

REVISTA PENSAMIENTO PENAL

VOL. 1 | NÚM. 2 | 2025

Dirección

Carlos H. González Bellene & Juan Manuel Almada

Coordinación de contenido

Alan Rodríguez

Lucía Troncoso

Javier Trucco

Edición

Ariadna Camila Fajner Correa

Comité académico y editorial

Alan Rodríguez	<i>Criminología y sociología jurídica</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>
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>
Jorge Perano	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Juan Manuel Almada	<i>Derecho penal, procesal & Justicia restaurativa</i>
Larisa Zerbino	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</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>
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>
Pablo Garcarena	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Ramiro Gual	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Virginia Rodríguez	<i>Género y derecho penal</i>

Revista Pensamiento Penal es una revista electrónica de la Asociación Pensamiento Penal www.pensamientopenal.com.ar

ISSN 1853 - 4554

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



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

Índice

Volumen 1 Número 2 – 2025

Artículos

Un Derecho penal sin garantías, lo que esconde la Ley Antimafia..... 1

ANDRÉS BACIGALUPO & NOELIA GALERA

La trata de personas en contextos digitales ¿nuevas vías del delito? 19

VALERIA A. ALVAREZ, SANDRA N. GIARDINO, MARÍA E. MILLÁN & MATÍAS G. RODRIGUEZ ROMERO

Identidad de género y prisión preventiva. Vulneraciones y alternativas para las personas trans y no binarias en Córdoba..... 30

GABRIEL A. SAGEN

El delito de abuso sexual simple. Análisis del tipo penal y de la complejidad normativa 55

SERGIO H. SALAVERRY & NÉSTOR FERNÁNDEZ DE LA PUENTE

Cartapacio ~ Reseñas bibliográficas y jurisprudencia comentada

Calificación legal y derecho de defensa en juicio. *Comentario al fallo «Suárez, Héctor Rolando» de la Cámara Federal de Casación Penal*..... 76

ANDRÉS M. ZELASCO

Injusticia plenaria. *Comentario al fallo «Tobar Coca, Néstor s/ inaplicabilidad de ley» de la Cámara Federal de Casación Penal*..... 85

PAULA MONTEFIORI

El derecho a confrontar la prueba de cargo ante las nuevas tecnologías de datos. *Comentario al fallo «State v. Corey Pickett» del Tribunal Superior de Nueva Jersey* 99

TOMÁS POMAR

La proporcionalidad de la pena en los delitos de lesa humanidad. *La lucha contra la impunidad y el caso «Vega González y otros vs Chile», de la CorteIDH* 119

MARTINA BARRAZA ORSINI & LUCÍA BARRERA BERBÉN

Columnas & Opinión

Dolor y derechos humanos..... 128

LUCAS CRISAFULLI

Análisis de la ley 27.786 y del delito de asociación ilícita a la luz de los principios constitucionales del Derecho penal..... 134

SOFÍA CURATOLO

Un Derecho penal sin garantías, lo que esconde la Ley Antimafia

Noelia Galera & Andrés Bacigalupo¹

Resumen

La recientemente sancionada Ley 27.786 de Organizaciones Criminales –conocida como «Ley Antimafia»– introduce un régimen de excepción que, bajo la retórica de la lucha contra el crimen organizado, habilita una expansión sin precedentes del poder punitivo estatal, con graves consecuencias para los derechos y garantías fundamentales. Este artículo ofrece un análisis crítico del nuevo marco normativo, identificando sus ambigüedades jurídicas, su potencial regresividad y su aplicación desproporcionada sobre sectores sociales vulnerables. Se examina su impacto sobre la política criminal en materia de drogas, la saturación del sistema judicial, el debilitamiento del federalismo, la concentración de poder en el Ejecutivo y en las fuerzas de seguridad, así como la consolidación de un derecho penal simbólico y de autor. A través de una mirada garantista y estructural, se concluye que la ley instituye un modelo punitivista y centralista, sin diagnóstico empírico ni horizonte democrático, que convierte al derecho penal en herramienta de control antes que en instrumento de justicia.

Sumario

1. Introducción | 2. Una ley sin garantías: críticas al nuevo régimen antimafia | 3. La aplicación del régimen antimafia al universo de los delitos de drogas | 4. Reflexión final: un régimen de excepción sin mafia, sin garantías y sin horizonte | 5. Referencias.

Palabras clave

crimen organizado – narcotráfico – garantías constitucionales – Ley Antimafia – Ley 27.786 – organizaciones criminales

¹ Noelia Galera es abogada por la U.B.A., Magíster en Derechos Humanos, Estado y Sociedad; y Defensora Pública Coadyuvante con actuación ante los órganos judiciales de la jurisdicción federal Comodoro Rivadavia, con funciones en la Unidad de Defensa Acusatorio de Tierra del Fuego. Doctoranda en Derecho por la U.C.E.S. Correo: ngaleradoctorado@gmail.com | Andrés Bacigalupo es abogado litigante en el fuero penal, especialista en Defensa y Garantías Constitucionales por la U.N.L. y responsable de la sección Drogas y derecho penal de la Revista Pensamiento Penal. Correo: andres_bparana@hotmail.com

1. Introducción

El 11 de marzo de 2025 entró en vigencia la Ley Nacional N° 27.786 de Organizaciones Criminales, más conocida como «Ley Antimafia». A pesar de su brevedad –apenas 16 artículos–, representa la reforma penal más profunda desde las leyes Blumberg². Pero su alcance no puede medirse solo en número de disposiciones, sino en la transformación que impulsa: un régimen de excepción que amplía el poder punitivo y concentra competencias en manos del Ejecutivo.

A diferencia de otras reformas penales impulsadas por hechos conmocionantes, esta ley no se originó en una tragedia puntual, sino en una construcción discursiva. La violencia en Rosario se convirtió en el epicentro simbólico desde el cual se proyectaron políticas de seguridad inspiradas en modelos foráneos, especialmente el estadounidense y el salvadoreño³. Referentes gubernamentales han elogiado abiertamente la estrategia de Nayib Bukele, cuya lógica de control total se presenta hoy como una solución exportable, sin mayor debate democrático⁴.

Este punitivismo digitalmente potenciado se desarrolla en un contexto marcado por el ajuste económico, la desconfianza institucional y la expansión de tecnologías de vigilancia. Las redes sociales, las *fake news* y los discursos de odio colaboran en moldear una subjetividad colectiva que demanda respuestas rápidas, duras y espectaculares. En ese escenario, la Ley Antimafia no aparece como un instrumento técnico de política criminal, sino como una pieza clave de una narrativa de orden basada en la excepción.

El avance tecnológico y la consecuente aplicación de dispositivos como drones, cámaras y *software* de geolocalización refuerzan esta deriva autoritaria. La vigilancia masiva se consolida como norma, y el Estado policial imaginado por Orwell (2024) se acerca peligrosamente a nuestra realidad. No es casual que, junto con esta ley, se haya aprobado

² Las "leyes Blumberg" refieren a un conjunto de reformas penales promulgadas en Argentina durante el año 2004, impulsadas por la conmoción pública y la presión social a raíz del secuestro y homicidio de Axel Blumberg. Este paquete legislativo, que se sancionó en menos de cinco meses, buscó, entre otros objetivos, aumentar el monto de las penas para delitos como secuestro, violación y homicidio, modificar la edad de imputabilidad de los menores, y declarar la portación de armas de fuego como un delito no excarcelable. Las principales leyes que lo integraron fueron la Ley 25.882 (que modificó el art. 166 del Código Penal sobre robo con armas), la Ley 25.886 (que introdujo cambios en la tenencia y portación de armas de fuego), la Ley 25.890 (que incorporó el abigeato calificado), la Ley 25.891 (reguladora de servicios de comunicaciones móviles), la Ley 25.892 (que endureció la libertad condicional), la Ley 25.893 (que aumentó la pena para delitos sexuales con resultado de muerte), y la Ley 25.928 (que permitió penas de hasta 50 años). Estas reformas generaron una importante reacción del ámbito académico, que las consideró irreflexivas y contrarias a principios del derecho penal liberal y a la Constitución Nacional.

³ La ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, presentó desde Rosario un paquete de medidas que incluyen reformas legales, refuerzo de fuerzas federales y retórica de "guerra contra el narcotráfico", utilizando la situación de violencia como plataforma de legitimación. Véase: Página/12. (2024, 15 de marzo). Violencia en Rosario: las medidas que anunció Patricia Bullrich. <https://www.pagina12.com.ar/719804-violencia-en-rosario-las-medidas-que-anuncio-patricia-bullrich>

⁴ En junio de 2024, la ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, viajó a El Salvador para reunirse con el presidente Nayib Bukele y recorrer el Centro de Confinamiento del Terrorismo (CECOT), con el objetivo de interiorizarse en la estrategia que, según declaraciones oficiales, permitió "bajar drásticamente el delito". La visita se enmarcó en un interés explícito por replicar ese modelo en ciudades como Rosario. Véase: Ministerio de Seguridad de la Nación. (2024, 14 de junio). Patricia Bullrich viaja a El Salvador: reunión con Bukele, visita al CECOT, intercambios con funcionarios judiciales y de seguridad. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/patricia-bullrich-viaja-el-salvador-reunion-con-bukele-visita-cecot-intercambios-con>

un nuevo estatuto para la Policía Federal que otorga amplias facultades de intervención sin control judicial estricto.⁵

¿Qué hay detrás de esta reforma? ¿Una verdadera estrategia contra el crimen organizado? ¿O una construcción simbólica que habilita mayor represión con menos garantías? Este trabajo analiza la Ley Antimafia desde una mirada crítico-garantista, examinando su contexto, sus ambigüedades, su aplicación probable y sus riesgos estructurales. Porque, antes que celebrar soluciones mágicas, vale la pena preguntarse: ¿qué tipo de democracia estamos dispuestos a sacrificar en nombre de la seguridad?

Sin duda tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional se encuentran frente a grandes desafíos que surgirán en el transcurso de su aplicación ya que desde su texto normativo pareciera no sólo declararse la guerra a la «delincuencia» en sus más diversas expresiones sino también a principios y garantías básicos y universales que rigen aún en nuestro ya erosionado derecho procesal penal constitucional.

2. Una ley sin garantías: críticas al nuevo régimen antimafia

En nombre del combate al crimen organizado, el Poder Ejecutivo Nacional ha impulsado una legislación de excepción que expande peligrosamente el poder punitivo del Estado. La llamada «Ley Antimafia» se presenta como una herramienta para desarticular organizaciones criminales complejas, pero en realidad encubre una reforma punitiva de amplio alcance, un verdadero régimen que violenta garantías constitucionales, atenta frontalmente contra el principio republicano de división de poderes, profundiza la criminalización de los sectores vulnerables y reproduce una lógica de control social más que de justicia.

Este proyecto no fue presentado de forma aislada, sino como parte de un paquete legislativo que incluye iniciativas como la Ley de Reiterancia, la ampliación del registro de ADN, la modificación de la Ley de Seguridad Interior y la criminalización de la protesta social. Lejos de constituir una respuesta focalizada y proporcionada a situaciones excepcionales, el conjunto de estas reformas configura un endurecimiento generalizado del sistema penal, con efectos regresivos sobre los derechos y garantías fundamentales. La noción de “organización criminal” se amplía peligrosamente, habilitando formas de persecución penal basadas en vínculos difusos, sospechas preventivas y prácticas invasivas, como allanamientos encadenados, retenes policiales y detenciones por averiguación de delito, bajo la excusa de una mayor eficacia estatal. Esta orientación no solo debilita los límites constitucionales al poder punitivo, sino que también consolida un modelo de intervención estatal selectivo, dirigido principalmente a los sectores más vulnerables (Ministerio de Seguridad de la Nación, 2024).

Esta crítica político-criminal parte de una premisa básica: *no hay mafias sin poder*. Sin embargo, el nuevo régimen legal despliega un derecho penal extraordinario sobre realidades ordinarias, aplicándose a delitos ya contemplados por el ordenamiento jurídico y sin diferenciar niveles de responsabilidad ni estructuras reales de organización. Muy por el contrario, el peso de la represión recae sobre los eslabones más débiles, como jóvenes

⁵ Decreto N° 383/2025 P.E.N. en uso de las facultades delegadas de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley 27742).

de sectores populares o usuarios de drogas, mientras se legitima una respuesta estatal ineficaz, costosa y autoritaria.

A continuación, se analizarán los principales problemas de la ley desde una mirada crítica: su ambigüedad normativa y regresividad, el uso del derecho penal como mecanismo de disciplinamiento social, la saturación institucional que provoca y sus efectos en términos de derechos humanos y legitimidad democrática.

a. Ambigüedad normativa y violación del principio de legalidad

Uno de los aspectos más preocupantes del régimen aprobado es la ambigüedad en la redacción de sus disposiciones penales y procesales. En particular, el artículo 2º utiliza la expresión «verosíblemente vinculado» al crimen organizado como criterio para la aplicación de medidas de excepción. Esta fórmula resulta claramente incompatible con los principios de legalidad y taxatividad del derecho penal al habilitar interpretaciones discrecionales que permiten perseguir a personas con base en meras sospechas, sin precisión normativa ni control jurisdiccional adecuado.

