamente en la ley 24.660, que se base en un hecho determinado (falta grave comprobada), que respete un proceso con defensa y control judicial (art. 10 ley 24.660, art. 18 Constitución Nacional), y que sea proporcional y temporal. Si el ingreso al régimen es discrecional, sin sumario previo ni control judicial, se transforma en una pena de facto o en un acto administrativo sancionatorio arbitrario.

V. Problemas constitucionales del SIGPPLAR

La resolución 35/2024 no constituye una fuente válida para agravar la pena ni posee rango legal suficiente para restringir derechos fundamentales durante la ejecución penal.

Su aplicación exige, como mínimo, un estándar de acreditación fáctica objetivo, serio y verificable. No puede avanzarse en ninguna limitación de derechos, ni en el desarrollo del proceso penal, sin un sustento probatorio mínimo y razonable.

- a) Principio de prueba suficiente

El principio de prueba suficiente exige hechos, no valoraciones personales. Si no existe prueba concreta sobre una conducta determinada, no puede justificarse la inclusión en el sistema. La decisión no puede basarse en perfiles, antecedentes ni suposiciones sobre lo que una persona «podría» hacer (derecho penal de autor), sino en hechos específicos y comprobables (derecho penal de acto).

Si se invocan indicios, estos deben ser objetivos, razonables y verificables. La prueba debe surgir de medios lícitos (testimonios, documentos, pericias, etc.) y guardar relación lógica con los hechos. No basta la sospecha: debe existir un nexo claro entre los indicios y la participación o autoría del hecho.

El juez debe verificar que la prueba sea adecuada, pertinente y razonable, respetando el estándar de probabilidad grave y fundada. No se exige certeza absoluta, pero sí una probabilidad razonable. Y, fundamentalmente, el imputado debe tener la oportunidad de rebatir la prueba, incluso en etapas iniciales.

Este principio encuentra sustento en el bloque constitucional y convencional de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También lo respaldan los principios penales de presunción de inocencia, legalidad, debido proceso y defensa en juicio.

Ninguna limitación de derechos puede imponerse sin una base probatoria objetiva y suficiente. Cada decisión procesal —imputación, prisión preventiva o inclusión en un régimen especial— requiere prueba, no conjeturas⁸.

La aplicación del SIGPPLAR basada en la presunta peligrosidad del sujeto, sin hechos concretos, actuales y probados, configura una aplicación del derecho penal de autor. Se castiga a la persona por lo que se supone que es, no por lo que hizo. Esto vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional (presunción de inocencia), el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y contraviene la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación («Casal»)

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* (Fallos: 327:3312, 2004); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú* (Sentencia del 30 de mayo de 1999).

y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso «Castillo Petruzzi vs. Perú»).

El aislamiento extremo por tiempo indefinido es considerado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como trato cruel, inhumano o degradante, e incluso como tortura si es prolongado.

El derecho penal de acto, por el contrario, respeta los principios del Estado de Derecho: se juzga una acción concreta, típica, antijurídica y culpable, cometida por una persona identificada.

La inclusión en un régimen restrictivo como el SIGPPLAR, si llegara a admitirse, solo podría basarse en hechos objetivos, probados o al menos razonablemente probables, no en perfiles ni conjeturas sobre la personalidad del imputado. Esta es la aplicación práctica del derecho penal de acto. Avanzar solo por «sospechas» es inconstitucional, inconvencional y arbitrario⁹.

b) El concepto de peligrosidad

El SIGPPLAR se ha transformado en un estado de excepción encubierto, restringiendo derechos sin base legal suficiente y sin adecuación a los estándares constitucionales. Al mismo tiempo, permite la corrupción dentro del SPF y refuerza la impunidad a través del rechazo sistemático de los habeas corpus por parte del Poder Judicial.

La normativa no especifica claramente el procedimiento para calificar a una persona como de «alto riesgo». Menciona un cuestionario y define, de manera genérica, que se incluirá a quienes presenten:

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus* (Fallos: 328:1146, 2005); Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Gramajo, Francisco s/ recurso de casación* (Fallos: 341:1500, 2018); Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa* (Fallos: 328:3399, 2005); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Instituto Penal de Ciudad Barrios vs. El Salvador* (Sentencia del 2 de septiembre de 2020); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Sentencia del 25 de noviembre de 2000); Constitución de la Nación Argentina, art. 18 (1994); Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8.1 y 8.2 (1969); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.2 (1966).

- Alto riesgo de fuga (por medios propios o con ayuda de terceros);
- Alto nivel de violencia o daño a la comunidad;
- Riesgo de dirigir o participar en delitos desde el penal;
- Riesgo de corrupción o violación del régimen interno con fines criminales;
- Riesgo de entorpecer investigaciones judiciales.

Estos parámetros deberían analizarse con los mismos criterios que rigen para el dictado de medidas cautelares, como la prisión preventiva. Esta, como se sabe, requiere una base sólida de elementos de convicción suficientes.

En el caso del SIGPPLAR, se trata de personas que ya están cumpliendo una condena. Por tanto, la inclusión en este sistema debe basarse en la verificación de un riesgo actual e inminente, validado por elementos objetivos. No puede fundarse en normas infralegales ni en conjeturas y mucho menos una supuesta peligrosidad futura.

La naturaleza de toda medida restrictiva exige peligros reales y actuales. Los riesgos hipotéticos o lejanos no justifican una afectación tan grave al derecho a la dignidad humana¹⁰.

Aplicar el derecho penal de autor para resolver la inclusión de una persona en el sistema no solo es inválido, sino también abiertamente inconstitucional. El derecho penal argentino y convencional se basa en actos concretos, no en perfiles.

La peligrosidad sin actos es arbitraria. Esto contradice los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, los artículos 8.2 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La inclusión de una persona en el SIGPPLAR bajo la categoría de «alto riesgo», sin procedimiento contradictorio, sin acreditación de riesgos actuales e inminentes, y basada en factores personales o históricos, resulta arbitraria, inconstitucional y contraria al derecho

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Loyo Fraire, Carlos Alberto s/ recurso de casación* (Fallos: 328:3399, 2005); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bayarri vs. Argentina* (Sentencia del 30 de octubre de 2008).

internacional de los derechos humanos. Las principales vulneraciones son:

- Ausencia de procedimiento contradictorio;
- Evaluación basada en presunciones y no en hechos;
- Violación del principio de inocencia;
- Aplicación de derecho penal de autor;
- Inexistencia de proporcionalidad;
- Desviación de la finalidad cautelar: se utiliza como una pena adicional encubierta.

Este tipo de medidas debe basarse exclusivamente en el derecho penal de acto, que sanciona conductas, no identidades ni «riesgos». Aplicar restricciones sin hechos nuevos equivale a criminalizar la historia o la identidad del individuo, lo que viola el principio de culpabilidad y la finalidad de cualquier medida cautelar legítima.

VI. La inclusión al sistema y su uso político propagandístico

El uso del sistema de alto riesgo ha sido instrumentalizado políticamente para reforzar una narrativa de seguridad extrema, presentando a los internos sometidos a este régimen como sujetos de excepción. De este modo, se justifican medidas que vulneran derechos fundamentales.

La reciente publicación en redes sociales por parte de la ministra de seguridad, donde se expone el caso de un detenido específico como ejemplo del funcionamiento del sistema, revela de forma clara esta instrumentalización política de la ejecución penal y el uso del discurso del miedo como justificación de prácticas violatorias de derechos.

Entre los derechos más afectados por este sistema se encuentran:

- El derecho a la defensa en juicio, limitado por el aislamiento extremo y la restricción de materiales de escritura;
- El derecho a la comunicación con el mundo exterior, gravemente afectado por la prohibición de contacto físico con familiares, la limitación de llamadas y visitas;

- El principio de legalidad y prohibición de sanciones colectivas, vulnerado por la imposición de restricciones generalizadas sin justificación individual;
- El principio de progresividad en la ejecución de la pena, ya que el sistema no prevé mecanismos claros de revisión ni de reinserción.

Según las normas infralegales que sustentan el régimen, todo queda bajo la órbita exclusiva del SPF. Este organismo se asemeja más a un colchón de dos plazas donde los jueces recuestan a dormir sus funciones, que a un verdadero brazo ejecutor y controlador de las penas impuestas por el Poder Judicial.

El anexo de la Resolución 35/2024 afirma «6.3: [...] es facultad exclusiva del SPF [...]»

Allí se establece que, una vez adoptada la decisión de inclusión en el sistema, esta se notificará al juez. Es decir, no hay intervención previa del Poder Judicial, solo una comunicación posterior. También se afirma que su aplicación es de: «6.4: [...] última ratio [...]». Esto implica que la inclusión al sistema debería ocurrir solo una vez agotadas todas las alternativas disponibles para el abordaje y control del riesgo. Pero: ¿cuáles son esas alternativas?, ¿cómo se acredita que fueron realmente agotadas?

Supuestamente, debería existir un «6.5: procedimiento metodológico estandarizado y aprobado previamente por la Dirección Nacional del SPF». Sin embargo, ese procedimiento es desconocido hasta la fecha.

Se menciona también una evaluación interdisciplinaria compuesta por «6.6: cinco (5) etapas...». Estas incluyen: evaluación de cada área, consideración interdisciplinaria de los informes, discusión del contenido de dichos informes, y etapas de decisión y reevaluación de riesgos.

No obstante, todo este procedimiento no es dado a conocer ni a las partes, ni a sus defensas, ni siquiera a los jueces que validan su aplicación. Esto podría deberse a que ni siquiera se cumple con la normativa infralegal que el mismo sistema invoca.

A modo de ejemplo de los resortes del SPF, el anexo establece «7.5: La exclusión del Sistema motivada por mandato judicial será evaluada

o reevaluada por el SPF...». Es decir, el SPF no cumple las órdenes judiciales directamente, sino que las evalúa, arrogándose una potestad que excede completamente su función administrativa. El SPF se reserva así la facultad de decidir si cumple o no lo que ordena la justicia.

En definitiva, el SIGPPLAR no solo constituye un régimen de excepción contrario al marco constitucional y convencional, sino que también ha sido transformado en una herramienta de control político y simbólico, que opera al margen de la legalidad y en desmedro de las garantías fundamentales. La ejecución penal, en este contexto, deja de ser una instancia de reinserción y se convierte en un espacio de disciplinamiento, propaganda y degradación institucional, donde el SPF asume roles jurisdiccionales que no le competen y el Poder Judicial abdica de su deber de control.

Esta combinación de arbitrariedad, opacidad y uso político del encierro extremo no solo desnaturaliza la función de la pena, sino que erosiona los pilares mismos del estado de derecho.

VII. Conclusión: alto riesgo, bajos derechos, puro humo. El fracaso del SPF representado en un sistema de excepción y la responsabilidad estatal ausente.

Cuando surge la necesidad de crear un sistema penitenciario dentro de otro sistema penitenciario, estamos frente al propio reconocimiento del fracaso institucional.

El SIGPPLAR fue creado bajo la premisa de que el sistema penitenciario común no podía controlar a determinados internos con supuestos vínculos ilegales con el exterior. Sin embargo, esta afirmación expone, con crudeza, la ineficiencia del propio sistema: si dentro de un régimen de máxima seguridad se requiere otro régimen aún más restrictivo, es porque el primero no funciona. Si dentro del encierro se necesita un mayor aislamiento, se admite implícitamente que el modelo de seguridad existente es ineficaz.