Esta problemática fue advertida con claridad por los diputados que firmaron el dictamen de minoría en la Cámara de Diputados, entre ellos José Glinski, Rodolfo Tailhade, Florencia Carignano, Paula Penacca, Martín Soria, Hugo Yasky y Natalia Zaracho. En el informe que acompaña su rechazo, afirmaron:

«[...] Estamos ante un proyecto que, en lo concreto, solo otorga al gobierno nacional prerrogativas exorbitantes por sobre los derechos de los individuos, que crea a su vez un nuevo y peligroso tipo penal abstracto, y que otorgaría una jurisdicción impropia sobre el territorio de las provincias a los tribunales federales de Capital Federal. Por todo ello, aunque ha sido calificado como un proyecto poco útil, parcializado e ineficaz para el combate del crimen organizado que declara perseguir, se impone no obstante el apuro oficial en su despacho».⁶

Este tipo de redacción resulta incompatible con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido de manera reiterada que el principio de legalidad exige que las normas penales presenten el mayor grado posible de precisión y previsibilidad, a fin de que las personas puedan ajustar su conducta a lo prescripto por la ley.⁷ En la misma línea, el Tribunal ha señalado que la ley penal debe describir con claridad la conducta prohibida y la sanción aplicable, de modo que el sujeto pueda representarse en términos concretos las consecuencias jurídicas de sus actos.⁸

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 18 de la Constitución Nacional impone una doble exigencia: la precisión de los hechos punibles y la determinación previa de las penas. Esta exigencia no se satisface mediante fórmulas vagas o meramente indiciarias, como las contenidas en el artículo 2 de esta ley.⁹

⁶ Cámara de Diputados de la Nación, 2024, p. 695.

⁷ CSJN, “*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ summarisimo*”, 4 de septiembre de 2018, Fallos 341:1017 y “*Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*”, 13 de diciembre de 2021, Fallos 344:3209

⁸ C.S.J.N “*Cotonbel S.A. s/ art. 6º ley 18.250*”, 20 de diciembre de 1992, Fallos 315:2101.

⁹ C.S.J.N “*Legumbres S.A. y otros s/ contrabando*”, 19 de octubre de 1989, Fallos 312:1920

En definitiva, la ley habilita el uso del derecho penal de excepción sin cumplir con los estándares mínimos del Estado de Derecho, vulnerando principios fundamentales como la legalidad, la presunción de inocencia y la garantía del juez natural.

b. Antimafia sin mafia: cuando se aplica una ley extraordinaria sobre realidades ordinarias

La segunda gran objeción que merece el régimen aprobado radica en la desproporción entre el diagnóstico y la respuesta legislativa. La ley se presenta como una herramienta extraordinaria para combatir al crimen organizado –apelando incluso al modelo antimafia italiano como referencia–, pero lo cierto es que no hay en el texto ni en sus fundamentos un diagnóstico serio, empírico y actualizado sobre el fenómeno criminal que se busca combatir.

La norma no exige la existencia comprobada de una «mafia» en sentido estricto (organización jerarquizada, con división de funciones, ejercicio de poder territorial y capacidad de cooptación estatal), sino que aplica sus herramientas a cualquier situación «verosímelmente vinculada» al crimen organizado, sin necesidad de que haya estructura, permanencia ni planificación delictiva sofisticada. Es decir, se generaliza el uso de un derecho penal de excepción sobre realidades ordinarias, como delitos comunes de estupefacientes, robos o portación de armas.

Esta crítica fue claramente formulada por el informe de minoría en la Cámara de Diputados, donde se señaló que el proyecto, lejos de constituir una verdadera política contra el crimen organizado, evidencia una estrategia de apropiación oportunista del problema (Cámara de Diputados de la Nación, 2024, p. 693). Es decir, se parte de un fenómeno real –la existencia de criminalidad compleja en algunas regiones–, pero se lo utiliza como justificación para introducir herramientas laxas de persecución penal, que no exigen una vinculación seria con estructuras mafiosas sino que habilitan la criminalización de hechos comunes.

El proyecto, afirman los legisladores de la minoría, no está orientado a desarticular verdaderas mafias, sino a ensanchar las facultades punitivas del Estado sin precisar con claridad los supuestos que habilitan su aplicación, lo que permite su uso indiscriminado sobre personas que no integran ninguna organización delictiva estructurada. Así, se desnaturaliza el concepto de «crimen organizado» y se pierde toda proporcionalidad entre el problema invocado y los instrumentos excepcionales que se introducen.

En síntesis, se invoca una amenaza estructural –la «mafia»– para desplegar un derecho penal extraordinario sin excepción real, aplicable a sujetos sin poder ni estructura, bajo el ropaje discursivo de una lucha contra el crimen organizado que, en los hechos, nunca se enfrenta con eficacia.

c. La criminalización recae en sujetos vulnerables

Uno de los efectos más regresivos del régimen aprobado es su aplicación concreta: aunque se presenta como una ley para enfrentar a grandes organizaciones criminales, en la práctica recae sobre jóvenes, personas en situación de pobreza, consumidores de drogas y otros sectores históricamente perseguidos por el sistema penal.

El propio diseño de la ley permite –y, de hecho, promueve– que los eslabones más débiles de cualquier estructura delictiva, o incluso personas sin ningún vínculo real con

organizaciones criminales, sean tratados como si lo fueran. El artículo 2 no exige que la persona pertenezca efectivamente a una organización, ni que exista una condena firme, ni siquiera una imputación formal: basta con que esté «verosímelmente vinculada» a una asociación criminal. Esta vaguedad habilita la activación de medidas como el decomiso anticipado, la prisión preventiva prolongada o técnicas de investigación invasivas, sin necesidad de probar la existencia de una estructura mafiosa ni de una participación relevante.

Tal como se advirtió en el informe de minoría, la ley no se orienta a desarticular redes complejas ni a identificar a quienes ostentan poder económico o político dentro del crimen organizado, sino que facilita una intensificación del castigo sobre los sectores más pobres, que son los que enfrentan con mayor frecuencia causas por tenencia, por colaboración menor o incluso por delitos sin organización previa.

Esta dinámica ha sido también analizada por la doctrina especializada. Patricia Azzi y Natalia Castro, en su artículo «Los sospechosos de siempre», advierten que las políticas penales que se presentan como orientadas al crimen organizado terminan reproduciendo los mismos patrones de selectividad que han caracterizado al sistema penal argentino durante décadas. Según su análisis, las figuras agravadas y los regímenes de excepción tienden a consolidarse como instrumentos para castigar a los sectores más estigmatizados –jóvenes, pobres, consumidores–, sin llegar nunca a las verdaderas estructuras de poder que sostienen los mercados ilegales. De este modo, se refuerza una lógica en la que los mismos de siempre son objeto de sospecha, control y castigo, mientras el crimen organizado real permanece invisible e impune (Azzi & Castro, 2006).

El Derecho penal, en este marco, deja de ser una herramienta para proteger bienes jurídicos fundamentales y se convierte en un mecanismo de control social, utilizado para regular la pobreza, la marginalidad y el conflicto social a través de la amenaza y la exclusión. Lejos de fortalecer la democracia o la justicia, este modelo profundiza la desigualdad ante la ley, ampliando la distancia entre quienes acceden a un trato garantista y quienes son sistemáticamente vulnerados por el propio Estado.

d. Efectos colaterales: saturación del sistema, costos económicos y humanos, deterioro institucional

Un análisis político-criminal serio no puede limitarse a los objetivos declarados de una norma: también debe considerar los efectos reales que produce sobre el sistema judicial, los recursos públicos y las personas involucradas. La ley *antimafia* introduce un conjunto de herramientas procesales extraordinarias –como el decomiso sin condena, la intervención anticipada de bienes, la duplicación de penas y medidas especiales de investigación– que, lejos de agilizar el sistema, profundizan su saturación, aumentan sus costos y tensionan sus instituciones.

Por un lado, este tipo de legislación amplía el universo de casos que requieren intervención judicial compleja, sin prever una asignación proporcional de recursos humanos, técnicos o presupuestarios. Juzgados ya sobrecargados –especialmente los federales– deberán afrontar nuevas medidas de prueba, incidentes, planteos de inconstitucionalidad y litigios sobre decomisos, lo cual entorpece el trámite de causas graves y genera demoras estructurales. A la par, las agencias policiales y de seguridad verán incrementadas sus facultades sin controles institucionales robustos, lo que aumenta el riesgo de abusos y discrecionalidades.

El problema del crimen y la violencia no es exclusivo de Argentina. El informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) reveló que los costos directos del crimen y la violencia en América Latina y el Caribe representaron, en promedio, el 3,44% del PIB regional en 2022. Este porcentaje de costos directos incluye los gastos del sistema penal, como el funcionamiento de las fuerzas de seguridad, la justicia y el sistema penitenciario. También abarca los costos de capital humano perdidos por homicidios y delitos no letales, así como la pérdida de productividad de las personas privadas de libertad. Sin embargo, es importante señalar que este porcentaje no incluye los costos indirectos derivados de los efectos sobre las familias ni el impacto social asociado a la estigmatización y la reincidencia, que son impactos más intangibles y difíciles de cuantificar.¹⁰

El informe destaca que, en muchos países de la región, el costo de sostener políticas penales expansivas supera con creces lo que se invierte en otros sectores. Por ejemplo, la magnitud de estos costos directos equivale aproximadamente al 78% del presupuesto público asignado a educación y duplica el presupuesto público para asistencia social. El documento sugiere que, incluso en los escenarios más optimistas, un enfoque de criminalización sin un diagnóstico ni racionalidad estratégica termina drenando recursos públicos sin modificar sustancialmente los niveles de violencia o inseguridad. Se observa que el encarcelamiento y la severidad de las penas no necesariamente garantizan disminuciones en los patrones delictivos de las personas privadas de libertad, y que «alternativas al encarcelamiento en delitos menores son alternativas costo-eficientes».¹¹

Estas cifras refuerzan una advertencia urgente: la expansión del sistema penal, si no es eficiente y basada en evidencia, no solo resulta ineficaz, sino también insostenible. Frente a este panorama, cualquier política criminal responsable debe preguntarse no solo a quién se castiga, sino a qué costo y con qué resultados. El documento enfatiza la importancia de una «voluntad política inquebrantable, la acción coordinada entre sectores y una fuerte cooperación internacional» para combatir el crimen y la violencia de manera efectiva.

Por otro lado, el impacto humano y social de este modelo es también significativo. La expansión de la prisión preventiva, el uso de figuras penales agravadas y la presunción de pertenencia a organizaciones criminales generan una mayor población carcelaria sin condena firme, lo que agrava la ya crítica situación del sistema penitenciario argentino. La cárcel preventiva, como se ha documentado en múltiples informes nacionales e internacionales, tiene un costo humano enorme para las personas privadas de libertad y sus familias, además de ultrajar el principio de inocencia.

Un estudio pionero en esta línea es el elaborado por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), que analiza tanto los efectos sociales como los costos económicos de la prisión preventiva en la Argentina.¹² El informe advierte que la prisión preventiva, tal como se aplica en el país, no solo impone un elevado costo fiscal por el alojamiento de personas sin condena, sino que también genera profundas consecuencias sobre las trayectorias personales, familiares y laborales de los detenidos, reproduciendo circuitos de exclusión social más que previniendo el delito.

A nivel institucional, la utilización de estas herramientas sin un diagnóstico real ni un marco de control adecuado puede derivar en la pérdida de legitimidad del sistema judicial

¹⁰ Pérez-Vincent *et al*, 2024.

¹¹ *Idem*, p. 59.

¹² Derdoy *et al*, 2009.

y en una regresión de los estándares democráticos, donde el derecho penal deja de ser un último recurso para convertirse en una herramienta de gobierno.

Como advierten Azzi y Castro, estas políticas no solo no resuelven el fenómeno delictivo que dicen combatir, sino que lo reorganizan selectivamente, criminalizando más, castigando peor y debilitando el Estado de Derecho.¹³

e. Riesgo de concentración de poder y afectación del federalismo

Un aspecto preocupante –aunque muchas veces relegado en el debate público– es el modo en que esta ley altera el delicado equilibrio entre el gobierno federal y las provincias, en particular en lo relativo a la jurisdicción penal y al control de la fuerza pública.

El artículo 2 de la ley habilita la aplicación del régimen a personas verosíblemente vinculadas al crimen organizado y faculta al Ministerio de Seguridad de la Nación a proponer la intervención de fuerzas especiales, con capacidad operativa reforzada, incluso en causas locales. A ello se suma la posibilidad de avocar a jueces y fiscales federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a hechos ocurridos en otras provincias, bajo el argumento de la gravedad institucional del delito. Esto implica una expansión indebida del poder federal sobre territorios provinciales, afectando competencias locales sin consentimiento explícito ni control judicial suficiente.

Tal como advirtió el informe de minoría en la Cámara de Diputados, la norma crea una situación peligrosa en la que tribunales federales radicados en la Capital Federal podrían ejercer jurisdicción sobre hechos ocurridos en provincias, sin una justificación constitucional válida ni garantía para los justiciables. Esta distorsión del principio de juez natural afecta directamente los derechos de defensa y el control democrático sobre las decisiones judiciales, y habilita una concentración de poder sin precedentes (Cámara de Diputados de la Nación, 2024, p. 701).

Este diseño también plantea interrogantes respecto de la utilización política del sistema penal. En un contexto donde el Poder Ejecutivo nacional tiene la potestad de definir discrecionalmente qué casos ameritan la activación del régimen especial y quién debe intervenir, se pierde el principio de imparcialidad y se debilita la independencia judicial. El riesgo de que estas herramientas sean utilizadas para intervenir en conflictos provinciales, disciplinar opositores o concentrar causas sensibles en tribunales afines no es hipotético, sino históricamente documentado en Argentina y en la región.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha advertido que las normas dictadas por el gobierno federal no pueden invadir las competencias propias de las provincias ni de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de conflicto de atribuciones, la norma nacional no prevalece automáticamente si excede los límites fijados por la Constitución Nacional. Así lo sostuvo en el caso “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional*”,¹⁴ al remarcar que el sistema federal impide la expansión del poder central sobre atribuciones locales sin habilitación constitucional expresa.

En suma, esta norma no solo amplía el poder punitivo del Estado, sino que lo centraliza en manos del Ejecutivo nacional, en desmedro de las autonomías provinciales, del control judicial ordinario y del sistema de garantías. En lugar de fortalecer el

¹³ Azzi y Castro, 2006, p. 6.