Más aún, si los propios agentes penitenciarios están involucrados en actos de corrupción y tráfico de teléfonos celulares —a pesar del control extremo—, queda demostrado que el problema no es la falta de restricciones, sino la incapacidad para aplicar y hacer cumplir las

ya existentes. En definitiva, el sistema no es impermeable al delito, sino que lo reproduce y lo encubre, bajo el disfraz de una mayor seguridad.

El control judicial está ausente¹¹, y esta ausencia es clave para la consolidación de un régimen restrictivo sin contrapesos. Los jueces han dejado de cumplir su rol de garantes: lo evidencia el rechazo sistemático de habeas corpus, la omisión en la investigación de los planteos de los detenidos, la validación de la reserva de identidad del personal penitenciario sin justificación concreta, y la aceptación de la reserva de información sobre las condiciones de detención, impidiendo la supervisión externa.

Este blindaje judicial ha permitido que el SIGPPLAR opere sin control, convirtiéndose en un Estado dentro del Estado, donde los derechos de las personas privadas de libertad son suspendidos sin fundamento legal ni revisión judicial efectiva.

La resolución 35/2024 no garantiza ni siquiera los estándares mínimos constitucionales o convencionales. No detalla un procedimiento judicial o administrativo claro para clasificar a una persona como de «alto riesgo»; el cuestionario utilizado no es público ni contradictorio, lo que vulnera las garantías del debido proceso.

La categorización de riesgo se basa en criterios amplios y ambiguos («nivel alto de violencia», «posibilidad de fuga con ayuda de terceros»), sin requerir prueba actual ni concreta.

Además, el sistema contradice principios esenciales de la Ley 24.660, como:

- El fin resocializador de la pena (art. 1);

¹¹ Constitución de la Nación Argentina, arts. 18 y 75 inc. 22 (1994); Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8.1 y 25 (1969); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3 (1966); Asamblea General de las Naciones Unidas. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela)*, Regla 57 (2015); Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Observación general N.º 32* (2007); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (Sentencia del 22 de marzo de 2022); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ruiz Medina vs. México* (Sentencia del 18 de noviembre de 2021); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentencia del 2 de julio de 2004); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* (Sentencia del 20 de junio de 2005); Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Lone y otros vs. Honduras* (Sentencia del 5 de octubre de 2015); Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus* (Fallos: 328:1146, 2005).

- El principio de progresividad (art. 6), ya que la inclusión en el sistema implica un retroceso que ignora cualquier avance del interno en el proceso de reinserción;
- La proporcionalidad y razonabilidad, ya que las restricciones impuestas implican un menoscabo injustificado a los derechos del interno.

El fin no justifica los medios. Lo expresó con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en su sentencia de fondo del 29 de julio de 1988 (párr. 154):

Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

En síntesis, el SIGPPLAR no es una solución a los problemas del sistema penitenciario: es su síntoma más grave. Su implementación y puesta en funcionamiento revelan una lógica de castigo sin ley, de poder sin límites y de indiferencia institucional ante el sufrimiento humano. Mientras se mantenga este régimen, no solo se estará negando la posibilidad de reinserción, sino también renunciando, como sociedad, a los valores más elementales del Estado de Derecho.

El encierro dentro del encierro no es justicia: es la renuncia del Estado a respetar la dignidad humana.

VII. Bibliografía

- Arendt, H. (1963). *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal*. Random House Mondadori.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela)* (Resolución 70/175).
- Comité de Derechos Humanos de la ONU. (2007). *Observación general N.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Pacto de San José de Costa Rica*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Sentencia del 30 de mayo de 1999).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Sentencia del 25 de noviembre de 2000).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentencia del 2 de julio de 2004).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala* (Sentencia del 20 de junio de 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Bayarri vs. Argentina* (Sentencia del 30 de octubre de 2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Caso López Lone y otros vs. Honduras* (Sentencia del 5 de octubre de 2015).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Instituto Penal de Ciudad Barrios vs. El Salvador* (Sentencia del 2 de septiembre de 2020).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Ruiz Medina vs. México* (Sentencia del 18 de noviembre de 2021).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (Sentencia del 22 de marzo de 2022).

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2004). *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* (Fallos: 327:3312).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa* (Fallos: 328:3399).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Loyo Fraire, Carlos Alberto s/ recurso de casación* (Fallos: 328:3399).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Romero Feris, Raúl s/ habeas corpus*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus* (Fallos: 328:1146).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018). *Gramajo, Francisco s/ recurso de casación* (Fallos: 341:1500).
- Kaufman, A. (s. f.). *Políticas de la crueldad*. Revista Adynata. <https://www.revistaadynata.com/post/pol%C3%ADticas-de-la-crueldad---alejandro-kaufman>
- Ley 24.660. (1996). *Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad*. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2024). *Resolución 35/2024. Sistema Integral de Gestión para Personas Privadas de la Libertad de Alto Riesgo*. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/302096/20240125>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). *Resolución 2200 A (XXI)*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Poder Judicial de la Nación. (2024–2025). *FSM 34853/2024, FSM 4117/2025 y otros*. Centro de Información Judicial (CIJ). <https://www.cij.gov.ar/blog/d/sentencia-SGU-ffa73b24-3571-4b7d-97e7-ae86fa378221.pdf>

Prisión preventiva y crisis penitenciaria

Entre la mano dura y la dignidad humana

María Alejandra Villa¹

Nadie conoce realmente cómo es una Nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una Nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada (Nelson Mandela)².

I. Resumen

El presente trabajo analiza la problemática del sistema carcelario en Argentina, con especial énfasis en el impacto del hacinamiento en cárceles y comisarías y sus efectos sobre los derechos humanos, la salud y la dignidad de las personas privadas de libertad. Se examinan las causas estructurales que perpetúan esta situación, como la falta de infraestructura adecuada, la sobreutilización de la prisión preventiva y la ausencia de políticas efectivas de reinserción social.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Penal y en Administración de Justicia por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires. Doctoranda en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña en el Poder Judicial de la Nación. alejandravilla1980@hotmail.com

² Asamblea General de las Naciones Unidas. (s.f.). «Un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI». En Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

Asimismo, se contrastan los estándares internacionales (Reglas Mandela, CADH) y la normativa nacional (ley 24.660) con la realidad cotidiana, evidenciando las brechas existentes. El artículo también aborda las recientes reformas introducidas por el código procesal penal federal y la ley 27.785, que establecen nuevos lineamientos para limitar la prisión preventiva y acelerar los procesos penales, con el objetivo de garantizar los derechos de los imputados y reducir la sobrepoblación carcelaria. Finalmente, se propone una reflexión crítica sobre la responsabilidad estatal y judicial en la perpetuación de condiciones inhumanas, planteando la necesidad de reformas urgentes orientadas a garantizar el respeto por la dignidad humana y la implementación de medidas alternativas a la prisión para descomprimir el sistema penitenciario y evitar que las comisarias se conviertan en soluciones improvisadas para albergar detenidos.

I. Causas principales del hacinamiento carcelario

El hacinamiento carcelario en las cárceles federales y comisarias de nuestro país es un problema que afecta gravemente los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Desde el año 2019, más precisamente el 25 de marzo, se declaró la emergencia en materia penitenciaria, por *Resolución 184/2019*³. Esta resolución dispuso la creación de la Comisión de Emergencia, la cual debería reunirse cada quince días para la elaboración de propuestas de políticas públicas tendientes a resolver el déficit habitacional, mejorar las condiciones de detención y promover e implementar medidas alternativas a la privación de libertad, especialmente para los grupos vulnerables.

Es que la superpoblación carcelaria constituye una situación que se caracteriza por la falta de espacio adecuado para albergar a la población carcelaria, lo que deriva en que las personas privadas de libertad transiten su pena en condiciones precarias y sufran violaciones a sus derechos fundamentales. Entre las consecuencias principales de estos problemas se encuentra la afectación a la sociedad en su conjunto, ya que impide los fines preventivos y la reinserción social de los internos.

³ InfoLEG – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina

El hacinamiento carcelario no solo afecta la dignidad y el bienestar de las personas privadas de libertad, sino que también dificulta su rehabilitación y reinserción social. Las condiciones de vida inhumanas y degradantes en las cárceles y comisarías, la falta de acceso a servicios básicos como atención médica, educación y programas de capacitación laboral, y la violencia institucional son algunos de los factores que constituyen un agravamiento de esta problemática.

El objetivo de esta introducción es destacar la importancia de abordar el problema del hacinamiento carcelario desde una perspectiva de respeto a los derechos humanos. Es fundamental garantizar condiciones dignas y respetuosas de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, promoviendo así su resocialización, rehabilitación y reintegración efectiva en la sociedad.

A lo largo de este artículo, exploraremos las causas y consecuencias del hacinamiento en cárceles y comisarías, así como las posibles soluciones y medidas que se pueden tomar para abordar este problema gracias a la implementación del código procesal penal federal. Este código, que se está aplicando progresivamente en todo el país, introduce reformas significativas que buscan limitar el uso de la prisión preventiva y promover alternativas menos restrictivas, contribuyendo así a la reducción del hacinamiento carcelario y a la mejora de las condiciones de vida de los internos.

II. Impacto de la prisión preventiva y el hacinamiento en el sistema penitenciario argentino

La prisión preventiva, concebida como una medida cautelar dentro del proceso penal, debería aplicarse de manera excepcional; sin embargo, en la práctica se ha convertido en una herramienta recurrente que genera un impacto profundo en el sistema penitenciario argentino. Su uso excesivo contribuye al hacinamiento carcelario y, en consecuencia, vulnera derechos humanos fundamentales de las personas privadas de libertad. Entre las causas de esta práctica se destacan las políticas públicas orientadas a la «mano dura» frente al delito, la falta de recursos y capacitación en el sistema judicial, y la presión social y mediática que influye en las

decisiones judiciales, promoviendo la prisión preventiva como respuesta inmediata a la demanda de seguridad.

Las consecuencias son graves: la sobrepoblación en cárceles y comisarías, donde muchas personas permanecen detenidas sin sentencia firme, genera condiciones inhumanas y degradantes, dificulta la atención médica, la higiene y la seguridad interna, y obstaculiza los programas de rehabilitación y reinserción social, aumentando el riesgo de reincidencia. A pesar de que el código procesal penal federal (CPPF) y la ley 27.785 establecen lineamientos para limitar la prisión preventiva y acelerar los procesos penales, la tendencia a su aplicación indiscriminada persiste.

Este problema se agrava por las demoras judiciales, la falta de infraestructura adecuada y la utilización de comisarías como centros de detención temporales, que carecen de condiciones mínimas para garantizar derechos básicos. Todo ello evidencia la necesidad urgente de reformas estructurales que reduzcan el hacinamiento mediante medidas alternativas a la prisión, fortalezcan los programas de reinserción social y aseguren el respeto por la dignidad humana en el sistema penitenciario argentino.

Según un informe publicado por el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura⁴ (2019-2021), el hacinamiento carcelario en las cárceles federales es alarmante. A pesar de las intervenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la última década, mediante acordadas tales como en la acordada 12/2012⁵ y la 3/2013, el problema persiste. En dichas resoluciones, la Corte instó al Consejo de la Magistratura a liberar espacios ocupados por dependencias judiciales, adecuar la ex Unidad 22 para su rehabilitación y solicitó al Servicio Penitenciario Federal asistencia técnica en el proceso.

En este contexto crítico, se está implementando progresivamente el nuevo C.P.P.F., que introduce un sistema acusatorio basado en principios constitucionales y convencionales del debido proceso. Su objetivo es garantizar procedimientos más eficientes, equitativos y

⁴ Registro Nacional de Tortura y/o Malos Tratos (Argentina). (2023). Informe del Registro Nacional de Tortura y/o Malos Tratos: Primera experiencia de integración de registros jurisdiccionales, período 2019–2021. Informe aprobado el 1 de noviembre de 2023 mediante Resolución CNPT N.º 128/2023.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (s.f.). Documento disponible en <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar?ID=63578>

transparentes, proteger los derechos de imputados y víctimas, y limitar el uso de la prisión preventiva. Sin embargo, la realidad sigue siendo preocupante: la población carcelaria supera ampliamente la capacidad de alojamiento, generando condiciones precarias que vulneran derechos fundamentales y fomentan violencia y abusos.

El artículo 15⁶ del CPPF prohíbe alojar personas en lugares no habilitados o sin condiciones mínimas de salubridad, responsabilizando a quienes ordenen o consientan medidas que agraven la detención. Asimismo, el artículo 57⁷ del CPPF impone a los jueces de ejecución la obligación de visitar periódicamente los establecimientos penitenciarios, reafirmando lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional sobre la finalidad de las cárceles como espacios seguros y no de castigo.

La aplicación efectiva de estas disposiciones es esencial para garantizar un sistema penitenciario respetuoso de los derechos humanos y orientados a la rehabilitación. El hacinamiento impacta directamente en la calidad de vida de los internos, afectando el acceso a salud, alimentación adecuada, educación, trabajo, comunicación con el exterior y prevención de la violencia. Esta situación perpetúa un círculo vicioso que dificulta la reinserción social y aumenta la reincidencia.

Abordar esta problemática requiere una estrategia integral que combine reformas estructurales, medidas alternativas a la prisión y políticas que aseguren condiciones dignas, rompiendo el ciclo de violencia e injusticia que caracteriza al sistema penitenciario argentino.

III. Medidas adoptadas para solucionar el hacinamiento

Ante la crisis de sobrepoblación en las cárceles federales, se han implementado diversas medidas para paliar la falta de espacio destinado al alojamiento de personas detenidas. Como respuesta

⁶ Donna, E. A., & Dias, H. (2023). Código Procesal Penal Federal comentado (Tomo I). Rubinza-Culzoni. Págs. 145–146

⁷ Donna, E. A., & Dias, H. (2023). Código Procesal Penal Federal comentado (Tomo I). Rubinza-Culzoni. Págs. 423–430.

inmediata, muchos internos son trasladados a instalaciones no penitenciarias -como dependencias de la gendarmería nacional, comisarías y alcaidías- mientras esperan un cupo en los establecimientos carcelarios.

Sin embargo, estos lugares no están diseñados para detenciones prolongadas y el personal de las fuerzas de seguridad carece de la capacitación necesaria para garantizar un trato adecuado. Esta situación ha motivado la presentación de habeas corpus colectivos, denunciando que dichas dependencias no cumplen con los estándares mínimos establecidos por la ley N.º 24.660 ni con las Reglas Mandela, lo que evidencia la gravedad del problema.

Frente a esta realidad, el poder ejecutivo y el poder judicial han impulsado diversas acciones para mitigar el hacinamiento:

- Programas de reinserción social, orientados a reducir la sobrepoblación mediante capacitación laboral y educativa para los detenidos.
- Reformas legales, que facilitan la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, como lo prevé el artículo 210 del código procesal penal federal.
- Creación de la oficina de medios alternativos y sustitutivos (OMAS), destinada a brindar información clave al momento de la detención, permitir una argumentación adecuada sobre la medida más conveniente y supervisar su implementación.
- Construcción de nuevas cárceles, una solución estructural que, aunque necesaria, requiere tiempo y recursos significativos, por lo que su impacto no es inmediato.

Más allá de estas iniciativas, resulta indispensable promover políticas públicas integrales que garanticen el respeto a los derechos humanos y aborden de manera estructural la problemática del hacinamiento. Para lograrlo, se requiere un compromiso coordinado entre los distintos poderes del estado, las organizaciones de la sociedad civil y la comunidad internacional. Solo mediante un enfoque conjunto será posible construir un sistema penitenciario que no sólo castigue, sino que también eduque y rehabilite, contribuyendo a una sociedad más justa y equitativa.

IV. Conclusión

El hacinamiento carcelario en Argentina constituye un problema estructural que el estado ha subestimado durante décadas. Las condiciones inhumanas y degradantes en las que los internos cumplen sus condenas reflejan una realidad en la que la prisión se ha utilizado como un mecanismo de exclusión social más que como una herramienta de rehabilitación. Si bien el sistema penitenciario federal ha impulsado medidas para enfrentar esta problemática, la falta de respeto por el cupo carcelario ha impedido avances significativos.

En este contexto, la resolución 02/2019⁸, emitida por la comisión bicameral para la implementación del CPPF, puso en vigencia los artículos 210, 221 y 222 del CPPF. Para todos los tribunales federales del país, reforzando el principio de inocencia y reservando la prisión preventiva como medida excepcional. Posteriormente, la entrada en vigor del CPPF. Y las modificaciones introducidas por la ley No. 27.785 establecieron nuevos lineamientos para regular la prisión preventiva, agilizar los procesos penales y garantizar los derechos de los imputados, promoviendo un sistema más eficiente y respetuoso de los derechos humanos.

No obstante, la implementación de medidas alternativas, como las tobilleras electrónicas, enfrenta obstáculos derivados de su elevado costo y producción en el exterior, lo que obliga a recurrir a soluciones menos efectivas, como la presentación periódica ante la autoridad judicial o el pago de fianzas.

Aunque se han adoptado acciones para mitigar el hacinamiento, persisten desafíos logísticos y económicos que limitan su impacto. Es fundamental que el estado avance hacia soluciones integrales y sostenibles que mejoren las condiciones de detención y garanticen el respeto por los derechos humanos. Asimismo, resulta imprescindible fortalecer políticas públicas orientadas a la rehabilitación y reinserción social, asegurando que el sistema penitenciario no se reduzca a un instrumento de castigo, sino que se convierta en una verdadera oportunidad de reconstrucción para quienes transitan por él.

⁸ Argentina. (2019). Resolución 2/2019. Disponible en [Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar)

V. Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. CIDH.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005). *Casal* (Fallos 328:3399). CSJN.
- Donna, E. A., & Dias, H. (2023). *Código Procesal Penal Federal comentado* (Tomo I). Rubinzal Culzoni.
- Ministerio de Seguridad Nacional (2024). *Resolución 35/2024. Sistema Integral de Gestión para Personas Privadas de la Libertad de Alto Riesgo*.
- Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* (Reglas Mandela). ONU.
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2023). *Informe anual sobre la situación de las cárceles federales en Argentina*.
- Salduna, M., & De la Fuente, J. E. (2019). *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Editores del Sur.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Ediar

El juicio por jurados a personas menores de edad en la provincia de buenos aires

Guillermo Salvador Leibig¹

I. Introducción

El día 18 de noviembre del año 2021 la sala quinta del tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires integrada por los doctores Fernando Luis María Mancini, Mario Eduardo Kohan y María Florencia Budiño en el marco de la causa No. 108431 caratulada «G.N.E s/ recurso de queja» decidió declarar mal denegado y hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensora oficial, Dr. maría Elia Klappenbach, y en consecuencia revocar la resolución dictada por el juzgado de responsabilidad penal juvenil No. 2 confirmada por la sala II de la cámara de apelación y garantías en lo penal del departamento judicial de la plata, permitiendo la implementación del juicio por jurados a favor del menor de edad G.N.E.

Este fallo es histórico en la provincia de buenos aires, debiendo destacarse el dictamen de la fiscal adjunta del tribunal de casación penal doctora Alejandra Moretti que siguiendo el criterio de objetividad que destaca la actuación del ministerio público fiscal dictaminó a favor del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial del imputado. Sin embargo, este fallo desembocó en un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la representante del ministerio público fiscal doctora Maria Laura D'

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata (tom. XVIII, fol. 426, CAMDP). Auxiliar en la Unidad Funcional Descentralizada del Partido de General Alvarado, Departamento Judicial de Mar del Plata. Especialización en Derecho Penal en curso en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). guillermoliebig85@gmail.com

Gregorio que, al ser denegado por el tribunal de casación penal, la misma interpuso recurso de queja ante la suprema corte de justicia de la provincia de buenos aires que revoco el fallo dictado por el tribunal de casación penal en el marco de la causa p. 136.880-q, caratulada «D' Gregorio, María Laura e. -fiscal adjunta subrogante del fiscal titular interino del tribunal de casación penal-s/ queja en causa No. 108.431 del tribunal de casación penal, sala V» donde en la resolución dictada el día 28 de septiembre del año 2022 la suprema corte denegó rotundamente la posibilidad de una persona menor de edad a ser juzgado por un jurado popular.

Atento a la diversidad de opiniones encontradas en la jurisprudencia provincial y sin perjuicio de reconocer que es una temática compleja, en este trabajo me propongo analizar la temática intentando brindar una respuesta al interrogante de si es posible en la provincia de buenos aires de conformidad con la legislación vigente en la materia que una persona menor de edad sea juzgada por un jurado popular. A tales fines, en los próximos apartados realizare un análisis de la legislación que regula el régimen penal juvenil tanto a nivel nacional como provincial y su compatibilidad con el juicio por jurados realizando un abordaje constitucional del instituto analizando la ley provincial 14543, repasando las opiniones de la doctrina nacional en la materia y analizando la jurisprudencia mencionada, así como también las decisiones judiciales de tribunales de otras provincias relacionadas con la temática propuesta.

II. El juicio por jurados. Recepción constitucional de la ley provincial 14.543

La constitución nacional hace mención en tres oportunidades al juicio por jurados en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118:

Artículo 24: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados. [...]».

Artículo 118 «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. [...]».

Artículo 75 inc.12 «Corresponde al Congreso: Inc. 12. Dictar [...] leyes generales para toda la Nación [...] que requiera el establecimiento del juicio por jurados».

Como podrá apreciarse surge del mismo plexo constitucional la intención de los convencionales constituyentes en la implementación del juicio por jurados, más aún en los juicios penales. En palabras de Julio Maier «Nuestra Constitución, en varios artículos (24, 75 inc. 12 y 118) establece la necesidad de que la sentencia penal sea dictada con la colaboración de jueces accidentales, no permanentes ni profesionales, que no formen parte de la burocracia judicial»². En el mismo sentido, el programa constitucional histórico de 1853-1860 de la mano de Alberdi receptó un modelo estrictamente basado en el *common law* y la constitución de Filadelfia de 1787 que contemplaba el juicio por jurados clásico o *anglosajón* como piedra angular de todo su sistema de justicia, tal como sostiene Maier «No cabe duda de que nuestro mandato constitucional proviene del art. III, Sección 2da de la Constitución de los Estados Unidos de América, a través del texto del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, casi idéntico a nuestro art. 102 CN originario, hoy art. 118»³.

La decisión constitucional de establecer el juicio por jurados no es de ninguna manera arbitraria, sino que se corresponde a la perfección con la propia ideología política que la Constitución siguió. No existe duda de que ella es hija del Iluminismo; y está probado con suficiencia que este movimiento promovía un cambio total en la administración de justicia penal, con una mirada atenta al modelo de instituciones vigentes, por entonces, en Inglaterra, y que conservaba los principios fundamentales impuestos por los sistemas de enjuiciamiento criminal de Grecia (derecho ático) y Roma republicanas, consistentes en el regreso a un juicio público y al tribunal integrado por ciudadanos, accidentalmente traídos a juzgar sobre los conflictos penales que se presentaban en el seno social⁴.

² Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.ª ed., 3.ª reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 775.

³ Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.ª ed., 3.ª reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 460.