¹⁴ CSJN, “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional*”, 4 de Mayo de 2021, Fallos 344:809, voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

federalismo, lo deteriora en nombre de una supuesta eficiencia en la lucha contra el crimen, generando una arquitectura institucional desequilibrada y riesgosa para la democracia.

f. El uso simbólico y oportunista del derecho penal: entre el *marketing* legislativo y la ineficacia estructural

Otra crítica, no menor, tiene que ver con el uso simbólico del derecho penal como estrategia política. La sanción de leyes como esta responde menos a una política pública coherente de seguridad y más a una lógica de *marketing* legislativo, donde el Estado busca mostrar firmeza y eficacia ante la opinión pública a través de la creación de figuras penales nuevas, regímenes especiales y penas agravadas, aunque su aplicación concreta resulte ineficaz o incluso contraproducente.

La Ley Antimafia no es una excepción: en lugar de diagnosticar con precisión el fenómeno del crimen organizado y diseñar una respuesta integral que involucre políticas de prevención, inteligencia criminal, fortalecimiento institucional y garantías procesales, se opta por una solución rápida, punitiva y espectacular. Esta ley no se inscribe en una estrategia seria contra el delito complejo, sino en un gesto legislativo que busca capitalizar el miedo social e instalar la sensación de control estatal. El castigo, más que proteger bienes jurídicos, opera como un mensaje político, una señal performativa de autoridad.

Esto no solo genera una inflación normativa que complica el trabajo judicial sin mejorar la eficacia investigativa, sino que termina por desacreditar al derecho penal como herramienta legítima para abordar los conflictos de mayor entidad que se suscitan en una sociedad democrática. Como ha sido advertido, el derecho penal se encuentra en una fase de expansión, requiriéndosele una eficacia preventiva que nunca ha tenido, mientras se acentúa día a día su carácter simbólico como capital político para responder a las demandas de seguridad construidas sobre un «sentir público», en el marco de un malentendido Estado social.¹⁵

En ese sentido, cuando las leyes penales se dictan con fines meramente simbólicos o reactivos, pierden densidad jurídica, eficacia operativa y legitimidad institucional. Esta crítica fue también formulada por los diputados que firmaron el dictamen de minoría, quienes señalaron que el proyecto ha sido calificado como poco útil, parcializado e ineficaz para combatir el crimen organizado que declara perseguir, y que, sin embargo, se impone por el apuro oficial en su despacho. La urgencia con la que fue tratado, sin informes técnicos independientes ni participación plural de actores judiciales, políticos y académicos, confirma que el objetivo no era resolver un problema estructural, sino escenificar iniciativa política (Cámara de Diputados de la Nación, 2024, p. 695).

En definitiva, el Derecho penal vuelve a utilizarse como un recurso discursivo –una forma de gobernar por el castigo–, sin atender a sus límites constitucionales, a su eficacia empírica ni a sus consecuencias reales sobre el sistema institucional, económico y humano.

¹⁵ Lanusse Noguera, 2012, p. 326.

g. El régimen de zonas de investigación especial y sus riesgos institucionales

Uno de los aspectos más preocupantes de la Ley 27.786 es la creación del régimen de *zonas sujetas a investigación especial*, previsto en sus artículos 4° a 6°. Esta figura habilita la aplicación de medidas procesales y operativas extraordinarias dentro de un territorio determinado, como respuesta al fenómeno de la criminalidad organizada. No obstante, su formulación normativa presenta serios riesgos en términos constitucionales, de legalidad y de organización institucional del sistema penal.

En primer lugar, el artículo 4° establece que la necesidad de declarar una zona de investigación especial puede ser solicitada, entre otros, por el Ministerio de Seguridad de la Nación, un órgano administrativo que no forma parte del sistema de administración de justicia ni del Ministerio Público Fiscal, y que carece de competencias propias para dirigir investigaciones penales. Su inclusión como actor legitimado en este proceso afecta el principio de separación de funciones, y habilita una injerencia directa del Poder Ejecutivo en decisiones que deberían quedar reservadas a las autoridades judiciales y al órgano fiscal.

Por otra parte, el mismo artículo dispone que la Fiscalía Federal competente *convocará* a la Fiscalía General local y a otras agencias a integrar una Comisión Investigadora Conjunta. El carácter imperativo de esa convocatoria restringe la discrecionalidad técnica del fiscal interviniente, incluso en contextos donde podría fundadamente no convenir una articulación amplia –ya sea por motivos operativos o por la necesidad de resguardar información sensible–. La participación obligatoria de agencias que no tienen funciones investigativas también podría facilitar filtraciones, entorpecer la eficacia de la pesquisa o dar lugar a planteos de nulidad por violaciones a garantías procesales.

En segundo lugar, el artículo 5° permite extender los efectos de la declaración de zona especial a delitos cometidos fuera del territorio delimitado, siempre que exista *conexidad* con los hechos investigados. Sin embargo, la ley no define qué criterios ni qué procedimiento deben seguirse para establecer esa conexidad, ni qué órgano está facultado para hacerlo. Esta omisión normativa genera un riesgo alto de superposición de causas, conflictos de competencia entre fueros y dilaciones en los procesos judiciales, además de habilitar una expansión injustificada de la jurisdicción federal penal, sin salvaguardas institucionales suficientes.

En suma, la combinación de ambigüedad normativa, expansión territorial de competencias y concentración de poder en manos del Ejecutivo, convierte al régimen de zonas especiales en un esquema incompatible con los principios republicanos y con las garantías del Estado de Derecho. Lejos de dotar al sistema penal de mayor eficacia, estas disposiciones introducen riesgos estructurales de discrecionalidad, arbitrariedad y regresividad institucional.

h. Concentración de poder en las fuerzas de seguridad: un riesgo para el Estado de Derecho

Tanto el artículo 6° del nuevo régimen propuesto como el reciente Estatuto de la Policía Federal Argentina configuran un escenario alarmante de ampliación de facultades policiales en detrimento de las garantías constitucionales y los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

El artículo 6° habilita detenciones preventivas de hasta quince días, la interceptación de comunicaciones sin orden judicial inmediata y la inmovilización de activos con fundamentos tan laxos como la «sospecha fundada». Esta previsión entendemos chocha frontalmente con los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional, que consagran el principio de legalidad, la inviolabilidad de la correspondencia y el debido proceso legal.

Tales medidas evocan prácticas propias de regímenes de excepción, incompatibles con un Estado democrático de derecho, y ya han sido advertidas como inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En *Quaranta*¹⁶ (CSJN, 31/08/2010), el Tribunal reafirmó la exigencia de un control judicial riguroso sobre toda medida que implique una restricción a la libertad personal.

Por su parte, el nuevo Estatuto de la Policía Federal, aprobado en junio de 2025, refuerza un enfoque de seguridad centrado en la inteligencia criminal proactiva y la vigilancia preventiva. La PFA queda facultada para realizar tareas de ciberpatrullaje sin orden judicial en espacios públicos digitales, acceder a bases de datos públicos y privados, demorar personas hasta 10 horas si no acreditan identidad y requisarlas sin orden judicial en supuestos amplios y ambiguos (art. 6°, incs. 7 y 13 del Estatuto). Estas atribuciones refuerzan un modelo de policía que opera en los márgenes del control judicial, con riesgos evidentes de arbitrariedad, criminalización selectiva y vigilancia masiva (Boletín Oficial, 2025).

La tendencia a ampliar los poderes policiales sin adecuados contrapesos institucionales no solo contradice el espíritu de la Constitución Nacional, sino que vulnera compromisos internacionales asumidos por la Argentina. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que toda restricción a derechos fundamentales –como la libertad personal, la intimidad o la libertad de expresión– se encuentre prevista en una ley formal, persiga fines legítimos, sea necesaria en una sociedad democrática y esté sujeta a control judicial. La Corte Interamericana ha subrayado que, en un Estado democrático, la sola invocación de motivos como la seguridad nacional no puede justificar restricciones permanentes o desproporcionadas a los derechos humanos, pues ello desnaturalizaría el objeto y fin de la Convención.¹⁷

Como advirtió la Corte Suprema en el fallo ya citado *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional* (CSJN, 2021), ni las normas dictadas por el Estado nacional ni sus políticas de seguridad pueden válidamente invadir competencias locales o apartarse de la Constitución y los tratados de derechos humanos, so pena de caer en el ejercicio ilegítimo de potestades a extramuros del texto constitucional.

Frente a estas medidas regresivas, resulta urgente reclamar una revisión integral que garantice el equilibrio entre la prevención del delito y la plena vigencia de los derechos y garantías. Lo contrario no solo profundiza la inseguridad jurídica, sino que erosiona los pilares fundamentales de nuestra democracia.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737*. 31 de agosto de 2010. Fallos 333:1674.

¹⁷CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-6/86*, 9 de Mayo de 1986. párrs. 27 y 31.

i. Expansión punitiva sin límites: el nuevo régimen de asociación ilícita

Los artículos 7° y 8° de la Ley 27.786 incorporan al Código Penal los nuevos tipos penales 210 ter y 210 *quáter*, los cuales profundizan una lógica expansiva y regresiva del derecho penal. Bajo la apariencia de una mayor eficacia contra el crimen organizado, estas figuras amplían la punibilidad sin precisar adecuadamente los grados de participación ni respetar el principio de culpabilidad, y agravan las penas más allá de los límites constitucionales y convencionales.

Por un lado, el artículo 210 ter sanciona con penas de entre 8 y 20 años a quien forme parte, coopere o ayude a mantener una organización dedicada a cometer una larga lista de delitos, aunque no se configuren los requisitos del 210 *bis* (asociación ilícita agravada). El problema no solo reside en el aumento desproporcionado de penas, sino en que esta figura desconoce la necesidad de individualizar la conducta del imputado: basta con un vínculo genérico con la organización para aplicar el tipo penal, lo que debilita la exigencia de prueba sobre la acción concreta de cada persona.

El artículo 210 *quáter* agrava aún más esta lógica. Establece que cualquier miembro de la organización responderá con la pena del delito más grave cometido por el grupo – aunque no haya participado ni conocido su ejecución– si se verifican ciertas condiciones (reiteración, violencia, control territorial, intimidación, etc.). Así, se consagra una suerte de «responsabilidad penal colectiva», incompatible con el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, piedra angular del derecho penal liberal y consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

A esto se suma la exclusión explícita de los artículos 46 y 47 del Código Penal, que regulan las condiciones especiales de participación (autoría, complicidad, instigación). La ley no solo impide graduar las penas según el grado de intervención, sino que homogeneiza la sanción penal sin considerar si alguien participó en la planificación de múltiples hechos o apenas prestó un apoyo circunstancial.

En conjunto, estas disposiciones erosionan garantías básicas como la taxatividad, la proporcionalidad de la pena y el principio de culpabilidad. También colocan a los jueces en una posición delicada, al obligarlos a aplicar penas desmesuradas sin posibilidad de morigeración, aun en casos de mínima intervención. En lugar de fortalecer la respuesta penal frente a fenómenos complejos, la ley impone un modelo punitivo inflexible que puede llevar a la injusticia individual y al colapso institucional.

3. La aplicación del régimen antimafia al universo de los delitos de drogas

El régimen antimafia fue pensado para múltiples delitos, pero su despliegue en materia de drogas plantea interrogantes clave. Lejos de tratarse de un terreno inexplorado, la experiencia acumulada en la persecución penal de los delitos previstos en la Ley 23.737 ofrece indicios claros sobre las dinámicas que podrían reproducirse.

En particular, el análisis de las causas tramitadas en las provincias que no adhirieron a la desfederalización muestra que una porción significativa de los recursos judiciales y policiales se orienta a investigar y castigar a consumidores o simples tenedores, sin ningún vínculo con estructuras mafiosas ni redes organizadas.

En este contexto, la pregunta no es si la Ley Antimafia logrará desarticular verdaderas mafias, sino si terminará consolidando una lógica ya instalada: la criminalización selectiva de los sectores más vulnerables bajo el ropaje de la lucha contra el crimen organizado.

a. Datos que interpelan: ¿realmente se combate el crimen organizado?

Para analizar cómo se direcciona la persecución penal en materia de drogas, recurrimos a la Plataforma Interactiva de Información Estadística desarrollada por la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), que sistematiza datos de las causas iniciadas por infracción a la Ley 23.737 en el ámbito de la justicia federal. Este insumo, construido a partir de los registros de los sistemas FiscalNet y Coirón del Ministerio Público Fiscal, permite observar con nitidez quiénes son las personas efectivamente alcanzadas por las acciones del sistema penal y con qué tipo de intervenciones.¹⁸

Un primer aspecto llamativo al observar los datos del año 2024 es la desproporcionada cantidad de causas iniciadas por infracción a la Ley 23.737 que se centran en hechos de baja lesividad y escasa relevancia penal. El 42% de las causas iniciadas en la justicia federal durante ese período fueron por tenencia para consumo personal, y otro 8% por tenencia simple, una figura ambigua que, si bien no se vincula directamente con la venta, tampoco responde a una hipótesis de tráfico. En conjunto, esto significa que una de cada dos causas iniciadas en el fuero federal involucra a personas que no forman parte de ninguna

Distribución de Causas Iniciadas por Estupefacientes por Tipo de Delito (2024)

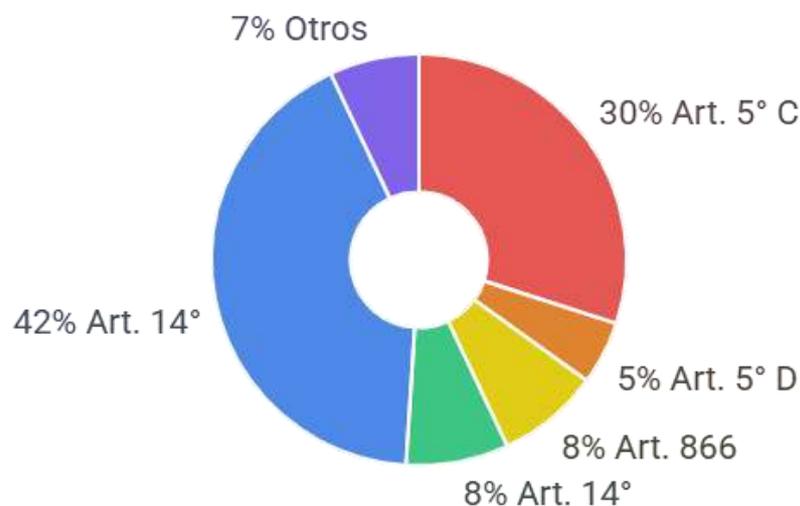


Gráfico: Bacigalupo & Galera

¹⁸ Los datos se encuentran disponibles en: <https://pes.mpf.gov.ar>

red de narcotráfico, ni tienen poder de daño sobre otros bienes jurídicos que justifiquen la intervención del derecho penal.¹⁹

Este dato no es menor. La tenencia para consumo personal fue despenalizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «Arriola»,²⁰ que consideró inconstitucional aplicar penas por conductas que no afecten a terceros, conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el sistema continúa generando miles de causas por este tipo de hechos, que finalmente concluyen en sobreseimientos o archivadas por aplicación de ese precedente. Esto no solo revela una política criminal ineficaz, sino que derrocha recursos judiciales, policiales y fiscales en trámites inútiles que no tienen impacto alguno en la criminalidad organizada.