⁴ Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal* (Tomo I, 2.ª ed., 3.ª reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 777.

Con respecto al origen del juicio por jurados no podemos dejar de mencionar lo formulado por el magistrado de la corte suprema de justicia de la nación doctor Horacio Rosatti en su voto en el *leading case* en esta temática «Canales»

Que, sin perjuicio de consignar valiosos antecedentes medioevales, previstos para ciertos estamentos (clérigos, señores feudales, militares), la participación popular en la función judicial surge con la conformación moderna de la teoría de la división de poderes y la extensión del concepto de ciudadano. Fue el Barón de Montesquieu quien en 1748 escribió: «El Poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados (Montesquieu, «Del espíritu de las leyes», Libro Décimo-primero, Capítulo VI, Porrúa, México, 1982, trad. Nicolás Estévez, pág. 105)⁵.

Por lo expuesto y del análisis de las normas constitucionales citadas anteriormente se concluye que el juicio por jurados no sólo se contempló como un modelo de enjuiciamiento al incluirse en la parte orgánica de la Constitución, sino también como una doble garantía: del imputado a ser juzgado por sus pares, y de la ciudadanía a ejercer activamente la administración de justicia⁶. En el mismo sentido el ministro de la CSJN Dr. Rosatti ha establecido que el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la justicia penal traducido en el derecho del pueblo a juzgar por eso se

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1). Voto del Dr. Horacio Rosatti, consid. 5, p. 32.

⁶ Piñeyro, L. (2022). *Homenaje al Dr. Gustavo Letner: Juicio por jurado y las nuevas generaciones*. Jusbaire, p. 241.

pueden encontrar referencias al instituto tanto en la parte dogmática como orgánica de nuestra CN⁷.

Sin embargo y pese al mandato claro de nuestra carta magna en las 3 normas citadas que mantienen su redacción original desde 1853, no se han aplicado por más de 166 años ya que el congreso de la nación nunca ha sancionado una ley nacional sobre juicio por jurados. Por lo tanto, esto significa que en nuestro país el mandato constitucional no tuvo concreción al momento de sancionarse el código de procedimientos en lo criminal que se inspiró en el sistema procesal español de 1879 que preveía sus prácticas inquisitivas⁸. Sobre este punto el Dr. Alberto Bianchi ha dicho «a pesar de la existencia del proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la plaza, la codificación procesal penal [...] No dio cumplimiento a lo establecido en la constitución»⁹.

Las que si han implementado el instituto mediante su legislación han sido las provincias como la provincia de buenos aires que reformó el código procesal penal mediante la sanción de la ley 14543 que regula el juicio por jurados en nuestra provincia como así también otras provincias han seguido el mismo camino como córdoba, entre ríos, Neuquén entre muchas otras. En este punto toma vital importancia lo decidido por la CSJN en el fallo canales antes citado, donde la corte sostuvo que la regulación del juicio por jurados no es una facultad delegada al estado federal y por lo tanto cada provincia puede regular el instituto atento a que cada una tiene la facultad de establecer su propio sistema de administración de justicia de conformidad con lo previsto en los arts. 5, 121, 122, 123 y 126 CN ya que nuestra carta magna nunca hace mención al juicio por jurados como una materia sobre la cual las provincias no pueden legislar¹⁰.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1). Voto del Dr. Horacio Rosatti, consid. 9, p. 34.

⁸ Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. La Ley, p. 2.

⁹ Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. La Ley, p. 2.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 2 de mayo). *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria* (CSJ 461/2016/RH1).

La ley provincial 14543 modificó el código procesal penal de la provincia de buenos aires regulando el juicio por jurados en nuestra provincia. En consecuencia, modificó el art 1 CPPBA estableciendo

la competencia y el procedimiento para el juicio por jurados en causas criminales se ajustarán a las normas de este código. Por este motivo incorporo el art 22 bis al CPPBA que dispone el tribunal de jurados conocerá en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto. En el plazo previsto en el artículo 336, el imputado, personalmente o por intermedio de su defensor, podrá renunciar a la integración del tribunal con jurados, en cuyo caso el tribunal se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 22. La renuncia deberá ser ratificada por el imputado en presencia del juez, quien previamente le informará de las consecuencias de su decisión, y verificará si fue adoptada libremente y sin condicionamientos. Una vez firme la requisitoria de elevación a juicio no podrá renunciarse al juicio por jurados, bajo pena de nulidad.

Como puede apreciarse de los artículos citados y de un análisis pormenorizado de la legislación provincial no hay ningún artículo que prohíba el juicio por jurados para el caso de los menores de edad (como es el caso de la provincia de córdoba) sino que cuando la ley se refiere a imputado no hace distinciones entre que este sea mayor o menor de edad.

Por lo tanto, en esta etapa del trabajo, habiendo analizado las normas constitucionales y la legislación provincial que regulan el instituto no hay ninguna norma impeditiva para que un menor de edad sea juzgado por el jurado popular. A continuación, abordaré la legislación nacional y provincial del régimen penal juvenil buscando una respuesta al interrogante planteado.

III. El régimen penal juvenil. Análisis de la ley nacional 22.278 y la ley provincial 13.634

El régimen penal juvenil se encuentra regulado por la ley nacional 22.278 que establece en su artículo 1 que

no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena

privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación

mientras que en el artículo 2 la ley establece que «es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º». Por lo tanto, de la lectura de ambos artículos se puede concluir que cuando hablamos de menores a los efectos si pueden ser juzgados por un jurado nos referimos a personas entre los 16 y 17 años de edad, cuestión de vital importancia para el posterior desarrollo del presente trabajo.

La convención de los derechos del niño dictada en el año 1989 en el marco de la organización de las naciones unidas (ONU) que tiene jerarquía constitucional de conformidad con nuestro art 75 inc. 22 CN establece en su artículo 1 que, «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Por su parte en el art 3 la convención regula el interés superior del niño disponiendo que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». La normativa mencionada es fundamental y significó un cambio de paradigma en la tutela y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya que son reconocidos como verdaderos sujetos de derecho dejando atrás la famosa doctrina de la situación irregular regulada por la llamada ley Agote (ley 10903 y decreto ley 10067/83) que solo los consideraba como objetos de tutela, sin realizar una escucha activa de sus deseos o intereses. En el mismo sentido la ley nacional 26061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establece en su artículo 3 que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: (a) Su condición de sujeto de derecho; (b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; (c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; (d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento

y demás condiciones personales; (e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; (f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por su parte el art 27 de la ley 26061 establece un conjunto de garantías mínimas que deben respetarse en cualquier proceso en el cual intervenga un niño, niña o adolescente

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

También debemos hacer mención a la ley provincial 13298 de promoción y protección integral de los derechos de los niños en la provincia de buenos aires que sigue lo normado por la ley nacional 26061.

Siguiendo la normativa citada podemos ver que el concepto de autonomía progresiva del niño, niña o adolescente resulta fundamental al momento de analizar su intervención en cualquier proceso judicial. En este sentido la ley provincial 13.634 que crea el régimen penal juvenil en la provincia de buenos aires establece en el artículo 33 que

son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del

niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

Cabe destacar que también resultan plenamente aplicables al proceso de menores las garantías establecidas por los arts.8 y 25 de la CADH ya que esta no hace distinción al regularlas entre menores y mayores. Además, siguiendo el mismo criterio el art 6 de la ley 13634 establece

El niño al que se atribuya haber infringido leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño, la importancia de promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad.

Asimismo, en el mismo sentido el art 3 de la ley 13634 establece expresamente que «Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho».

En cuanto a la autonomía progresiva es medular analizar el art 26 CCYC que dispone

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la

asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Dicho artículo según las doctoras Aida Kelmemajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia Fernandez debe ser interpretado en conjunto con lo dispuesto por el art 639 CCYC que se refiere a los principios de la responsabilidad parental siendo los mismos: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, por lo que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹¹. Por lo expuesto no caben dudas que el principio de autonomía progresiva constituye un principio fundamental que tiene anclaje constitucional y convencional.

Por otro lado, otro de los grandes principios que gobiernan el régimen penal juvenil es el principio de especialidad, establecido en primer lugar por el art 5.5 de la CADH que establece expresamente que cuando los menores deban ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento. En igual sentido, podemos encontrar la observación general No.10 del comité de los derechos del niño que habla de la necesidad de implementar unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada. La Ley Provincial 13634 sigue estos lineamientos ya que crea el fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil con fiscalías especializadas, juzgados de garantías del joven, juzgados y tribunales especializados y defensorías especializadas en minoridad. En consecuencia, la ley establece en el art 36 que el niño sujeto a proceso penal gozara de todos los derechos y las garantías reconocidos a los mayores, detallando garantías y derechos que en

¹¹ Kelmemajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., & Fernández, S. (2015, 18 de agosto). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial: Algunas reglas para su aplicación*. Infojus.

especial deben respetarse cuando se trate de un proceso penal contra un menor de edad.

Por otra parte, el último de los principios del régimen penal juvenil al que hare referencia que se encuentra relacionado con la temática es el llamado principio de reserva consagrado por los arts. 4, 5 y 53 de la ley 13634 concordantes con lo establecido por el art. 8.1 y en especial el art. 8.228 de las «reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores» res. 40/33 (reglas de Beijing) las que se aplican en virtud del art. 10 de la 13.298, estableciendo dicho principio la imposibilidad de la publicidad en el debate oral del joven debiendo preservar la identidad del menor en todo el proceso sin que pueda divulgarse información que permita identificarlo, por esta razón los expedientes son reservados y se necesita expresa autorización para poder acceder al mismo. Sin embargo, es importante destacar que como todo derecho el mismo no es absoluto, sino que es relativo y está sujeto a reglamentación (art 14 CN) estableciendo claramente el art 55 de la ley 13634 que «excepcionalmente, podrán estar presentes aquellas personas expresamente autorizadas por el juez. La decisión judicial es inimpugnable».

Como podrá apreciar el lector en este punto de las leyes analizadas que conforman el régimen penal juvenil no hay ninguna disposición normativa que prohíba el juicio por jurados, es más si seguimos el principio de autonomía progresiva del menor (que en nuestro caso tendrá entre 16 y 17 años) conforme su edad y grado de madurez suficiente está plenamente facultado a elegir ser juzgado por un jurado popular, que no estará conformado por menores de su edad como establece alguna doctrina, ya que es incompatible con el enfoque constitucional del instituto, sino que este debe estar formado por personas mayores elegidos mediante los procedimientos establecidos por el CPPBA.

Sin embargo, la prohibición al juicio por jurados para menores de edad no surge de una ley sino de una resolución de la SCBA (Resolución No. 838/15) estableciendo que «de lo expuesto se desprende que el procedimiento de juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación vigente para el ámbito de la

responsabilidad penal juvenil, definición legislativa que no puede ser suplida por este Tribunal por exceder su potestad reglamentaria».

IV. «El fallo G.N.E s/ recurso de queja» del tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires

El tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires decidió por mayoría conformada por los votos de los Dres. Kohan y Budiño (el Dr. Mancini voto en disidencia) hacer lugar a que un menor sea juzgado por jurados en la provincia de buenos aires en un fallo histórico el día 18 de noviembre del año 2021. G.N.E al momento del fallo tenía 18 años de edad y había sido acusado de un delito sexual grave y quería ser juzgado por jurados cuestión que le fue denegada en las instancias inferiores.

a. El dictamen de la fiscal Dra. Alejandra Moretti

Antes de abordar el contenido del fallo debo realizar un paréntesis y ocupar algunas líneas para resaltar el dictamen de la fiscal Alejandra Moretti quien sostuvo que el pronunciamiento impugnado afecta la garantía de juez natural, defensa en juicio y el derecho de los niños de contar con -al menos- las mismas garantías reconocidas a los adultos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 2 de la C.A.D.H.; 37 y 40 de la C.D.N.) considerando arbitraria la decisión de denegar un derecho constitucional consagrado por su sola condición de niño, niña y adolescente quien debe ser considerado como un sujeto pleno de derechos y no un objeto de tutela.

En primer lugar, la Dra. Moretti estableció que los niños, niñas y adolescentes deben disfrutar de los mismos derechos y garantías que las reconocidas a los adultos, más los derechos y garantías inherentes a su especial condición de sujeto de derechos. En dicho apartado, hace mención al fallo de la CSJN en los autos «Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado» donde la corte sostuvo

Que cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 «Agote», y la reemplazaron por la ley 26.061,

de «Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes».

La ley 26.061 establece expresamente que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27). En efecto, la Dra. Moretti remarcó que ya la observación general No.13 de las naciones unidas había señalado que «Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (considerando 31); y que «Partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos [...]. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición [...]».

Por este motivo la Dra. Moretti concluye que «Así, frente al hecho de que los niños, niñas y adolescentes poseen todas las garantías de los ciudadanos mayores de edad, la decisión de denegar a un niño, niña o adolescente, como lo hizo el a quo en la resolución recurrida, el derecho a ser juzgado por un jurado popular, instaurado en el ámbito de nuestra provincia por la ley 14.543, más que ser tributaria de los principios específicos del fuero especializado, importa una negación arbitraria de una garantía constitucional a personas menores de edad por su sola condición de niños, niñas o adolescentes».

En segundo lugar, la Dra. Moretti hace un análisis de la jurisprudencia de Estados Unidos donde sostuvo que las decisiones judiciales más recientes de los tribunales estatales se han puesto en crisis algunas de las razones sostenidas por la Corte Suprema de ese país en el caso «McKeiver c. Pensilvania» -403 U.S. 528 (1971)-, en el que ese Tribunal consideró que quedaba librado a los Estados establecer el juicio por jurados, si así lo consideraban; pero que precisó que ello no formaba parte de la garantía del debido proceso consagrada constitucionalmente. Así, cabe destacar que la corte suprema de Kansas lo ha admitido como garantía constitucional -ver in re «L. M.», 186 P.3d 164,166 (Kan. 2008)-. En este último precedente se estableció que los adolescentes tienen el derecho constitucional a un juicio por jurados, no solo en razón de la constitución de Kansas,

sino también por la sexta y la decimocuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos.

En tercer lugar, la Dra. Moretti estableció con muy buen tino y con una posición que comparto que al no estar previsto el instituto del juicio por jurados en la legislación del régimen penal juvenil, el código procesal penal es aplicable supletoriamente a las causas seguida respecto a niños en cuanto no sea modificado por la ley 13.634 citando el precedente de la SCBA causa P. 126.899, caratulada «S., F. E. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 21.830 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, Sala III, sent. del 14/6/2017» que es posterior a la resolución 838/15. En dicho precedente la SCBA resolvió

La Cámara, como se ha visto, decidió la cuestión...de conformidad con lo así estipulado y el recurrente no se ha hecho cargo, además, de que el Código Procesal Penal es aplicable a las causas seguida respecto a niños en cuanto no sea modificado por la ley 13.634 (art. 1), todo lo cual determina la insuficiencia del reclamo (art. 495 del C.P.P.).

Además, la fiscal agregó que sin perjuicio de la resolución 838/15 puede ser aplicado el juicio por jurados en el sistema penal juvenil de la provincia de buenos aires, ya que, si el legislador hubiera querido impedir el trámite del juicio por jurados por alguna razón, lo debiera haber previsto expresamente, por lo que la norma general se encuentra en el art 1 de la ley 13634 que establece la aplicación supletoria del código procesal penal provincial.

En cuarto lugar, la Dra. Moretti coincidiendo con la defensora de casación Dra. Biasotti criticó la aplicación del instituto del juicio abreviado en el proceso de menores no siendo incluido este tampoco en la redacción originaria de la ley 13.634 pero que ha sido aplicado a ultranza en el fuero penal juvenil y nunca se lo ha criticado.

En quinto lugar, la Dra. Moretti resaltó el derecho del niño a ser oído y que su opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez siguiendo la observación general No. 12 del comité de los derechos del niño, destacando que el imputado en el caso había adquirido la mayoría de edad y siendo asesorado por un defensor especializado había optado por ser juzgado por el jurado popular, denegarle este derecho que se encuentra consagrado en el art 12 CIDN implica cercenar el derecho que debe darse a todo niño de

expresar su opinión y que esta sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez en cualquier proceso judicial. En este sentido, la Dra. Moretti sostuvo siguiendo la citada observación general que afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal, en consecuencia, debe darse la oportunidad al niño de expresar su opinión según su edad y grado de madurez y esta deberá tenerse debidamente en cuenta durante todo el proceso de la justicia de menores. Por lo tanto, la fiscal alegó que la decisión de la Cámara de no escuchar la opinión del joven imputado de ejercer su derecho constitucional de ser juzgado por un jurado popular se identifica más con la cuestionada concepción del niño como objeto de protección a tutelar ya abandonada desde la instauración de un sistema de protección y promoción de derechos (ley nacional 26.601) que considera a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

Por último, la Dra. Moretti desarrolla el principio de reserva regulado por la Ley Provincial 13634 definiendo el concepto y alcance de la privacidad de todo niño en el marco de un proceso penal, para ello cita la observación general No. 10 del comité de los derechos del niño máximo intérprete de la CDN que dispone

El Comité recomienda que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño. El derecho a la vida privada (art. 16) exige que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan confidencial, en todos sus contactos externos, toda la información que pueda permitir identificar al niño.

Por lo tanto, la Dra. Moretti concluye que la decisión de privar al imputado de su decisión de ser juzgado por un jurado popular con la necesidad de garantizar una protección que se encuentra asociada más al modelo de situación irregular que con una concepción del niño como sujetos de derechos sosteniendo que la celebración del juicio

por jurados de ninguna manera va en detrimento de los derechos que se intenta salvaguardar.

b. El fallo del tribunal de casación penal

El día 18 de noviembre del año 2021 la sala quinta del tribunal de casación penal de la provincia de buenos aires integrada por los doctores Fernando Luis María Mancini, Mario Eduardo Kohan y María Florencia Budiño en el marco de la causa No. 108431 caratulada «G.N.E S/ Recurso de Queja» decidió declarar mal denegado y hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial, doctora María Elia Klappenbach, y en consecuencia revocar la resolución dictada por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil No.2 confirmada por la Sala II de la cámara de apelación y garantías en lo penal del departamento judicial de La Plata, permitiendo la implementación del juicio por jurados a favor del menor de edad G.N.E.

En primer lugar, el Dr. Mancini quien fue el primer magistrado votante sostiene que si bien es admisible el recurso de queja incoado por la Defensora Oficial el mismo no resulta procedente porque ha sido bien declarado inadmisibile, ya que de conformidad con el art 450 CPPBA, el recurso de casación puede deducirse contra sentencias condenatorias dictadas en juicio por jurados y contra las sentencias definitivas de juicio oral, abreviado y directísimo en lo criminal, sin perjuicio de lo dispuesto por el art 417 CPPBA. Asimismo, puede deducirse respecto de los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocatorios de los de primera instancia siempre que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad o corrección, o imposibiliten que continúen; o denieguen la extinción o suspensión de la pena o el pedido de sobreseimiento en el caso que se haya sostenido la extinción de la acción penal. En consecuencia, la resolución dictada por la Cámara no resulta un supuesto revisable mediante la vía casatoria rechazando el recurso interpuesto por la defensa, ya que según su opinión en el caso no advirtió circunstancias límites de arbitrariedad, absurdo o gravedad institucional que habiliten excepcionar la regla general antes enunciada.

En segundo lugar, se expide el segundo magistrado votante el Dr. Kohan quien a diferencia del Dr. Mancini considera que media un

supuesto de excepción a la regla establecida en el art 450 CPPBA ya que se discuten agravios de índole constitucional que guardan directa relación con la pretensión recursiva ya que se encuentran en juego garantías constitucionales tales como el debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley, el derecho del niño a ser oído y a ser juzgado por un jurado popular (arts. 5, 16, 18, 24, 75, incs. 12 y 22, y 118 de la constitución nacional; 3, 12 y 40 de la convención sobre los derechos del niño).

El Dr. Kogan con respecto al principio de especialidad resalta que los aspectos esenciales del régimen especial de minoridad y que lo distingue del proceso de los adultos se centra –más allá de otros institutos que no son propios de la instancia de juicio- en la posibilidad que tiene el juez de imponer o no pena, luego de haberse comprobado la existencia de un delito y la responsabilidad penal del joven respecto del mismo. En este mismo sentido, el magistrado expresa que el proceso de decisión que lleva al dictado del auto de responsabilidad que viene dado por el art. 4 de la ley 22.278 no resulta distinto de la construcción que se hace en el caso del juzgamiento de mayores, desde que se establece la corroboración del hecho delictuoso y el grado de responsabilidad del individuo respecto del mismo citando el art 56 de la ley 13634. Por lo tanto, establece que la actuación del jurado se da hasta el dictado del veredicto de culpabilidad y es en ese momento donde interviene el juez técnico a los efectos de la determinación y cuantificación de la pena no viéndose afectado por lo tanto el principio de especialidad.

En segundo lugar y en el mismo sentido que la Dra. Moretti, el Dr. Kohan establece la supletoriedad y la aplicación subsidiaria de las normas del CPPBA como así también en la crítica a la aplicación del instituto del juicio abreviado en los procesos penales contra menores, destacando que no hay en la normativa especial ninguna prohibición a la aplicación del juicio por jurados al igual que el instituto del juicio abreviado que tampoco se encuentra regulado en el Régimen Penal Juvenil pero este es aplicado sin ambages por los operadores.

Como segundo aspecto importante del voto del Dr. Kogan hay que destacar que el mismo resalta la esencia del jurado y el veredicto que este pronuncia, estableciendo que

Por tanto, se puede afirmar que la institución del jurado popular resulta ser una verdadera garantía contra los abusos de poder en los que pueda incurrir el Estado. Ella se traduce en un derecho subjetivo de los ciudadanos a ser juzgados por sus pares. No está de más recordar que la función esencial de las garantías es poner límites al onnipoderoso Estado en pos de preservar al ciudadano, en nuestro caso, de los desvíos de la justicia.

Por otra parte, el magistrado hace referencia al veredicto del jurado como una limitación al poder del juez

Ello se explica luego de que el jurado popular analiza la evidencia elevada al rango de prueba en el juicio respectivo y emite un veredicto. Lo que ocurre luego de ese momento procesal no es otra cosa que condicionar la actuación y el aludido poder del Juez; cuando es absolutorio, esa decisión resulta terminantemente liberatoria. Pero, me interesa puntualizar que, cuando éste es de culpabilidad, lo que se provoca es de alguna manera que se libere ese poder punitivo que está en cabeza del Juez profesional, que se encuentra ahora habilitado a imponer una sanción al acusado conforme a la ley.