Lo más llamativo es que los porcentajes de causas por tenencia para consumo personal (42%) y por tenencia simple (8%) deberían ser considerablemente más bajos, ya que en buena parte del país estas causas ni siquiera son competencia de la justicia federal.

De acuerdo con el régimen legal vigente, el Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene competencia sobre las causas por contrabando de estupefacientes en todo el territorio nacional, ya que se trata de un delito federal por definición. Sin embargo, en lo que respecta a delitos como la tenencia simple o la tenencia para consumo personal, el MPF solo interviene en aquellas provincias que no adhirieron a la Ley 26.052, que transfirió a las jurisdicciones locales la competencia sobre los delitos menores contemplados en la Ley 23.737²¹.

Este panorama obliga a formular una conclusión incómoda, pero difícil de eludir: si aún en un escenario donde la mitad del país ya no tramita estas causas en el fuero federal, el Ministerio Público Fiscal continúa iniciando miles de procesos contra personas que portan drogas para su propio consumo, el problema no es la falta de leyes, ni la falta de herramientas, ni la sofisticación del crimen organizado.

El problema es una decisión institucional persistente de perseguir lo más sencillo y débil que está a su alcance: consumidores. La figura del usuario —muchas veces joven, pobre, sorprendido en controles policiales aleatorios— se consolida como el blanco preferido del sistema penal. Se trata de una criminalización que no disuade, no repara, no desarticula redes, pero funciona como engranaje silencioso de una maquinaria que necesita mostrar resultados, aunque sea en causas destinadas al archivo o al sobreseimiento. Perseguir al consumidor no es una estrategia, es una renuncia: la renuncia a investigar en serio, a asumir la complejidad del fenómeno y a orientar el poder punitivo hacia quienes realmente lucran con la ilegalidad.

¹⁹ Los datos corresponden a la Plataforma Interactiva de Información Estadística (PES) de PROCUNAR, accesible en <https://pes.mpf.gov.ar>, que sistematiza causas iniciadas por infracción a la Ley 23.737 y contrabando de estupefacientes en el ámbito federal.

²⁰ CSJN, «Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9080», 25 de agosto de 2009, Fallos 332:1963.

²¹ Tal como lo establece el artículo 34 de la Ley 23.737, los delitos allí previstos son de competencia federal en todo el territorio nacional, salvo que una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires decidan asumir dicha competencia mediante una ley local de adhesión, en los términos de la Ley 26.052. Esta norma habilita a las jurisdicciones locales a intervenir en causas de menor entidad —como la tenencia simple, la tenencia para consumo personal y el narcomenudeo— cuando los hechos se encuadren en los supuestos previstos en los incisos del artículo 34. En la práctica, esto ha generado un mapa judicial heterogéneo: algunas provincias han adherido a la desfederalización y juzgan localmente estos delitos (como Buenos Aires, Córdoba, Salta o Santa Fe), mientras que otras —como Tierra del Fuego, Chubut, Mendoza o Misiones— han mantenido la competencia federal plena, lo cual impacta de manera directa en la política criminal que se aplica y en la carga de trabajo de la justicia federal.

Otra dimensión central del problema es el modo en que se inician las causas. Según los datos publicados por la Plataforma Estadística del Ministerio Público Fiscal,²² el 64% de los expedientes por infracción a la Ley 23.737 comenzaron por prevención policial. Es decir, sin una investigación previa, sin denuncia concreta, sin planificación estratégica. Solo una intervención espontánea de las fuerzas de seguridad, muchas veces motivada por el simple control del espacio público.

Este fenómeno es aún más marcado en las causas por tenencia para consumo personal: el 84% de ellas se originaron por prevención. Se trata, en su mayoría, de controles callejeros, requisas sin orden judicial, procedimientos que capturan a usuarios en contextos de extrema vulnerabilidad. Lejos de responder a una lógica de persecución inteligente, se criminaliza lo que se encuentra a mano, lo que resulta más fácil detener.

Esta práctica revela una forma de hacer política criminal sin diagnóstico, sin foco y sin eficacia. Se actúa por reflejo, no por estrategia. Y el resultado es un sistema saturado de causas intrascendentes, donde la figura del consumidor funciona como un atajo para mostrar actividad, aunque no haya delito grave ni estructura que desarticular.

Otro dato clave para analizar la lógica de aplicación del sistema penal es la cantidad de imputados por causa. Según la plataforma de PROCUNAR, el 51% de las causas iniciadas en 2024 tuvo solo un imputado. No un grupo, no una banda, no una estructura. Una sola persona.

En contraste, solo el 5% de las causas involucró a tres o más imputados. Y en un 31% de los casos ni siquiera hay personas identificadas. Es decir, la mayoría de las investigaciones no tienen elementos que justifiquen hablar de organización criminal. Mucho menos de una mafia en el sentido técnico que pretende combatir la nueva ley.

Este perfil de imputación deja al descubierto un problema estructural: se invocan figuras agravadas y regímenes de excepción pensados para el crimen organizado, pero se aplican a hechos aislados, individuales, fragmentarios. El discurso se construye en plural, pero la persecución opera en singular.

La Ley Antimafia se presenta como una herramienta extraordinaria para enfrentar amenazas estructurales. Sin embargo, sus posibles usos reales, si se siguen las tendencias actuales, recaerán sobre los mismos de siempre: personas solas, sin poder, sin estructura, sin red. Y con eso, lo extraordinario se vuelve cotidiano. Y lo penal, desproporcionado.

En este escenario, la implementación del régimen antimafia aparece como una paradoja inquietante. Se sanciona una ley excepcional, con herramientas procesales extraordinarias, en nombre de la lucha contra estructuras criminales complejas. Pero la práctica judicial muestra otra cosa: un sistema que sigue operando sobre eslabones débiles, en soledad, y sin impacto real en el crimen organizado.

Si no se modifica el foco de la persecución penal, la Ley Antimafia corre el riesgo de reproducir y profundizar los mismos errores que dice querer erradicar: desproporción, selectividad y un uso simbólico del castigo como espectáculo, no como herramienta de justicia.

²² Véase <https://pes.mpf.gov.ar/>

4. Reflexión final: un régimen de excepción sin mafia, sin garantías y sin horizonte

El recorrido por las distintas dimensiones críticas del nuevo régimen antimafia permite afirmar que estamos ante una ley profundamente regresiva, que más que combatir el crimen organizado, consolida un modelo punitivista, centralista y selectivo, sin bases empíricas ni anclaje constitucional sólido.

En primer lugar, su ambigüedad normativa y la creación de figuras penales abiertas e imprecisas vulneran el principio de legalidad y habilitan el uso discrecional del poder punitivo. Lejos de perseguir estructuras delictivas complejas, termina extendiendo las redes de castigo sobre poblaciones vulnerables, con un umbral probatorio bajo y sin garantías procesales adecuadas.

Desde una perspectiva estructural, el régimen aprobado no fortalece las capacidades estatales para investigar el crimen organizado, sino que multiplica la litigiosidad, satura el sistema judicial y policial, y eleva exponencialmente los costos humanos y económicos, como advierten los estudios regionales sobre justicia penal ineficiente. Se impone la lógica del castigo por sobre la del control racional y democrático del delito.

A ello se suma una arquitectura institucional altamente concentrada, que vulnera el federalismo y la autonomía local: se otorgan prerrogativas al Poder Ejecutivo – particularmente al Ministerio de Seguridad– que exceden toda lógica republicana, debilitando la división de poderes y el principio del juez natural. La creación de «zonas sujetas a investigación especial», la intervención de territorios sin controles claros y la transferencia automática de competencias a la justicia federal abren la puerta a prácticas persecutorias incompatibles con un Estado de derecho.

En paralelo, el nuevo estatuto de la Policía Federal, aprobado en la misma lógica, refuerza la verticalidad operativa y amplía su capacidad de intervención sin contrapesos democráticos. Esta concentración de poder en las agencias de seguridad, sumada a facultades como el decomiso sin condena y la interceptación de comunicaciones sin orden judicial inmediata, constituye un avance inaceptable sobre derechos fundamentales, incluyendo la inviolabilidad del domicilio, la privacidad y la libertad ambulatoria.

Finalmente, la creación de nuevas figuras de asociación ilícita –con penas agravadas, eliminación de reglas de autoría y sanción por hechos ajenos– consagra un derecho penal de autor, incompatible con la responsabilidad personal y la presunción de inocencia. Se consolidan, así, mecanismos típicos de regímenes de excepción, pero normalizados bajo el ropaje de una ley ordinaria.

Todo el andamiaje jurídico se presenta con un fuerte componente simbólico: no responde a una estrategia integral ni preventiva, sino a una necesidad política de mostrar acción frente a la inseguridad. Es, en última instancia, un uso instrumental del derecho penal, que sacrifica principios y derechos en nombre de una eficacia que no se verifica en los hechos.

Esta ley, más que abordar el fenómeno mafioso, instituye un régimen de excepción permanente, carente de diagnósticos serios y alejados de los estándares del Estado constitucional de derecho. Su aprobación y vigencia deberían interpelarnos, no solo como juristas, sino como sociedad: ¿cuántos derechos estamos dispuestos a perder bajo el pretexto de combatir el crimen?

5. Referencias

- Azzi, P. A. G., & Castro, N. E. (2006). *Los sospechosos de siempre. La selectividad policial en materia de "interceptaciones" (detenciones) seguidas de requisas y secuestros en la vía pública por infracciones a la Ley 23.737.* Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/04/doctrina32338.pdf>
- Boletín Oficial de la República Argentina. (2025, 17 de junio). *Decreto 383/2025. Disposiciones. Policía Federal Argentina. Estatuto aprobado por DECTO-2025-383-APN-PTE.* <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/326993/20250617>
- Cámara de Diputados de la Nación. (2024). *Diario de Sesiones. 12.ª reunión – 9.ª sesión ordinaria (especial), 1 de octubre de 2024 (Período 142.º).* Buenos Aires: Honorable Congreso de la Nación.
- Derdoy, M., Fernández Valle, M., Freedman, D., Malajovich, L., Roth, L., & Salinas, R. (2009). *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina (Documento de Trabajo N.º 29).* CIPPEC. <https://www.cippec.org/publicacion/el-costosocial-y-economico-de-la-prision-preventiva-en-la-argentina/>
- Lanusse Noguera, M. (2012). De la cualidad aflictiva hacia su tutelabilidad. En E. R. Zaffaroni (Dir.), *La medida del castigo: El deber de compensación por penas ilegales* (pp. 317–354). Buenos Aires: Del Puerto.
- Ministerio de Seguridad de la Nación. (2024, 21 de marzo). *El Gobierno envía al Congreso la modificación de la Ley de Seguridad Interior, entre otros proyectos para combatir el crimen organizado.* <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-envia-al-congreso-la-modificacion-de-la-ley-de-seguridad-interior-entre-otros>
- Orwell, G. (2024). *1984 y Rebelión en la granja* (P. Villalobos, Trad.). Corporación Lucemar C.A. (Obra original publicada en 1949).
- Perez-Vincent, S. M., Puebla, D., Alvarado, N., Mejía, L. F., Cadena, X., Higuera, S., & Niño, J. D. (2024). *Los costos del crimen y la violencia: Ampliación y actualización de las estimaciones para América Latina y el Caribe.* Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/los-costos-del-crimen-y-la-violencia-ampliacion-y-actualizacion-de-las-estimaciones-para-america>

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Serie A No. 6. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9080*, Fallos 332:1963, 25 de agosto de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ sumarísimo*, Fallos 341:1017, 4 de septiembre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Cotonbel S.A. s/ art. 6º ley 18.250*, Fallos 315:2101, 20 de diciembre de 1992.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional*, Fallos 344:809, 4 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Legumbres S.A. y otros s/ contrabando*, Fallos 312:1920, 19 de octubre de 1989.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de inconstitucionalidad*, Fallos 344:3209, 13 de diciembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737*, Fallos 333:1674, 31 de agosto de 2010.

La trata de personas en entornos digitales, ¿nuevas vías del delito?