Aquí el Dr. Kogan cita el precedente «*Alleyne v. United States*», 570 U.S. 99 votado por el presidente del tribunal Juez Roberts a quien adhieren los jueces Scalia y Kennedy donde se remarca la importancia del jurado como limitador al poder punitivo estatal conforme lo establecido por la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana que al igual que nuestro art 118 CN consagra al jurado popular como decisor en las causas criminales, acentuando su carácter independiente, dicho mandato constitucional ha sido realzado por las reglas elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en los fallos «*Apprendi vs New Jersey*» (99-478) 530 U.S. 466 (2000) y ratificada en el fallo «*Blakely vs. Washington*» (02-1632) 542 U.S. 296 (2004).

Un aspecto central del voto analizado con relación a lo expuesto en el párrafo anterior es la referencia a la garantía del juez natural destacando el Dr. Kogan que cuando interviene el jurado el poder de juzgar se encuentra desdoblado: el jurado y su veredicto que juzgan los hechos y las pruebas del caso y luego la sentencia y la condena que son dictadas por el juez profesional, hay un juez de los hechos y otros del derecho. Esto es sumamente importante ya que cuando esto sucede hay una garantía del «jurado natural» en cabeza del imputado, haciendo referencia que la Constitución Nacional habla que del

juzgamiento por jurados de «todas» las causas criminales sin hacer ninguna distinción más aún con lo dispuesto por la observación general No.13 del comité de los derechos del niño que establece que los menores deben disfrutar de las mismas garantías que los mayores de edad, más los derechos y garantías que ostentan por su especial condición citando el precedente del tribunal de casación «Díaz Villalba» causa N° 83.026 y el fallo de la jurisprudencia norteamericana («Kent v. United States», 383 U.S. 541, 1996)». Por lo tanto, el Dr. Kogan remarcó la aplicación de lo establecido en el art 1 CPPBA que establece expresamente al jurado popular como un verdadero juez natural de los hechos y las pruebas sometidos a juzgamiento funcionando como un verdadero «catalizador» ya que solo luego del veredicto de culpabilidad, el juez profesional puede imponer una pena, siendo esta la máxima expresión del punitivo del estado, resultando el veredicto del jurado popular sobre los hechos y pruebas del caso un contrapeso del poder del juez, y más aun considerando que cuando el veredicto es absolutorio el mismo es inimpugnable.

Por último y en cuanto al principio de reserva y la privacidad de los procesos de menores el Dr. Kogan, en idéntica postura que la Dra. Moretti, sostiene que «ese derecho no resulta absoluto y puede ser razonablemente reglamentado para poder preservarlo y, a la vez, establecer procedimientos respetuosos del mandato constitucional» citando la observación general N°10, haciendo lugar al recurso interpuesto por la defensa.

En este sentido, el votante expresa claramente que

Dentro de los lineamientos trazados unas líneas más arriba para la sustanciación de un juicio a menores con la participación de jurados populares, se incluye la ausencia de asistencia de público y no puede considerarse que el jurado, que actúa a la par del Juez profesional, altere, afecte o cercene en alguna forma el derecho a la intimidad de un menor que está siendo enjuiciado. Ello así por cuanto la labor del jurado está estrictamente ceñida a los alcances legales que marcan su intervención, con las atribuciones que las normas le confieren y con limitaciones que son perfectamente compatibles con la reserva que deben guardar y que viene reglada en el art. 371 quáter inc. 5 del C.P.P.

En tercer lugar, la tercera magistrada votante la Dra. Budiño coincidió con los argumentos expuestos por el Dr. Kogan y agregó su

opinión acerca de la posible afectación o no del derecho a la privacidad del niño o niña frente a un Juicio por Jurados.

La Dra. Budiño comenzó estableciendo que si bien todo niño involucrado en un proceso -sea cual sea la naturaleza del mismo y su rol- debe ser escuchado y su opinión ha de ser tenida en cuenta, no necesariamente ésta ha de ser vinculante para el Juez que debe velar por la mejor decisión a su respecto, la cual no siempre ha de coincidir con lo que el niño cree que es la mejor decisión. En este marco incidirá de manera inversamente proporcional con su edad y madurez la capacidad de que esa escucha sea mayormente considerada, pues resulta evidente que no es lo mismo para quien sobre un niño ha de decidir cuánto éste pueda decir si tiene 8, 12 o 16 años.

En el ámbito penal juvenil y frente a la posibilidad de arribar a un posible juicio oral en el cual se determine la culpabilidad o no de un niño o niña, se advierte sin mayor hesitación que nos encontramos frente a un individuo que resulta punible por su edad y, en consecuencia, se ha considerado desde el Estado y conforme la normativa nacional e internacional, que se encuentra en condiciones madurativas de afrontar un debate oral y las consecuencias que del mismo se deriven, esto es: la posibilidad de una condena y la imposición de una pena. En este caso, será el juez especializado quien afronte esa función y la decisión del niño respecto de la modalidad en que ha de ser juzgado

no solo no puede dejar de ser tenida en cuenta, sino que justamente se afectaría su integridad como sujeto, su confianza en el proceso que se le sigue y su igualdad con relación al mismo derecho concedido a un adulto frente al mismo caso, si fuera descartada. De más está señalar que el niño y la niña en todo proceso penal juvenil en el cual se vea involucrado en carácter de imputado se encuentra asistido por una defensa técnica especializada que ha de aconsejarlo acerca de cuál es la mejor decisión para el futuro del mismo.

La Dra. Budiño con respecto a lo señalado expone que a diferencia de lo acontecido en otras provincias del país en las cuales el juicio por jurados no es una opción, sino que resulta un imperativo respecto del juzgamiento de determinados delitos como Chaco o Chubut, el régimen establecido por la ley 14543 importa que tal decisión resulte voluntaria para el encausado. En este sentido, la decisión del imputado

en el caso asistido por su defensa ha solicitado que su caso sea ventilado por ante el jurado popular y la afectación de su privacidad no se produce ya que los jurados populares están cumpliendo un rol funcional que les irroga limitaciones en cuanto a los asuntos ventilados en el debate en el cual participan y el mismo, más allá de su modalidad, no es público.

Por último, la Dra. Budiño cita la Observación General nro 24 del Comité de Derechos del Niño relativa a los derechos de estos en el sistema de justicia juvenil

46. Un niño que haya cumplido la edad mínima de responsabilidad penal debe ser considerado competente para participar en todo el proceso de justicia juvenil. Para hacerlo de manera efectiva, el niño necesita contar con el apoyo de todos los profesionales que intervienen y comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y opciones, a fin de poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan [...]

para luego agregar «61. Los niños tienen derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar testigos de descargo, y los procesos de justicia juvenil deben favorecer la participación del niño, en condiciones de igualdad, con asistencia letrada». Esta observación general según la votante ha dado paso a un salto cualitativo en relación a avanzar hacia una Justicia Juvenil en la cual se garantice la plena efectivización de la participación del niño en el proceso en el cual es parte, adhiriendo al voto del Dr. Kogan y haciendo lugar al recurso interpuesto por la defensa.

V. El fallo de la sala II de la cámara de apelaciones y garantías en lo penal de La Matanza

La sala II de la cámara de apelaciones y garantías en lo penal de La Matanza en las causas No 14425 («Teves, Lucas Agustín s/ incidente de apelación al rechazo del juicio por jurados») y 14518 («juzgado de responsabilidad penal No. 1 Deptal. y tribunal en lo criminal No. 5 Deptal. («Teves, Pablo Omar s/ incidente de competencia») el 23 de septiembre de 2022, siguiendo los pasos del tribunal de casación

penal de la provincia de buenos aires, hizo lugar al requerimiento de la defensa para que un menor sea juzgado por un jurado popular.

En el mencionado fallo la cámara utiliza similares argumentos a los de la casación, pero me parece interesante destacar el siguiente cuando trata la garantía constitucional del juez natural

Esto no es un dato menor dado que, en contra de lo sostenido por el Magistrado de Responsabilidad Penal Juvenil, la garantía del Juez natural (art. 18 de nuestra Carta Magna), analizada bajo el prisma con el que ha sido concebida, de ningún modo puede encontrarse limitada al Juez profesional. En tal sentido, considero que los ciudadanos que integran el jurado popular son los verdaderos jueces naturales de, cuanto menos, una parte esencial dentro del proceso penal que no es ni más ni menos que el dictado del veredicto y que solo puede arribarse a la conclusión diametralmente opuesta (es decir, entender que solo el Magistrado profesional lo es) fruto del incumplimiento, que ascendió a más de ciento sesenta años, del mandato impuesto por nuestros Constituyentes y de la práctica consecuente que hemos llevado adelante durante ese largo período (voto del Dr. Lamas).

El Dr. Lamas continuó refiriendo con respecto a la ley provincial 14.543

En esa inteligencia, es dable rememorar que, en nuestra Provincia, el juicio por jurados ha sido contemplado solamente para los delitos más graves y ha sido concebido como un derecho para los imputados dado que, como bien es sabido, son ellos los que pueden optar por ser juzgados o bien por un «Juez técnico» o bien por sus pares (art. 22bis del C.P.P.). También debe puntualizarse que esta norma tampoco contiene ninguna exclusión respecto de la aplicación del juicio por jurados a los procesos seguidos a menores de edad. Y como otra cara de la misma moneda, las normas de aplicación al fuero juvenil no contienen ninguna referencia al respecto.

Otro argumento destacable de la Cámara es que hace énfasis en lo establecido por la ley 13634 ya que establece que los menores de edad tienen los mismos derechos que los adultos Así el Dr. Lamas estableció

Por lo tanto y conforme los fundamentos que vengo desarrollando, no comparto la postura enarbolada por el distinguido Juez del fuero juvenil en torno a la existencia de alguna prohibición -ni de forma expresa ni tácita- de que un acusado por la comisión de un delito antes de alcanzar la mayoría de edad pueda ejercer su derecho

Constitucional de optar por ser juzgado por un Jurado popular (arts. 3 de la Ley 13.634 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño). Lo contrario implicaría, a mi modo de ver, otorgarle menos derechos a un menor respecto de aquellos que posee, en igual situación, un mayor de edad, lo que iría en desmedro de la propia naturaleza de lo plasmado precedentemente.

Por otra parte, otra cuestión relevante del fallo citado es la importancia que el Dr. Lamas le da a la intervención en el juicio por jurados del Juez especializado en menores, dicha cuestión hecha por tierra cualquier objeción que pueda invocarse con respecto al principio de especialidad, más aun teniendo en cuenta las instrucciones que el juez especializado imparte al jurado popular, sobre la aplicación de las leyes especiales que consagran derechos en cabeza de los menores de edad ya que estos derechos a tener en cuenta no difieren, en términos de poder ser materia de instrucción al Jurado y de poder ser aplicados por estos de conformidad con los arts. 371 bis y ter del CPPBA. Además, en caso de que el veredicto del jurado sea condenatorio, el juez especializado al dictar la correspondiente sentencia se encontrará en perfectas condiciones para hacer efectivo los derechos consagrados a los menores que adquieren particular relevancia en este momento procesal (art. 58 de la Ley 13.634).

Siguiendo con este razonamiento el Dr. Lamas con respecto al principio de reserva dispuso

Al mismo razonamiento arribo en lo que atañe a la preservación de la identidad de los menores y a la falta de publicidad de ciertos actos ya que el Juez técnico especializado podrá adoptar, como director del proceso, las medidas que estime conducentes para que en el Juicio se respeten aquellos derechos. Esto, sin que pueda pasar desapercibido que el Jurado no puede identificarse a tales efectos con el público, sino que, como ya expuse anteriormente, aquél es el Juez natural previsto por el art. 18 de nuestra Ley Fundamental (arts. 4, 5, 53 y ccdtes. de la Ley 13.634).