Valeria Alejandra Alvarez¹; Sandra Natalia Giardino²;
María Estela Millán³; Matías Germán Rodríguez Romero⁴

Resumen

El artículo analiza si la producción de contenido erótico a través de terceros en plataformas digitales puede ser considerada un ilícito penal bajo la figura de trata de personas según el marco normativo argentino. Examina el trabajo sexual digital y su posible encuadre en la noción de «trata digital», diferenciando los casos en los que existe explotación de aquellos en los que el consentimiento es determinante. En primer lugar, se distingue entre trabajo sexual digital y trata de personas en entornos virtuales. Posteriormente, se examina la legislación penal argentina vigente, explorando si las formas de sometimiento y explotación digital pueden ser subsumidas en los tipos penales existentes. Asimismo, se contrasta la legislación sobre *grooming* con la trata digital, analizando sus similitudes en cuanto a los métodos de captación, coacción y vulnerabilidad de las víctimas, y se revisa la evolución de estas normativas en Argentina. Finalmente, se reflexiona sobre los desafíos jurídicos que plantea la explotación en plataformas digitales, señalando posibles lagunas normativas y la necesidad de adecuar el marco legal para abordar estas nuevas formas de criminalidad.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Legislación activa | 3.- Derecho comparado | 4.- Conclusiones | 5.- Bibliografía

Palabras clave

delitos contra la integridad sexual – trata de personas – delitos digitales – explotación sexual digital – análisis comparado

¹ Abogada especialista en derecho penal. Adscripta en la Universidad Nacional de Córdoba en la Facultad de Derecho en la materia Derecho Procesal Penal. Secretaria de Actuaciones en el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba. Correo: valalvarez502@gmail.com.

² Abogada (UNC). Correo: nataliagiardino@hotmail.com

³ Abogada (UNC), escribana, especializada en Derecho Previsional. Funcionaria del Ministerio de Justicia de Córdoba, adscripta a la cátedra de Derecho Privado V, UNC. Correo: mariaestelamillan@hotmail.com.

⁴ Abogado (UNSJ), activista (director del espacio @abogadodelart) y autor. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario Interno Doctoral de CONICET (IEV, FFHA, UNSJ). Web: <https://abogadodel.art/portfolio/> Correo: rodriguezmatiasgerman@gmail.com

1. Introducción

La trata (de blancas, de acuerdo a la terminología de la época) en nuestro país tiene un importante derrotero histórico que merece un análisis a la hora de hablar del tópico y sus ramificaciones en la actualidad. De acuerdo al historiador José Luis Scarsi (2007), la prostitución siempre había estado presente en la vida diaria de Buenos Aires en donde nunca había despertado demasiada preocupación en las autoridades.

A comienzos del Siglo XX, mientras la urbe porteña, que había sufrido grandes transformaciones en lo social, político y económico se abría al mundo en espera de las corrientes inmigratorias que (en opiniones de la época, darían comienzo a una Argentina como potencia mundial, comenzaron su aparición los tratantes. La historia más reconocida de esta época es la transcurrida poco después del nacimiento de la Sociedad de Socorros Mutuos, Sinagoga y Cementerio Zwi Migdal, en teoría, afectada a la colaboración de las y los inmigrantes polacos, recaudaba fondos para su sostenimiento a través de las cuotas sociales que los miembros abonaban todos los meses, pero las verdaderas ganancias ingresaban por el negocio de la prostitución que reportaba la Sociedad Varsovia a través de la Trata de Blancas. Se reclutaba a jóvenes europeas recién llegadas en grandes barcos con la esperanza de trabajar en casas de familias de renombre como institutrices, eran engañadas y trasladadas al Varsovia para ser prostituidas.

El caso de Raquel Liberman («la Polaca», como fue conocida) puede servir de manera ilustrativa para mostrar el contexto, así como los accionares legales de la época. Ella al igual que otras cientos de mujeres, fue engañada y sometida al Varsovia, su explotador y luego marido, se llamaba José Salomón Korn, Raquel guardaba conscientemente sus ahorros y contando con la complicidad de un caballero amigo, que se hizo pasar por un rufián interesado, pudo comprar su libertad, pero al ser descubierta por Korn, la misma debió regresar al burdel.

En la década del treinta, Raquel Liberman, se entrevistó con el juez Rodríguez Ocampo, con la esperanza de denunciar su esclavitud y la de sus compañeras, atestiguando en contra del Varsovia, logrando el allanamiento del edificio y encontrando el libro de socios de la Zwi Migdal que sirvió como base para librar las órdenes de captura. De cuatrocientos imputados, solo lograron llevar a juicio a 108, el resto lograron escapar con el auxilio de las mismas fuerzas de seguridad o habían fallecido. En lo referente a las mujeres sometidas por la organización, ninguna de ellas se animó a declarar en contra de los acusados. A pesar de la titánica labor del juez Rodríguez Ocampo, todos los procesados fueron sobreesidos del cargo de asociación ilícita y tan solo uno, el mismo Korn, fue condenado por corrupción y dos por cohecho; si bien la gran mayoría fueron expulsados del país aplicando la Ley de Residencia por considerarlos sujetos indeseables. Poco después el concepto de trata se incorporaría al Código Penal, más la historia de este delito no había hecho más que comenzar.

La trata de personas, en la actualidad, se encuentra regulada en nuestro país en el Código Penal y en leyes especiales nombradas al efecto. En primer lugar, se encuentra la ley 26.364 de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, que encuentra su completitud en la Ley 26.842, que establece la obligación de crear un programa nacional de lucha contra la trata y asistencia a las víctimas (Garmendia, 2021). Por otro lado existen artículos del Código Penal que refieren a estas figuras típicas, en particular aquellos incluidos en el título de delitos contra la integridad sexual, como son

el 145 bis; 145 ter. Por ello se puede afirmar que en nuestro sistema jurídico penal se encuentra protegido el bien jurídico de la libertad y la integridad sexual.

Sin embargo se advierte que a causa del avance y crecimiento de las tecnologías y de la digitalidad, han aparecido nuevas acciones que vulneran estos bienes jurídicos tutelados que son a su vez derechos humanos; acciones que son de una difícil punibilidad y penalización a bien de que las leyes mencionadas no le sean aplicables.

Entre otros avances tecnológicos que ponen en riesgo activo bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, en el último tiempo existe una amplia variedad de plataformas digitales que permiten y/o promueven por su modelo de negocio la comercialización de contenidos sexuales. Aun cuando la mayoría de los usuarios y usuarias creadores de contenido de estas plataformas lo hacen de manera autónoma e independiente, existe igualmente un número importante de personas que se aprovechan de esa situación para explotar económica y sexualmente a personas, principalmente a mujeres, por lo que estas plataformas digitales han generado nuevas formas de explotación.

Casos como el de *OnlyFans*, plataformas de pago donde por un pago en dólares se pueden explorar videos grabados, chats en vivo de contenido sexuales, promueven una realidad que pueden llegar a ser identificadas como una suerte de proxenetismo digital: explotación sexual ajena, que utiliza como herramienta una plataforma digital. Estas mismas plataformas y el contenido por ellas distribuidas puede dar lugar a casos de extorsión digital por parte de los usuarios de estas, para que las víctimas realicen una determinada acción o entregue una cantidad de dinero, bajo amenaza de difusión de imágenes íntimas, aún más cuando la mayoría de los creadores de contenido en estas plataformas lo hacen bajo seudónimos o alias.

Por ello podemos afirmar que el bien jurídico a proteger, sea la libertad o la integridad sexual, lo podemos ver socavado también en la explotación sexual digital (a través de la transmisión de contenido erótico) ya que implica un vicio grave al consentimiento, que jurídicamente conceptualizado refiere a la exteriorización de la voluntad entre dos o más personas, quedando registrado de una o varias maneras, sin dejar lugar a la duda. En relación con lo que acabamos de explicar, podemos clarificar que a nadie les es dable explotar la sexualidad ajena y ganar dinero con ello, aunque la víctima preste su consentimiento.

Por lo tanto se advierte una laguna legal axiológica, en cuanto al delito de trata de personas y la explotación sexual en la era digital, ya que lo que sucede en internet, no son intercambios sexuales personales, si no intercambio de imágenes a través de la comercialización, por ende trataremos de evidenciar en nuestra investigación, cuando se desdibuja el primer delito y se configura el delito de trata en entornos digitales, sea como una variante o delito autónomo.

Podemos definir estos casos, como de trabajadoras sexuales digitales. Las víctimas son mayormente mujeres jóvenes en condiciones de vulnerabilidad. Este tipo de explotación surge a partir de ofertas laborales engañosas en redes sociales, donde se prometen grandes ganancias, con las que las personas son atraídas y luego impulsadas a la creación de este tipo de contenido, petición que acceden bajo coacción o ardides, por lo que se puede afirmar que los casos se configuran incluso con el consentimiento de la víctima.

La víctima no tiene el control, ni poder de decisión sobre sus imágenes y videos y la remuneración recibida por su trabajo es muy baja o nula. Las víctimas asimismo, a

menudo viven con otras personas en la misma situación en condiciones insalubres y conviviendo en ocasiones con su explotador. Las generadoras de contenido que cumplan estos requisitos están en situación de trata y los hechos podrían ser tipificables de acuerdo a la ley penal, aun cuando se cometieron por medios digitales.

Asimismo, se podría plantear si el hecho que el porcentaje que la plataforma digital de contenido se queda en concepto de tasa de gestión, implica también una suerte de proxenetismo digital, en tanto se trata de que a la plataforma se le asigna un porcentaje de las ventas respecto al contenido que genera. Este tipo de hipótesis son aquellas que no son alcanzadas por nuestro cuerpo legislativo, de acuerdo a sus términos actuales.

Sin embargo, hay otro tipo de delitos informáticos o digitales, que si son alcanzados por la legislación vigente, los que analizaremos a continuación como ejemplos positivos para legislar sobre la temática.

2. Legislación activa

Existen dos cuerpos normativos de reciente sanción que se proponen reglamentar y penalizar los actos violatorios de los bienes jurídicos protegidos comprometidos en la trata digital.

El primero de los casos a analizar es el «*grooming*», acoso sexual de una persona adulta a una niña, niño o adolescente, por medio de internet, principalmente a través de las redes sociales. «*Grooming*» es una palabra anglosajona, que se traduce como acicalar. El abusado o «*groomer*» comienza por entablar la relación con el menor, realizando acciones deliberadas tendientes a ganar la amistad del niño. Por lo general, crea un perfil falso para simular ser otro niño de la misma edad para, a través de la conversación, generar una conexión emocional con el menor logrando que éste disminuya sus inhibiciones. De este modo, el vínculo que el adulto ha establecido con el menor conforma el escenario para cometer el delito sexual, sea a través de concretar un encuentro con el mismo, o logrando que el menor le envíe fotos íntimas de su persona. En ocasiones, el mismo abusador, una vez obtenida la foto amenaza con publicarla si éste no realiza otro tipo de actos pudiendo exigirle más fotos o el encuentro buscado, reiniciando el ciclo. Las fotografías, asimismo, son utilizadas para su distribución en círculos con otros abusadores.

Esto se produce a causa de un fenómeno también de reciente origen, a causa del acceso masivo a las mismas por parte de niños, niñas y adolescentes (en la mayoría de los casos sin control de sus padres) que consiguen conectarse con otras personas a través de este medio, exponiendo sin percatarse de ello datos de su vida personal, y sus estados de ánimo.

En este momento, los menores se enfrentan a una situación de vulnerabilidad, que es aprovechada por los «*groomers*» o acosadores, que comienzan a relacionarse con los menores para así ganarse su confianza y poder posteriormente perfeccionar su objetivo, cual es la captación con fines de explotación sexual. Los niños, niñas y adolescentes son nativos digitales; quienes más utilizan las redes sociales y, al haber crecido junto a ellas, quienes más la han asimilado como algo natural, utilizándolas para conocer personas, charlar y compartir intereses; pero a su vez son extremadamente vulnerables cuando actores negativos intentan cometer un ilícito en su contra.

El riesgo particular en los delitos contra la integridad sexual de menores de edad, está en esta sobreexposición en redes sociales, entendiéndose que existen redes delictivas que

se encargan de realizar un estudio del perfil de cada uno, antes de hacer un contacto con los jóvenes que consideran «vulnerables». Niños, niñas o adolescentes que pueden tener ciertos problemas en su entorno personal y que siempre prefieren contarlo a «sus amigos» de la red. Éstos suelen ser los primeros chicos que terminan siendo atraídos por las redes de trata, o por los «groomers», en vistas a que son delitos que se comen en ocasiones en concurso. Por eso en ocasiones se puede observar que antes de que se produzca la captación para trata de personas propiamente dicho de menores de edad, en algunos casos se materializa el delito denominado «grooming», el cual se caracteriza por ejercer sobre el menor un acoso virtual.

La mayoría de las redes sociales (desde Facebook y Twitter, hasta TikTok) tienen incorporado un filtro de restricción de edad para menores de 13 años para que no puedan utilizar el servicio. Sin embargo, el hecho de que las plataformas no verifiquen la veracidad de los datos ingresados por cada nuevo usuario permite que simplemente se ingrese una fecha de nacimiento más antigua y así se puede acceder a dicha red.

Respecto a la existencia de normativas, la ley 26.904 (promulgada en el año 2013) incorporó al Código Penal de la Nación (en adelante, CPN) un nuevo artículo, el 131, por el cual se pena a quien por medios electrónicos ejerza influencia sobre un menor para que realice prácticas sexuales explícitas o actos con connotación sexual. De esta forma, el artículo 131 del CPN establece:

«Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma»

Asimismo, la Ley 27.436 (promulgada en el año 2018), modificó el art. 128 del Código Penal en pos de penalizar la tenencia y distribución de pornografía infantil, en los siguientes términos:

«Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años»

A pesar de esto, sigue siendo urgente la creación de una fiscalía especializada en delincuencia informática a nivel nacional (debido a lo transregional de este tipo delictivo),

así como una campaña educativa en torno a la seguridad digital de niños, niñas y adolescentes; pero por sobretodo la incorporación de figuras penales respecto a delitos cometidos de manera digital que no son alcanzados por estas modificaciones, que incluye la trata digital, temática principal de este trabajo.

Por último, pero no menos importante, es necesario hacer una referencia a la ley olímpica o ley de violencia de género digital (ley 27.736), que define a la violencia de género digital como

«toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar.

En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace, o acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación, o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley»

A pesar de la jerarquía de esta novedosa norma, la limitada reglamentación de esta normativa, lo insuficiente de la misma para alcanzar los casos presentados (al no contener cláusulas del tipo penal), la necesidad de una legislación que incorpore este tipo de supuestos como delitos sigue siendo un pendiente de nuestro estado argentino.

3. Derecho comparado

A la hora de hablar de legislaciones potenciales, que puedan alcanzar este tipo de causales, vale la pena entonces revisar la legislación de otros estados hispanohablantes respecto a la temática.

El Código Penal Español, en su título VII bis, titulado «de la trata de seres humanos», reglamenta la trata en un extenso artículo numerado como el 177 bis. El mismo establece de manera detallada el delito de trata de personas, describiendo tanto las conductas punibles como las circunstancias agravantes y consecuencias legales.

En tal sentido, se considera como autor de este delito al que

«en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas»

El Código enumera una serie de finalidades del delito entre las que incluye la explotación laboral forzada, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad, la explotación sexual (incluyendo la pornografía, tema de interés de este trabajo), la utilización en actividades delictivas, la extracción de órganos o la celebración de matrimonios forzados. Asimismo, anticipa que en el caso de niños, niñas y adolescentes (menores de edad) o si se han utilizado medios coercitivos o abusivos, no se requiere el uso de los medios antes mencionados para que se configure el delito, bastando con que exista la finalidad de explotación, siendo inválido el «consentimiento».

. Su bien jurídico protegido es la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren, y su tipo objetivo es amplio, comprendiendo las conductas típicas de captar, transportar o trasladar, y acoger o recibir a la víctima, incluyendo el intercambio o transferencia de control sobre esas personas. Los medios comisivos también son amplios, denunciando en forma alternativa la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad. Por último, es importante conocer que cuando se trata de menores de edad, estaremos siempre ante «el delito de trata de seres humanos» aunque no concurren ninguno de los medios comisivos.

El Código contempla una serie de agravantes que elevan las penas como, por ejemplo, si se ha puesto en peligro la vida o integridad física o psíquica de la víctima, si esta es especialmente vulnerable (por edad, embarazo, enfermedad o discapacidad), o si proviene de un contexto de conflicto armado o desastre humanitario. Las penas también se incrementan cuando el delito es cometido por una autoridad pública, un funcionario o un miembro de una organización dedicada a estas prácticas. Las personas jurídicas también pueden ser sancionadas si se determina su responsabilidad en este tipo de delitos, aplicándose sanciones económicas proporcionales al beneficio obtenido, así como otras medidas accesorias. El artículo incluso penaliza las etapas preparatorias del delito, como la conspiración, la proposición o la provocación para cometer trata, aunque con penas reducidas. Finalmente, se establece una importante cláusula de exención: las víctimas de trata no serán penalmente responsables por los delitos que hayan cometido mientras eran explotadas, siempre que su conducta haya sido una consecuencia directa de la situación de coerción a la que estaban sometidas.

En líneas generales, el «delito de trata de seres humanos» constituye un negocio criminal transnacional que ataca la dignidad y la libertad de las personas; las cuales tienen derecho a ser tratadas siempre como seres humanos y nunca como un simple objeto. Su reglamentación estricta responde a lo lucrativo de este negocio criminal en los países europeos. Es por ello por lo que el 22 de junio 2010, se modificó la ley orgánica N° 10/1995 por ley orgánica N° 5/2010 creando un nuevo título en el Código Penal español, como respuesta también a instrumentos legales de origen europeo como lo son el Convenio de Varsovia y en el marco de la Unión Europea la Dir. 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Respecto a nuestra investigación en particular, es vital recuperar la referencia explotación sexual incluyendo la pornografía. Esto porque, en sus términos, comprende no solo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva o los llamados masajes eróticos sino también cualquier otra práctica de naturaleza erótico sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o striptease o en la pornografía la cual abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual se contengan

imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social.

En torno al derecho latinoamericano, sus regímenes legales incorporan igualmente este tipo de figuras penales a su régimen normativo.

En Paraguay, la Ley 4788 o ley integral contra la trata y tráfico de personas es la encargada de la tipificación de la trata de personas, aunque con penas irrisorias para algunos autores (Villada, 2019). La misma ley incluye una figura penal agravada que pueden ser aplicables al nuevo contexto digital, en particular el inciso sexto del artículo séptimo de esta ley sobre circunstancias agravantes especiales, que establece que «[si] el autor efectuar promociones, ofertas o subastas por publicaciones en medios masivos, medios restringidos o redes informáticas»

En Colombia, las medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas se encuentran en un cuerpo normativo (leyes 747/2002, 985/2005 y 1453/2011) modificadorio del Código Penal (artículos 188.A y 188.B), con penas mucho más altas que los otros estados comparados no solo para los casos de trata, cuanto, para la promoción, facilitación o coacción para ejercer la prostitución, tratándolas como equivalentes respecto a la gravedad del ilícito.

Por otro lado, el Código brasileño lo legisla en su primera parte (art. 231), de manera limitada y escueta de acuerdo a la mayor parte de publicaciones consultadas; ya que sus disposiciones reproducidas solo hacen referencia a la explotación de la prostitución, ignorando extrañamente todas las demás formas de explotación a que refiere el Protocolo de Palermo (tráfico de órganos, mendicidad obligada, reducción a la servidumbre o esclavitud, trabajo forzado, matrimonio esclavo, etc.), del que si bien son adherentes, no generaron ninguna legislación penal al respecto.

Dentro de los regímenes consultados, uno de los más interesantes es el propuesto por la República Plurinacional de Bolivia, que en su «ley integral contra la trata y el tráfico de personas N° 253/12», incorpora figuras penales que se condicen con la realidad que presentamos como de interés.

En particular, el artículo 281 bis sobre trata de personas (que incluye en su inciso sexto la privación de la libertad con fines de exploración sexual) y el artículo 322 sobre violencia sexual comercial contra menores de edad (prostitución infantil). Pero aún más importante para el tema de estudio es el artículo 323 bis sobre pornografía, que establece:

«I) Quien procure, obligue, facilite, o induzca por cualquier medio, por si o por tercera persona a otra que no de su consentimiento a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos con el objeto de video grabarlos, fotografarlos, filmarlos, exhibirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o de comunicaciones, sistemas informáticos electrónicos o similares, será sancionado con pena privativa de libertad de (10) a (15) años.

Igual sanción se impondrá cuando el autor o partícipe reproduzca, distribuya, venda material pornográfico.»

En tal sentido, se reprime a quien reproduzca, almacene o venda material pornográfico. A diferencia de la ley argentina y otras, no menciona que la reproducción o almacenamiento puede no serlo con la finalidad de distribución o venta (a secas) como dos de las formas de cometer el delito.

4. Conclusiones

La presente investigación revela una problemática de gran relevancia, que pone de manifiesto la vulneración de derechos y bienes jurídicos protegidos, la cual, a pesar de su trascendencia, aún no se encuentra claramente tipificada en el Código Penal de nuestro país. Si bien es cierto que el uso de plataformas comerciales para la distribución de contenido erótico por personas adultas no configura un delito en sí mismo, nuestro enfoque se centra en aquellos casos en los que se explota económica y sexualmente a individuos vulnerables, situación que sí debe ser tipificada bajo otras figuras legales, como la trata de personas (art. 145 bis), el proxenetismo (explotación sexual ajena), el grooming (acoso a menores con fines de explotación sexual) y la extorsión (chantaje para obtener beneficios bajo la amenaza de difundir imágenes íntimas).

La comercialización de contenidos eróticos en plataformas digitales, como el caso de *OnlyFans*, ha generado nuevas formas de explotación, especialmente durante la emergencia sanitaria del ASPO, donde las fronteras entre explotación sexual y consentimiento se han vuelto difusas, dando lugar a desafíos legales complejos. A pesar de que las víctimas pueden prestar su consentimiento, la explotación de la sexualidad ajena para obtener lucro continúa siendo un acto cuestionable y éticamente inaceptable.

Este trabajo busca exponer la complejidad de estas modalidades de explotación, ya que las formas de sometimiento en este contexto son más sutiles y difíciles de detectar, principalmente debido a las lagunas legales en torno a la explotación sexual en Internet. En este escenario, lo que ocurre no es un intercambio sexual personal, sino un intercambio de imágenes, lo que plantea un desafío para la legislación vigente. En consecuencia, el principio de legalidad impide recurrir a analogías en el Derecho penal, siendo necesario tipificar de manera clara y específica aquellos actos que deben ser considerados delitos. Así, estas prácticas, que atentan contra los derechos fundamentales de las personas, requieren un marco legal que las contemple y sancione adecuadamente, garantizando la protección de la dignidad humana en un entorno digital que cada vez presenta más riesgos.

5. Bibliografía

- Garmendia, M. S. (2021). El delito de trata de personas: análisis sobre el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/doctrina89056.pdf>
- Guevara Rosas, E. (2021, 10 de diciembre). Así es como las trabajadoras sexuales luchan contra la tortura y la violencia de género. *Amnistía Internacional*. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, desde <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2021/12/asi-es-como-trabajadoras-sexuales-luchan-contra-tortura-violencia-genero/>
- López Barja de Quiroga, J., Encinar del Pozo, M. A., & Villegas García, M. A. (2023). *Código Penal Español comentado*. Editorial Lefebvre.
- Ministerio de Igualdad. (2012). Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 97–130.
- Pomares Cintas, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 13–15.

- Scarsi, J. L. (2007, septiembre). Cómo y por qué se formó la Zwi Migdal. Todo es Historia.
- Susaj, G., Nikopoulou, K., & Giménez-Salinas Framis, A. (Coords.). (2006). La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. ACCEM.
- Villada, J. L. (2019). Derecho penal: Delitos sexuales y trata de personas (3.^a ed.).

Leyes y documentos legales

- Asamblea Legislativa Plurinacional. (2012). Ley integral contra la trata y el tráfico de personas (Ley 263).
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9130.pdf>
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2010). Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995.
<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>
- Código Penal de la República de Brasil. (1940). Decreto-Ley 2848, del 7 de diciembre de 1940. <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1940/pt/75530>
- Congreso de Colombia. (2002). Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf
- Congreso de Colombia. (2002). Ley 747 de 2002 por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000).
https://oig.cepal.org/sites/default/files/2002_col_ley747.pdf
- Congreso de Colombia. (2005). Ley 985 de 2005 por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2005_col_ley985.pdf
- Congreso de Colombia. (2011). Ley 1453 de 2011 por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43202>
- Congreso de la Nación Argentina. (1921). Ley 11.179: Código Penal de la Nación Argentina.
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (2012). Ley 26.842 (modificación del Código Penal).
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206554/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (2013). Ley 26.904 (modificación del Código Penal).
<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223586/norma.htm>

- Congreso de la Nación Argentina. (2018). Ley 27.436 (modificación del Código Penal). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/309201/norma.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (2023). Ley 27.736 de Violencia de Género Digital. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/296572/20231023>
- Diario Oficial de la Unión Europea. (2011). Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011. <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>
- Honorable Cámara de Senadores de Paraguay. (2012). Ley N° 4788 del 13 de diciembre de 2012: Integral contra la Trata de Personas. <http://digesto.senado.gov.py/detalles&id=8047>

Artículos periodísticos

- Digon, V. (2023, 27 de agosto). Preocupa a la justicia cómo enfrentar la trata de personas en la era digital. *La Voz*. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, desde <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/preocupa-a-la-justicia-como-enfrentar-la-trata-de-personas-en-la-era-digital/>
- García, P. (2023, 9 de septiembre). IA, trucaje y pornografía, ¿quién me cuida en la red? *La Mecha*. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, desde <https://lamecha.ar/ia-trucaje-y-pornografia-quien-me-cuida-en-la-red/>
- Redacción *Ámbito*. (2023, 4 de julio). El futuro de OnlyFans: modelos generadas por IA revolucionan la industria. *Ámbito Financiero*. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, desde <https://www.ambito.com/informacion-general/el-futuro-onlyfans-modelos-generadas-ia-revolucionan-la-industria-n5760766>
- Redacción *Los Andes*. (2023, 16 de abril). Crearon a una joven de 19 años con inteligencia artificial y venden sus fotos en OnlyFans. *Los Andes*. Recuperado el 12 de noviembre de 2023, desde <https://www.losandes.com.ar/por-las-redes/crearon-a-una-joven-de-19-anos-con-inteligencia-artificial-y-venden-sus-fotos-en-onlyfans/>

Identidad de género y prisión preventiva

Vulneraciones y alternativas para las personas trans y no binarias en Córdoba

Gabriel Andrés Sagen¹

Resumen

El presente trabajo analiza la situación de las personas trans privadas de libertad en la provincia de Córdoba, Argentina, con especial atención al impacto de las prácticas cisnormativas en el sistema penitenciario. A partir de un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género, se examinan las condiciones de detención de esta población, las falencias estructurales del sistema carcelario y la falta de adecuación a los estándares internacionales. En particular, se estudia la prisión preventiva como medida cautelar y se argumenta la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal evalúe alternativas menos lesivas, como la prisión domiciliaria, cuando el Estado no pueda garantizar condiciones dignas y seguras de alojamiento. Se sostiene que la falta de respuestas estatales adecuadas frente a esta realidad reproduce dinámicas de discriminación estructural y configura una vulneración sistemática de derechos fundamentales, lo que impone al sistema de justicia penal el deber de actuar con debida diligencia, perspectiva de género y respeto por la identidad de género autopercebida para no incurrir en flagrante violación a la normativa internacional.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Marco teórico y conceptual | 3.- Discordancias entre la Ley 24.660 y la Ley 26.743 | 4.- Gabriela Nahir Fernández | 5.- Medidas alternativas a la prisión preventiva para personas trans y no binarias | 6.- Consideraciones finales | 7.- Referencias bibliográficas

Palabras clave

identidad de género – DNU 61/2025 – prisión preventiva – prisión domiciliaria – perspectiva de género – derechos humanos – LGBT – cisnormatividad – derechos de las personas trans – cárceles

¹ Abogado (UNC). Adscripto en las asignaturas Derecho Procesal Penal Cátedra “B” y Derecho Penal II Cátedra “B”, ambas de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Correo electrónico: gabriel.sagen@gmail.com

1. Introducción

Aunque la Ley 26.743 de Identidad de Género fue sancionada en 2012, su implementación en contextos carcelarios continúa siendo deficiente. El sistema penitenciario argentino, estructurado bajo una lógica cisnormativa, expone a las personas trans y no binarias privadas de libertad a situaciones de discriminación, violencia y aislamiento forzado, diferenciándolas del resto de la población carcelaria, pese a que la normativa vigente tiende a invisibilizarlas. Como resultado, el país ha sido objeto de numerosas críticas por no adecuar sus instituciones penitenciarias a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En este contexto, la promulgación del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 61/2025, al impedir el traslado de personas detenidas a establecimientos penitenciarios acordes con su identidad de género si la rectificación registral fue realizada con posterioridad a la comisión del delito, exacerbó estas problemáticas al reforzar la lógica cisnormativa dentro del sistema carcelario, profundizando la discriminación estructural que enfrentan las personas trans y no binarias, legitimando prácticas que tornan inhumano su encarcelamiento, por más breve que éste sea. Esta alarmante situación también afecta a quienes se encuentran bajo prisión preventiva, convirtiendo la medida cautelar —al vulnerar el principio de proporcionalidad— en una verdadera pena anticipada. De este modo, se lesiona gravemente el principio de inocencia y se desnaturaliza el carácter excepcional que debería tener la privación de libertad durante el proceso penal.