Por último, como en el fallo analizado se trataba de un mayor de edad y un menor coimputados la cámara resolvió acumular ambos procesos disponiendo que el magistrado que debe dirigir el debate con Juicio por Jurados es el Juez especializado del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil para ambos acusados debiendo destacar que el Dr. Van Staden adhirió al voto del Dr. Lamas por compartir los mismos argumentos.

En conclusión, cabe hacer mención que varias provincias como Entre Ríos, Catamarca y Formosa ya han permitido por vía jurisprudencial el juzgamiento de menores por el jurado popular, en este sentido, aunque sea una cuestión procesal, teniendo en cuenta la gravedad institucional imperante en esta materia es necesario que la CSJN se expida al respecto y obviamente que el poder legislativo cumpla con la deuda de regular de manera completa el instituto.

VI. El fallo de la suprema corte de justicia de Buenos Aires. La otra cara de la moneda

El fallo del tribunal de casación analizado anteriormente fue tan controversial que motivó un recurso extraordinario por parte de la representante del ministerio público fiscal Dra. María Laura D' Gregorio quien recurrió en queja ante la SCBA que decidió revocar el fallo dictado por el tribunal de casación penal el día 29 de septiembre del año 2022.

En el fallo mencionado la suprema corte resaltó la necesidad de expedirse sobre la cuestión controvertida, aunque la sentencia no sea definitiva, atento a encontrarse en juego la garantía del juez natural y por la gravedad institucional imperante en ese momento, aunque la cuestión debatida sea eminentemente procesal ajena a las previsiones del art 494 CPPBA cabía admitir la vía recursiva por encontrarse en juego planteos de índole constitucional relacionados con la cuestión controvertida por lo que resulta imposible su solución sin atender tales extremos.

Como primer punto de análisis la suprema corte estableció

en primer lugar, repárese que el 13 de mayo de 2015, este Tribunal dictó la resolución n° 838/15 mediante la cual, a raíz de consultas recibidas por parte de magistrados del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil con relación a si se encuentra contemplado el procedimiento de juicio por jurados en dicho fuero, concluyó que ello no se encontraba previsto en la legislación vigente; que era una definición legislativa que no podía ser suplida por esta Corte por exceder su potestad reglamentaria.

Continuando con el razonamiento la SCBA expresó

La decisión emitida por el doctor Kohan –y que recibiera la adhesión de la doctora Budiño- que estimó que correspondía el juzgamiento

por parte de un Tribunal de Jurados respecto del menor NEG, no puede ser de ningún modo refrendada. Ello, en tanto parte de una interpretación arbitraria de la normativa aplicable, invadiendo competencias que le resultan ajenas, apartándose de lo resuelto tanto en el ámbito institucional como jurisdiccional por esta Corte sobre el punto, en cuanto se ha considerado que tal temática excede la facultad reglamentaria del Tribunal, al ser competencia del Poder Legislativo local.

En este sentido, la suprema corte concluyó que el argumento utilizado por el Dr. Kohan relativo a que la resolución 838/15 fue dictada hace varios años y que el sistema de juicio por jurados se encuentra instaurado en la provincia se desentiende respecto a lo resuelto por la corte en el ámbito de sus atribuciones invadiendo competencias que le corresponden al poder legislativo resaltando lo siguiente:

Ello por cuanto en tal oportunidad se sostuvo, y aquí se ratifica, que la definición en torno al momento en que debe implementarse el enjuiciamiento por parte de jurados populares en procesos que tengan como imputados a jóvenes en conflicto con la ley penal le corresponde exclusivamente a la legislatura local. Porque la tarea requiere de una robusta discusión y evaluación de sus beneficios, oportunidad, conveniencia y, en todo caso, de las pertinentes adecuaciones, diseños, estructuras y demás consideraciones tendientes al respeto del principio de especialidad junto con otras particularidades propias del fuero (citando el fallo Canales de la CSJN).

A mayor abundamiento la SCBA señaló

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta (conf.G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537, sent. Del 2-XII-2018, considerando 6°).

Asimismo, según la opinión del superior tribunal provincial la sentencia dictada por el tribunal de casación constituyó una violación al principio de división de poderes.

Por otra parte, la suprema corte expresó que el tribunal de casación tuvo una interpretación errónea del marco normativo estableciendo que a pesar de que el art 1 de la ley 13634 refiere a la aplicación supletoria del CPPBA lo cierto es que adoptando una interpretación sistemática de las normas que entran en juego y teniendo en cuenta el contexto, los fundamentos del proyecto de ley y los compromisos del Estado Argentino con los derechos de los niños, niñas y adolescentes llevan a concluir que el juicio por jurados no puede ser implementado ya que el legislador no se ha manifestado al respecto, resaltando que de los debates parlamentarios al momento de sancionarse la Ley 14.543 y del mensaje de elevación del mencionado proyecto de ley no emerge ningún tipo de consideración y/o referencia a los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Con respecto a esta cuestión la SCBA criticó la decisión del Tribunal de Casación ya que no explicó

por qué y cómo el silencio de los legisladores en torno a los jóvenes debe tomarse como la manifestación de su voluntad positiva de ser alcanzados por esa modalidad sin ninguna adecuación a la especialidad que reclama su particular situación; máxime cuando se le otorgó tanta relevancia a la publicidad que caracteriza a dicha forma de juzgamiento que –en principio– encuentra serios obstáculos en la ley 13.634 y en la normativa internacional.

Por último, la SCBA dejó algunos interrogantes acerca de la aplicación del instituto del juicio por jurados

A modo de ejemplo cabría reparar en los delitos sobre los que se habilitaría para este especial colectivo el juicio por jurados, si respecto de los previstos en el art. 27 o se tendrá en consideración el monto de pena en abstracto establecido en el art. 22 bis del Código Procesal Penal; todo lo relacionado con la etapa recursiva, en cuanto a si cabría replicar el mismo diseño que para mayores u otro diverso; sólo por referir a algunas cuestiones. Repárese en que autorizada doctrina especializada en el fuero se interrogó acerca de similares cuestiones «...de ser necesaria/debida la utilización del juicio por jurados en la justicia juvenil, ¿debería el adolescente ser juzgado por sus pares jurados adolescentes con capacidad de responsabilidad penal?; ¿cómo se garantizaría la regla de la especialidad, si el juzgador ni siquiera es jurista?; ¿qué ocurriría con la regla que exige resguardo de la privacidad de las audiencias?; ¿podría el adolescente optar por ser juzgado por jurados?; ¿regirían las mismas reglas de mayoría para la votación?, entre otras» (conf. Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, 2017,

«La justicia juvenil y el juicio por jurados», La Ley, Año LXXXI n° 183 AR/DOC/2402: 1-10.).

En conclusión, de las palabras utilizadas por la SCBA hay que hacer una consideración importante ya que la corte no habla en el fallo de una incompatibilidad del juicio por jurados en el marco del régimen penal juvenil, sino que solo se limita a decir que no es posible implementarlo aún por que el legislador no se ha expedido al respecto, dejando una puerta abierta para un futuro cuando el instituto se reglamente por parte del poder legislativo.

VII. Entre ríos. Juicio por jurados cuando hay mayores y menores coimputados

El 18 de marzo de 2021 la sala I del superior tribunal de justicia de Entre Ríos resolvió disponer que en aquellas causas en que existan personas mayores y menores de edad imputados en forma conjunta, que deban ser llevadas a juicio por jurados, se siga ese procedimiento aún para los menores y hasta la emisión del veredicto, debiendo entender luego el juez especializado en la materia en los supuestos en que corresponda proceder a la correspondiente integración de sentencia.

Sin perjuicio de ello, el STJER dispuso que cuando el proceso tenga a un imputado menor exclusivamente debe excluirse el procedimiento del juicio por jurados, aun cuando se encuadren en el art 2 de la Ley 10.746, debiendo entender en todos estos casos el Juez Especializado en materia de minoridad fundando dicho argumento en el principio de especialidad consagrado en normas constitucionales y convencionales.

Es por de más interesante lo resuelto por el STJER ya que permite el procedimiento del juicio por jurados cuando el proceso penal se siga contra mayores y menores de edad imputados conjuntamente, estableciendo

En consecuencia, en la actual situación y con la legislación vigente, se interpreta que no es posible por el momento hacer extensiva la aplicación del procedimiento de juicio por jurados a la justicia penal juvenil entrerriana, donde solo cabe diferenciar aquellos supuestos de procesos conjuntos de personas menores y mayores de edad - en los que no es posible llevar adelante juicios simultáneos y/o

paralelos sobre un mismo hecho - que podrían seguir aquel procedimiento con la expresa salvedad que la eventual audiencia de integración de sentencia, en caso de arribarse a la consiguiente declaración de responsabilidad del menor, deberá estar siempre a cargo de un juez penal especializado para resguardar precisamente ese principio fundamental, de orden convencional.

Por esta resolución del STJER se procedió a realizar el juicio por jurado, debiendo destacar que la plataforma fáctica del caso versaba sobre diversos cargos de violencia sexual cometidos por el joven B.C(que al momento de los hechos tenía 17 años) y su pareja conveniente contra un niño y una niña que eran el primo y la hermana B.C, el debate duró más de 4 horas y el jurado resolvió dictar un veredicto de culpabilidad contra ambos imputados, debiendo declarar el auto de responsabilidad del menor el correspondiente juez especializado en materia de minoridad.

Este fallo es un hito histórico en la temática que vengo abordando en el presente artículo ya que se trató del segundo juicio por jurado realizado cuando el imputado era menor de edad, el primero había sido en la provincia de Córdoba en 2004 pero el jurado conformado pertenecía al sistema de jurado escabinado.

VIII. Catamarca. Un fallo histórico

En Catamarca el juez penal juvenil Gershani Quesada resolvió no hacer lugar al planteo de incompetencia del jurado popular, realizado por el Ministerio Público Fiscal respecto de la causa de Andrea Navarro quien fue apuñalada 37 veces en enero del año 2022, el principal sospechoso del hecho fue su vecino quien tenía en ese momento 17 años, el mismo fue imputado por los delitos «robo calificado por el uso de armas» y «homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real en calidad de autor». A la vez, elevó el legajo a la corte de justicia a efectos de que se expida sobre la aplicabilidad de la ley de juicio por jurados populares a personas menores de edad, en las condiciones de su vigencia o si por el contrario se suspende su aplicación temporariamente hasta tanto el tema sea debatido específicamente en la legislatura provincial, atento a la complejidad y especificidad de la materia.

El magistrado en la mencionada resolución estableció que

Los menores de edad pueden ser enjuiciados bajo la modalidad de juicio por jurados populares. Las ventajas y beneficios son perfectamente aplicables. La ley existe y la Corte de Justicia, con base a sus facultades, la reglamentó y no excluyó a las personas menores de edad [...]

En dicho fallo dispuso que no existe regulación que impida o vede la aplicación del sistema de jurados populares a los procesos seguidos a los jóvenes en conflicto con la ley penal. A la vez, aclaró que adolescentes y jóvenes poseen los mismos derechos y garantías que los adultos.

Es interesante resaltar lo expresado por el juez

La institución del jurado popular resulta trascendente para que a través de su veredicto de culpabilidad habilite al juez para aplicar todo el poder coercitivo con el que el Estado lo inviste. No hay razones para excluir el control ciudadano de las infracciones penales que cometan los adolescentes. La tarea del jurado popular en la determinación de los hechos y responsabilidad penal no es distinta en el caso de los adolescentes de lo que debe hacer en caso de los mayores.

Por su parte, el fiscal del fuero especializado Guillermo Narváez se había opuesto al juicio popular con los argumentos harto conocidos y apeló la decisión del juez de menores Fabricio Gershani Quesada.