A partir de estas problemáticas, el presente trabajo se propone analizar la necesidad de implementar medidas de coerción alternativas para las personas trans y no binarias en prisión preventiva en la provincia de Córdoba, al menos hasta que el Estado provincial adecue los establecimientos carcelarios a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Se argumentará que, en tanto el sistema penitenciario no garantice condiciones dignas y seguras de alojamiento para esta población, la prisión domiciliaria y otras medidas menos lesivas deben ser contempladas por el Ministerio Público Fiscal como opciones viables y necesarias, a fin de evitar la vulneración de sus derechos humanos fundamentales.

Para ello, se examinará el marco normativo vigente, el impacto del Decreto 61/2025, la situación de las personas trans en contexto de encierro, el tratamiento judicial de la prisión preventiva en personas trans y el rol de la discriminación estructural en la toma de decisiones judiciales. Finalmente, y de forma ilustrativa, se analizará la situación de Gabriela Nahir Fernández.

2. Marco teórico y conceptual

Previo a analizar la situación de las personas trans en contextos de encierro carcelario, resulta necesario conocer el marco normativo vigente que protege sus derechos. Pues solo a partir de un conocimiento profundo de estas normativas, así como de su efectiva implementación, podrá realizarse un juicio de valor respecto de la necesidad, o no, de readecuar normas e instituciones al ordenamiento jurídico vigente. Del mismo modo, permitirá cuestionar y replantear prácticas judiciales que, en muchos casos, reproducen lógicas cisnormativas y excluyentes.

a. El derecho a la identidad de género en Argentina

La Ley 26.743², sancionada el 9 de mayo de 2012, marcó un hito en la historia de los derechos de las personas travestis y trans en Argentina, al reconocer explícitamente el derecho a la identidad de género autopercibida.

Este avance legislativo impulsó un cambio de paradigma, inaugurando una era posgenérica orientada al reconocimiento del derecho humano a la libre expresión de género y a la promoción de una ciudadanía plena. En particular, significó un paso fundamental para las personas trans, quienes hasta entonces habían sido segregadas, marginadas, patologizadas y excluidas, viéndose imposibilitadas de ejercer plenamente sus derechos.

En su artículo 1º, establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su personalidad conforme a esta, y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género. En particular, garantiza el derecho a ser identificada en todos los documentos oficiales según el nombre de pila, la imagen y el género con los que se autopercibe, sin que el sexo asignado al nacer sea en modo alguno relevante, lo que representó un avance significativo en la protección de la dignidad de las personas trans.

Por su parte, el artículo 2º define la identidad de género -en consonancia con los Principios de Yogyakarta-, como “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo*”. A su vez, reconoce que esta identidad puede implicar modificaciones en la apariencia o en la función corporal mediante medios farmacológicos, quirúrgicos u otros, siempre que estas decisiones sean libremente escogidas por cada individuo. Finalmente, protege otras formas de expresión de género, tales como la vestimenta, el modo de hablar y los gestos, asegurando un reconocimiento amplio de la diversidad de experiencias y manifestaciones del género.

Como se advierte, la Ley 26.743 adoptó un enfoque basado en la autodeclaración de la identidad de género, dejando atrás el modelo de enjuiciamiento externo y compulsivo, caracterizado por la judicialización y patologización de las identidades. Este cambio de paradigma representó un avance en el reconocimiento de la autonomía de las personas trans, eliminando la necesidad de intervención médica o judicial para el ejercicio de su derecho a la identidad.

b. Dimensiones del derecho a la identidad de género

Conforme a la Ley 26.743, el derecho a la identidad de género se compone de tres dimensiones fundamentales: i. el reconocimiento de la identidad de género autopercibida; ii. el derecho al libre desarrollo de la personalidad en consonancia con dicha identidad; y iii. el derecho a ser tratada de acuerdo con esta identidad de género en todos los ámbitos de la vida³:

i. El reconocimiento de la identidad de género implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la expresa o sienta. Este reconocimiento,

² Ley 26.743, 2012. Ley de Identidad de Género.

³ Litardo, 2018.

impone la obligación de no discriminar, desvalorizar, humillar o sojuzgar a ninguna manifestación o expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia impuestos por el sistema de opresión cisnormativista.

Asimismo, este aspecto dota de capacidad jurídica a sujetos con derecho a demandar prestaciones que la ley impone (por ejemplo, prestaciones médicas). Es la expresión del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, que comprende el máximo disfrute de tal capacidad en todos los aspectos de la vida en la diversidad de identidades de género y el respeto sustancialmente a la autodeterminación y libertad individual. Una interpretación favorable y respetuosa de la ley dispone que los actos ligados con la identificación registral, el acceso a los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de afirmación de género *no son obligatorios o condicionantes entre sí*.

En síntesis, el primer aspecto implica que el Estado y los agentes no estatales tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger la identidad de género declarada por cada persona (incluido los/as niños/as y adolescentes). Circunstancia que evidencia que la identidad de género es una cuestión declarativa antes que una prescripción médico legal.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el reconocimiento de la identidad de género implica el derecho de las personas a ser reconocidas y tratadas de acuerdo con la identidad de género con la que se autoperciben, lo que se encuentra intrínsecamente vinculado con la dignidad humana y la protección contra la discriminación. En este sentido, ha sostenido que las personas trans tienen derecho a modificar sus documentos oficiales (como el DNI, pasaporte, etc.) para que reflejen su identidad de género sin requerir intervenciones quirúrgicas ni otros requisitos médicos o legales excesivos.

A su vez, en diversas opiniones consultivas y sentencias⁴, afirmó que la autodeterminación de género constituye un componente esencial de la autonomía personal, así como del derecho a la igualdad y la no discriminación. Este principio es crucial para garantizar que las personas trans puedan vivir conforme a su identidad de género, sin que el Estado ni la sociedad impongan barreras o restricciones externas a su voluntad.

A raíz de ello, el reconocimiento de la identidad de género implica que los Estados deben crear un marco legal y administrativo adecuado para que las personas trans puedan acceder a servicios de salud, educación y empleo sin sufrir discriminación alguna.

En idéntica línea de pensamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) abogó por la creación de mecanismos legales que faciliten la actualización de la identidad de género en los registros civiles y otros documentos oficiales, sin imposición de trámites costosos o complicados⁵.

A su vez, mencionó que el reconocimiento de la identidad de género implica el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas trans, en consonancia con el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que todas las personas son titulares de derechos y pueden ejercerlos. Esto supone que las personas trans deben ser reconocidas tanto por la sociedad como por el Estado, garantizando no solo el goce de sus derechos, sino también su ejercicio efectivo, la

⁴ CorteIDH, 2019.

⁵ CIDH, 2015, párr. 52.

posibilidad de reclamarlos y, principalmente, el derecho a actuar conforme a su identidad de género.

ii. El libre desarrollo personal se corresponde, en primer lugar, con los mecanismos que la Ley 26.743 y sus normas complementarias establecen para garantizar el acceso libre, no patologizante, integral y actualizado a las prestaciones de salud necesarias para afirmar o expresar el género sentido por cada persona.

De este modo, el desarrollo personal se sustenta en un modelo de atención sanitaria antipatologizador, que implica que las personas trans no deben acreditar ningún diagnóstico de trastorno de identidad sexual, disforia de género o incongruencia de género para acceder a tratamientos hormonales y/o intervenciones de afirmación de género, ya sean totales o parciales.

Así, la ley prioriza la autonomía de la voluntad por sobre los criterios de medicalización patologizante, heterónomos y compulsivos, respaldados históricamente por catálogos de diagnósticos internacionales como la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la OMS y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) de la APA. El marco legal vigente jerarquiza la potestad del sujeto en la toma de decisiones sobre su identidad de género, garantizando el respeto a su autodeterminación sin la imposición de diagnósticos médicos que operen como barreras de acceso a sus derechos.

En esta línea, la Secretaría de Prevención y Promoción de la Salud de Córdoba elaboró el Programa provincial de acceso a la salud integral de la población LGBTTTIQ+, cuyo objetivo principal es garantizar a esa población el libre acceso a servicios de salud integrales, permanentes, idóneos, actuales, no patologizantes, en consonancia con el paradigma legal vigente en materia de derechos humanos, diversidad sexual, de género y corporal

En segundo lugar, el libre desarrollo de la personalidad abarca otros aspectos fundamentales asociados con la salud, tales como la asistencia y monitoreo permanente, el acceso a derechos básicos como la alimentación, la vivienda y el trabajo, la protección de los derechos reproductivos y la prohibición del uso no consentido de técnicas de esterilización basadas en pautas eugenésicas.

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General n° 14, interpretó el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención médica oportuna y apropiada, sino también sus principales determinantes. Entre estos, se incluyen el acceso al agua potable, la vivienda digna, condiciones laborales saludables y un ambiente adecuado. Aclarando que la transversalidad de estos factores debe guiar la interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impactan directamente en el acceso a servicios de salud y otras garantías sociales, perpetuando barreras de discriminación que obstaculizan el acceso pleno a una vida digna y saludable.

iii. Finalmente, el derecho de toda persona a ser tratada conforme a su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los documentos que acrediten su identidad, se desdobra en dos partes: primero, asociado con el buen trato, como extensión del reconocimiento aún sin identificación registral o corporal del género. El art. 12 lo expresa de la siguiente manera:

«[...] deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes que utilicen un nombre de pila distinto al consignado

en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio tanto en los ámbitos públicos como privados [...]».

En segundo lugar, se refiere al régimen identificatorio de la identidad de género, es decir, a la inscripción registral. Sobre ello, el artículo 3 establece que «[...] toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida», exigiéndose como único requisito la libre expresión de voluntad de la persona interesada, vedando otras exigencias fuera del texto legal o impuestas por los registros. Al respecto, el artículo 4 *in fine* señala que «[e]n ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico».

Esta interpretación del texto legal se encuentra en plena sintonía con lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que ha reafirmado en múltiples oportunidades que el derecho a la identidad de género es un derecho fundamental, intrínsecamente ligado al reconocimiento de la dignidad humana y a la autonomía personal. Su protección no sólo permite que cada persona sea identificada conforme a su identidad autopercebida, sino que además constituye un pilar esencial para el acceso y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, la educación, el trabajo y la participación plena en la sociedad, garantizando así la igualdad y la no discriminación⁶.

La CIDH ha enfatizado que negar o restringir el reconocimiento de la identidad de género constituye una forma de discriminación que vulnera principios esenciales del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el principio de igualdad y no discriminación. Además, señaló que el reconocimiento del derecho a la identidad de género implica la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y administrativas que permitan la adecuación de los registros y documentos de identidad sin requisitos patologizantes ni procedimientos que impongan cargas desproporcionadas.

También destacó que la protección de la identidad de género es un componente esencial del derecho a la vida privada y a la integridad personal. En este sentido, afirmó que cualquier forma de negación o desconocimiento, incluyendo el uso deliberado de nombres o pronombres incorrectos (*misgendering*), constituye una violación de los derechos humanos, al generar situaciones de exclusión, violencia y marginación que afectan gravemente la vida de las personas trans.

En consecuencia, el derecho a la identidad de género no se limita a la mera adecuación registral, sino que se extiende al pleno ejercicio del resto de los derechos humanos, exigiendo una protección integral. Esto implica garantizar condiciones materiales que permitan el desarrollo de las personas trans en igualdad de oportunidades. Para ello, es fundamental la implementación de políticas públicas que aseguren el acceso a la

⁶ CIDH, 2015.

educación sin discriminación⁷, el reconocimiento efectivo de sus derechos laborales⁸ y la protección contra la violencia de género y los crímenes de odio⁹.

Por lo tanto, el reconocimiento y respeto de la identidad de género de las personas, no solo es un derecho en sí mismo, sino que opera como un requisito indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales, siendo responsabilidad de los Estados adoptar medidas concretas para garantizar, en condiciones de igualdad, su ejercicio pleno y efectivo.