La corte suprema de justicia de Catamarca le dio la razón al juez de menores ya que consideró inadmisibile el recurso, específicamente, La Sala Penal del máximo Tribunal de Justicia catamarqueño, integrada por los ministros Hernán Martel, Fernanda Rosales Andreotti y Verónica Saldaño, señaló que la Cámara de Sentencia Penal Juvenil resolvió no hacer lugar al planteo de incompetencia del jurado popular realizado por el Ministerio Público Fiscal. «Las partes intervinientes no la recurrieron, no existe conflicto», se destacó.

Este fallo dictado por el Juez Penal Juvenil es histórico en nuestro país porque, hasta ahora, los juicios por jurados contra menores sólo se hicieron cuando había coimputados mayores.

XI. Conclusiones

Que habiendo hecho un análisis del instituto del juicio por jurados repasando lo establecido por los artículos de la constitución nacional que mantuvieron prácticamente su redacción originaria desde 1853, la ley provincial 14.543, la ley nacional 22.278 y la ley provincial 13.634 que regulan el Régimen Penal Juvenil a nivel nacional y provincial, así como también diferentes precedentes jurisprudenciales a favor y en contra de la implementación del juicio por jurados en el proceso penal de menores, podemos concluir que se trata de un tema que se encuentra realmente controvertido en la jurisprudencia de nuestro país y sobre todo en la provincia de buenos aires.

Esta discusión se debe a que la ley 14.543 que instauro el instituto de juicio por jurados en nuestra provincia nada dijo acerca si el mismo es aplicable o no cuando el imputado es menor de edad, cuestión que tampoco es suplida por las leyes que regulan el régimen penal juvenil que tampoco hace mención al juicio por jurado, más aun teniendo en cuenta que en nuestra provincia el juicio por jurado procede cuando el delito imputado respecto del cual el fiscal solicito la requisitoria de elevación a juicio es criminal (más de 15 años de prisión) y es optativo para el imputado quien puede elegir ser juzgado por un juez profesional o por un jurado.

Por esta razón debemos analizar si el instituto del juicio por jurado es compatible con los principios rectores del proceso de menores y con los derechos especiales consagrados a los niños, niñas y adolescentes por la normativa constitucional y convencional, adelanto mi conclusión positiva al respecto.

En primer lugar, no hay ningún obstáculo legal para poder instaurar el juicio por jurados en el proceso penal de menores de la provincia de buenos aires ya que dicha forma de juzgamiento no se encuentra prohibida por la normativa analizada y por ende debe seguirse el principio general en la materia que consagra que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos y garantías que los mayores de edad, sumado a los derechos y garantías que sean reconocidos por su especial condición. Aquí debemos detenernos en el art 118 CN que establece claramente que «todos» los juicios criminales deben ser terminados por jurados, por lo que nuestro plexo

constitucional es claro y no establece ningún tipo de distinción al respecto.

En segundo lugar, los principales argumentos que se esbozan para rechazar la implementación del juicio por jurados en el proceso de menores son la falta de especialización del jurado y la afectación a la privacidad del menor olvidando por completo la esencia y la importancia que tiene el jurado ya que este forma parte de la garantía del juez natural consagrado por el art 18 CN.

En este sentido, el jurado es la máxima expresión de la participación ciudadana en los asuntos públicos y un verdadero límite al poder punitivo del estado ya que el jurado es el «juez de los hechos» porque tienen el importante deber de analizar los hechos y pruebas traídos al caso por el ministerio público fiscal o el particular damnificado en su caso y decidir si se encuentra probada la comisión del delito por parte de la persona imputada dictando el correspondiente veredicto de culpabilidad o de absolución, solo después de dictado el veredicto de culpabilidad el juez profesional va a poder imponer una pena al imputado y en caso de que el veredicto del jurado sea absolutorio el mismo es irrecurrible(art 371 quater CPPBA). Por lo expuesto según el art 1 CPPBA el jurado popular es un verdadero juez natural y la expresión de la soberanía popular que decide si a un ciudadano le corresponde o no una pena, solo luego de pasar ese filtro el juez va a determinar su quantum de conformidad con los arts. 40 y 41 cp.

Con respecto a la cuestión de la falta de especialidad del jurado, dicho argumento carece de todo sentido, ya que si el debate con jurado popular es dirigido por un juez especializado titular del fuero de responsabilidad penal juvenil este tiene la posibilidad de dar instrucciones al jurado sobre como tienen que evaluar las circunstancias fácticas y la prueba del caso de conformidad con los derechos especiales consagrados a los menores de edad por la normativa constitucional e internacional, por lo que el jurado al momento de analizar los hechos y la prueba van a tener que considerar los derechos consagrados a los menores de edad por su especial condición, quedando sorteado el obstáculo de la falta de especialidad.

Por otro lado, el argumento de afectación a la privacidad del menor dicho argumento también carece de sentido, ya que la intervención del

jurado popular no implica que el juicio sea público porque los doce ciudadanos son jueces naturales para nuestra legislación y deben comportarse como tales, debiendo guardar secreto sin poder divulgar lo presenciado y escuchado en el debate oral, por lo que dicho argumento también se encuentra sorteado.

Dichos argumentos utilizados para criticar jurado son superficiales y olvidan la esencia constitucional del instituto y la importancia que tiene en un estado democrático de derecho, realmente me hacen acordar al argumento muchas veces utilizado que el veredicto dictado por el jurado carece de fundamentación por lo que no tiene que ser considerado válido como acto jurisdiccional el cual fuera desechado por completo por la CSJN, aquí los argumentos mencionados tienen la finalidad de menospreciar al jurado y al veredicto como acto emanado de la soberanía popular desconociendo su verdadera naturaleza y esencia.

En este sentido, se hace necesario adoptar una correcta interpretación de la garantía constitucional del juez natural (art 18 CN), en este sentido es esclarecedor lo expuesto por Maier:

Conforme a ello es claro que nuestra Constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las comisiones especiales, al impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso y al indicar que, en todo caso, es competente para juzgar el tribunal-federal o provincial-con asiento en la provincia donde se cometió ese hecho(y los jurados que integran el tribunal deben tener su domicilio en esa provincia = jurado de vecindad, CN 118)¹².

Esta misma idea surge del voto del Dr. Kohan en la causa número 118790 del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires caratulada Velazque o Velazquez Americo S/ Recurso de Casación donde ha establecido:

En esa idea, con el avenimiento de la aludida normativa, se advierte entre los principios contenidos en el art. 1 del C.P.P. al de «juez natural» y al «juicio por jurados», lo que viene a significar que en los casos previstos por el nuevo ordenamiento habrá una suerte de desdoblamiento en la tarea de juzgar algunos delitos criminales que

¹² Maier, J. B. J. (2004). Derecho procesal penal (Tomo I, 2.ª ed., 3.ª reimp.). Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 765.

queda en cabeza de un «Juez Natural» y de un «Jurado Natural», con funciones bien diferenciadas, más ambos con un reconocimiento en el texto constitucional.

En tercer lugar, debemos considerar que los menores que forman parte del régimen penal juvenil tienen, por ahora, 16 y 17 años y han sido considerados imputables por nuestra legislación y por lo tanto con la capacidad de comprender y entender la criminalidad de sus actos, entonces sí pueden entender la criminalidad de su conducta porque no estarían en condiciones de elegir ,siguiendo la misma lógica, de la manera de cómo deben ser juzgados asesorados por un defensor especializado, aplicando el mentado principio de la autonomía progresiva consagrado por el CCyC que dispone expresamente que los adolescentes de 16 años pueden tomar decisiones sobre su propio cuerpo de manera independiente teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, reconociendo en ellos una capacidad progresiva.

En cuarto lugar, no estoy de acuerdo con lo resuelto por la SCBA ya que en mi opinión el tribunal de casación penal en el fallo GNE no excede sus competencias invadiendo las potestades reglamentarias que le corresponden al poder legislativo provincial, sino que realiza una excelente interpretación sistemática del derecho vigente, ya que es una cuestión no regulada por ende constituye una laguna normativa , no se encuentra prohibida por la legislación por eso la interpretación que haga el juez de las normas debe ser lo más abarcativa posible y esta es una de las funciones principales del poder judicial, que no debe realizar una tarea mecánica de subsunción de una norma a un caso particular sino que debe realizar una ponderación de todas las normas y principios jurídicos en juego para llegar a la solución del caso. En este sentido, de la lectura de ambos fallos (SCBA y tribunal de casación) denotamos una diferencia fundamental en el análisis del marco de normativo aplicable al caso, la SCBA al realizar su análisis olvida de mencionar lo establecido en la CN y esta cuestión no es menor ya que su análisis comienza con las normas provinciales, omitiendo valorar el espíritu que los convencionales constituyentes le han dado al Juicio por Jurados, debiendo recordar que tardamos más de 166 años en implementar el instituto que estuvo regulado en nuestra constitución desde 1853, esta reticencia al jurado es una cuestión histórica que viene produciéndose en nuestro país desde sus inicios.

Por esta razón sostengo que el fallo del tribunal de casación de manera alguna tuvo la finalidad de inmiscuirse en la tarea del poder legislativo y reglamentar el instituto del juicio por jurados, sino que realizó una interpretación de las normas en juego de manera compatible con la constitución nacional siendo dicha tarea exclusiva del poder judicial y una de las más importantes para el mantenimiento de nuestro estado constitucional de derecho.

Por último, no puedo dejar de tener en cuenta que en la actualidad se encuentra instalado en la opinión pública el debate por la baja de la edad de imputabilidad y esto se debe por el aumento de delitos violentos realizados por personas menores de edad tales como robos agravados, homicidios, abusos sexuales, etc. que han llevado a nuestra sociedad a criticar duramente nuestro régimen penal juvenil, por eso gran parte de nuestra población solicita que se baje la edad de imputabilidad, es mas ya hay varios proyectos de ley presentados en el congreso de la nación que van por este camino. Mas allá, de estar a favor o en contra de la baja de la edad de imputabilidad, porque excede el objeto de este trabajo, quiero dejar expresado que resulta fundamental la implementación del juicio por jurados en el proceso de menores, ya que este al igual que nuestra justicia en general se encuentra totalmente deslegitimado en nuestro país, y esto es una realidad que los operadores judiciales debemos asumir y hacernos cargo.

Por esta razón, el juicio por jurado es fundamental para que la ciudadanía participe en la justicia y se sienta parte de ella, sobre todo en el proceso de menores que se encuentra tan cuestionado hoy en día, por eso debemos repensar la importancia del instituto, porque solo de esta manera podremos comenzar a recuperar la confianza de nuestra sociedad hacía la justicia acercando e integrando a los ciudadanos al poder judicial, si nos seguimos aislando y alejando de la comunidad los problemas van a ser irreparables.

X. Bibliografía

- Piñeyro, L. (Comp.). (2022). *Homenaje al Dr. Gustavo Letner: Juicio por jurado y las nuevas generaciones* (1.^a ed.). Editorial Jusbaire.
- Aitra, R. (2024). ¿Puede un joven ser juzgado por un jurado en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires? *Revista Pensamiento Penal*, (529).
- Pierrestegui, W. H. (s. f.). *Sistema de responsabilidad penal juvenil: Jurisprudencia local, provincial, nacional y Corte IDH*. *Revista Pensamiento Penal*.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., & Fernández, S. (2015, 18 de agosto). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial: Algunas reglas para su aplicación*. Infojus.
- Dalla Vía, A. R. (2021, 12 de enero). *El juicio por jurados ante la reforma judicial*. *La Ley*