En síntesis, lo que la ley busca garantizar con el reconocimiento de este derecho es el libre desarrollo del género, más allá de la imposición de binomios que responden a la lógica del sistema de opresión cisnormativo¹⁰. De este modo, se pretende trascender las estructuras normativas que limitan la expresión de la identidad de género, asegurando no solo el derecho a ser, sino también el derecho a existir plenamente, sin ser sometido a la violencia simbólica ni a la discriminación sistemática que impone el sistema cisnormativo.

c. Derechos de las personas trans privadas de su libertad

Para abordar adecuadamente el tema de los derechos de las personas trans privadas de libertad, es fundamental reconocer que, a pesar de la restricción de su derecho a la libertad ambulatoria, estas personas siguen siendo titulares de todos los derechos fundamentales que les corresponden como tal. Esto implica que, más allá de su encarcelamiento, deben gozar de las mismas garantías que cualquier otra persona en cuanto a su dignidad, trato humano y respeto a su integridad física y psíquica.

En este sentido, tanto la normativa nacional como internacional han establecido estándares mínimos para la protección de los derechos humanos de este colectivo dentro de los establecimientos penitenciarios expidiéndose particularmente en relación a las personas que se encuentran alojadas en calidad de procesadas, con el objetivo de garantizar que no sufran tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que sus condiciones de detención sean dignas y respetuosas de su humanidad para no convertirse en verdaderas penas anticipadas

i. *Estándares internacionales*

A nivel internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos¹¹, más conocidas como Reglas de Mandela, es uno de los instrumentos clave para garantizar el respeto de los derechos humanos dentro de las prisiones.

Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en 2015, estas reglas destacan la importancia de principios como la dignidad, el trato humano y la rehabilitación de las personas detenidas como fin esencial de la medida. En este contexto, no solo prohíben expresamente los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino que también abogan por

⁷ Ley 26.150 que creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI).

⁸ La Ley N° 27.636 de Acceso al Empleo Formal para personas Travestis, Transexuales y Transgéneros "Diana Sacayán-Lohana Berkins" establece un cupo mínimo de 1% de los cargos y puestos del Estado Nacional para esta población. Su objetivo es que travestis y trans puedan acceder a un trabajo formal en condiciones de igualdad con las personas cis.

⁹ UFEM, 2018.

¹⁰ Sagen, 2023.

¹¹ Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela)*. Asamblea General de las Naciones Unidas.

la separación de los reclusos según criterios específicos, como el género, la orientación sexual y la identidad de género, con el fin de garantizar que todas las personas detenidas sean tratadas con el respeto debido a su identidad y condición.

La Regla n° 1 establece que, todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

La Regla N° 2 consagra el principio de igualdad, y con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, establece que las administraciones penitenciarias deberán tener en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, las que no se considerarán discriminatorias.

Finalmente, la Regla 7 menciona que las personas deberán ser tratadas conforme a la identidad de género con el que el/la propio/a recluso/a se identifique y alojados/as –en la medida de lo posible- en unidades penitenciarias que respeten dicha identidad, con el fin de prevenir cualquier forma de violencia, discriminación o abuso. Además, la normativa garantiza que las personas puedan acceder a atención médica especializada, incluyendo tratamientos hormonales y psicológicos, sin que existan barreras discriminatorias para acceder a estos servicios dentro de los centros penitenciarios.

De manera complementaria, los Principios de Yogyakarta, adoptados en 2006, proporcionan un marco detallado para la aplicación del derecho internacional en materia de orientación sexual e identidad de género. En el contexto de las personas trans privadas de libertad, destacan los Principios 7, 9 y 10, que establecen garantías fundamentales para prevenir la discriminación, la violencia y los tratos crueles, inhumanos o degradantes dentro del sistema penitenciario.

En efecto, el Principio 7 establece que ninguna persona debe ser privada arbitrariamente de libertad debido a su identidad de género u orientación sexual. Paralelamente, obliga a los Estados a adoptar medidas claras para prevenir la violencia y la discriminación en los centros penitenciarios.

Por su parte, el Principio 9 asegura el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, reconociendo que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona.

A su vez, establecen obligaciones clave para los Estados, entre ellas, evitar que la detención incremente la marginación o exponga a las personas a riesgos de violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales. También exigen garantizar el acceso a atención médica y consejería especializada acorde a las necesidades de cada persona, incluyendo salud reproductiva, VIH/SIDA, terapia hormonal y tratamientos para la reasignación de género, si así lo desean.

Además, reconoce el derecho de las personas privadas de libertad a participar, en la medida de lo posible, en la decisión sobre su lugar de detención, considerando su orientación sexual e identidad de género. Para ello, los Estados deben implementar medidas de protección específicas para quienes sean vulnerables a la violencia,

asegurando que dichas medidas no impliquen restricciones adicionales a sus derechos en comparación con la población carcelaria general. En este sentido, las visitas conyugales deben garantizarse en igualdad de condiciones, sin discriminación por sexo o género de la pareja.

Finalmente, impone la obligación de desarrollar programas de capacitación y sensibilización para el personal penitenciario y demás funcionarios del sector público y privado involucrados en los establecimientos penitenciarios, promoviendo el respeto a los derechos humanos, la igualdad y la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

El Principio 10 reconoce el derecho de todas las personas a no ser sometidas a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo aquellos motivados por su orientación sexual o identidad de género. Señalando que, para garantizar este derecho, los Estados deben adoptar medidas legislativas y administrativas eficaces para prevenir estas prácticas, prohibiendo su incitación y asegurando la protección de las víctimas.

Asimismo, deben establecer mecanismos para identificar a las víctimas de torturas y malos tratos vinculados a la orientación sexual o identidad de género, garantizando el acceso a recursos adecuados, incluidas reparaciones, compensaciones y asistencia médica y psicológica.

Para concluir, el principio exige la implementación de programas de capacitación y sensibilización dirigidos a fuerzas de seguridad, personal penitenciario y otros funcionarios públicos, con el objetivo de prevenir y erradicar la violencia y el trato degradante contra personas LGBT.

Una década después, con la adopción de los “Principios de Yogyakarta +10”, se reforzaron y ampliaron las disposiciones originales para garantizar una mayor protección de los derechos de las personas trans en contextos de encierro. En particular, el Principio 9 establece el derecho de las personas trans privadas de libertad a ser alojadas en unidades penitenciarias que respeten y reconozcan su identidad de género autopercebida, evitando asignaciones arbitrarias que las expongan a situaciones de violencia, discriminación o tratos degradantes. Esta disposición busca contrarrestar las prácticas institucionales que, bajo criterios binarios y cisnormativos, han derivado históricamente en la vulneración sistemática de los derechos de las personas trans dentro del sistema penitenciario.

Además, reafirmó el derecho de las personas trans privadas de libertad a acceder a tratamientos médicos y hormonales adecuados a su identidad de género sin restricciones indebidas, garantizando su provisión en tiempo oportuno y bajo estándares de atención médica adecuados. Esto implica que los Estados deben asegurar la disponibilidad de tratamientos de afirmación de género, incluyendo terapia hormonal y atención médica especializada, sin que el acceso a estos servicios dependa de criterios discrecionales o de valoraciones médicas que desconozcan la identidad autopercebida.

En resumen, tanto las Reglas de Mandela como los Principios de Yogyakarta proporcionan un marco normativo clave para la protección de los derechos de las personas trans en contextos de encierro carcelario. Estas normas defienden el respeto hacia la orientación sexual e identidad de género de las personas detenidas, promoviendo un trato acorde con su identidad, garantizando el acceso a servicios de salud adecuados, incluidos tratamientos hormonales, sin discriminación alguna. Además, subrayan el derecho al libre desarrollo de la personalidad, permitiendo que cada persona pueda vivir

libremente y expresarse de acuerdo con su identidad de género sin restricciones o imposiciones externas.

ii. Normativa local

Desde una perspectiva que pretende ser neutral en términos de género, la legislación nacional establece un marco jurídico orientado a garantizar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Sin embargo, en la práctica, su aplicación evidencia desigualdades estructurales que afectan especialmente a las personas trans en contextos de encierro¹².

En primer lugar, la Constitución Nacional, en su artículo 18, dispone que las cárceles deben ser “sanas y limpias”, con el propósito de garantizar condiciones dignas de detención y evitar cualquier forma de castigo adicional a la privación de libertad. Este principio se basa en el respeto a la dignidad humana de quienes se encuentran en situación de encierro, constituyendo un pilar esencial para la protección de los derechos humanos. Además, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) refuerzan el compromiso del Estado argentino de garantizar que las personas privadas de su libertad no sean sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que sus derechos fundamentales sean plenamente respetados. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, enfatiza que toda persona en situación de detención debe ser tratada con dignidad, en estricta conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, con pleno respeto a su integridad personal y con todas las garantías inherentes a sus derechos fundamentales¹³.

Inspirada en este mandato constitucional, la Ley 24.660 busca garantizar que la ejecución de la pena respete la dignidad humana, promueva la reinserción y esté sujeta a un permanente control judicial, en cumplimiento de los principios constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos. A tal fin, regula el tratamiento penitenciario bajo el sistema de la progresividad y establece derechos para las personas detenidas, tales como el acceso a servicios de salud (física y psicológica), educación y trabajo. Sin embargo, su implementación efectiva presenta serias deficiencias con relación a las personas LGBT y, en especial, con las personas trans. En este sentido, informes del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura y de organizaciones de derechos humanos han documentado que esta minoría sufren violencia sistemática, aislamiento forzoso y la negación de tratamientos hormonales, demostrando la persistencia de prácticas discriminatorias en los centros penitenciarios¹⁴. En este sentido, el Centro de Estudios Legales y Sociales, informó al Comité contra la Tortura que la situación de las personas travestis y trans detenidas en cárceles, comisarías y alcaldías en Argentina era muy preocupante debido a la alta vulneración de sus derechos y los casos de tortura y malos tratos que se han constatado en distintas provincias, en particular en la Provincia de Buenos Aires¹⁵.

¹² Para más información ver “*Personas travestis y trans privadas de su libertad en el servicio penitenciario federal informe sobre las condiciones de vida*” Informe sobre las condiciones de vida. Procuraduría de Violencia Institucional. Disponible en: www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2024/04/Personas-travestis-y-trans-privadas-de-su-libertad-en-el-servicio-penitenciario-federal.pdf

¹³ CIDH, 2011, párr. 73.

¹⁴ Procuración Penitenciaria de la Nación, 2014.

¹⁵ CELS, 2017, pág. 12.

3. Discordancias entre la Ley 24.660 y la Ley 26.743

Al realizar un análisis interseccional con perspectiva de género, se observa una discordancia significativa en términos de derechos entre la Ley 24660 (Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad) y la Ley 26.743 (Identidad de Género).

La Ley 26.743, reconoce el derecho de las personas trans a ser tratadas conforme a su identidad de género sin la necesidad de cumplir requisitos médicos, administrativos o judiciales, lo cual constituye un avance crucial en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Sin embargo, la Ley 24.660, sancionada en 1996, sigue regida por un enfoque cisnormativo¹⁶ que no contempla las particularidades de las identidades de género diversas, creando un vacío legal que afecta negativamente a las personas trans dentro del sistema penitenciario. Esta situación genera una grave vulnerabilidad para las personas trans privadas de libertad -tanto procesadas como condenadas-, al exponerlas a violencia institucional, estigmatización y exclusión dentro del sistema carcelario, en lugar de contribuir a su resocialización.

La falta de un enfoque normativo que respete y reconozca la identidad de género de las personas trans se refleja en la inexistencia de espacios carcelarios adecuados para su alojamiento y en la escasa capacitación de los operadores judiciales y penitenciarios sobre el tema¹⁷.

De este modo, el sistema penal y penitenciario exacerba la violencia institucional, que comienza con los procesos de criminalización selectiva por parte de las fuerzas policiales (v.gr. la persecución de las "narcotravestis"¹⁸) y continúa con la invisibilización de sus cuerpos y vidas dentro de los penales¹⁹. En este sentido, la CIDH subrayó que las mujeres trans y travestis detenidas suelen ser sometidas a prácticas vejatorias como requisas humillantes, falta de atención médica, discriminación, insultos, agravios, golpes y torturas²⁰ de manera desproporcional con relación al resto de la población carcelaria. Estas condiciones se agravan por el aislamiento social, ya que pocas reciben visitas de familiares o pares, dejándolas expuestas a experiencias carcelarias marcadas por la soledad, la falta de contención, la desprotección y el abandono absoluto.

En este contexto, el Decreto 61/2025 agrava aún más la situación de las personas trans, al establecer restricciones que contradicen de manera explícita los avances en materia de derechos humanos, reforzando el enfoque cisnormativo que ya estaba implícito en la Ley 24.660.

Esta alarmante realidad demanda la actualización del marco normativo de la Ley 24.660 para incorporar un enfoque de género que reconozca las identidades trans y no binarias, garantizando su protección contra la violencia y ofreciendo un tratamiento que se ajuste a sus derechos humanos, conforme a los estándares internacionales. De no llevarse a cabo esta reforma, la ley corre el riesgo de seguir siendo un instrumento que,

¹⁶ Este modelo no contempla la diversidad de identidades de género y orientaciones sexuales más allá de la dicotomía hombre-mujer heterosexual.

¹⁷ Procuración Penitenciaria de la Nación. La situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/La%20situaci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20personas%20LGBTI%20en%20las%20c%C3%A1rces%20del%20Servicio%20Penitenciario%20Federal.pdf>

¹⁸ Ver: TOF N° 8 "Causa N° 15 (8025/2013)" CFP 8025/2013/TO1 del 06/07/2022.

¹⁹ Radi y Pecheny, 2018.

²⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, 2016.

lejos de promover la resocialización, refuerza la discriminación y la violencia institucional que sufren las personas trans en el sistema penitenciario.

a. Impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 61/2025

El Decreto n° 61/2025 establece que las personas privadas de su libertad serán alojadas en unidades penitenciarias conforme al sexo que figura en su partida de nacimiento al momento de la comisión del delito, sin posibilidad de solicitar un traslado basado en una identidad de género diferente a la registrada en dicho documento con posterioridad a su encarcelamiento. De esta manera, restringe la posibilidad de que las personas trans sean reubicadas en establecimientos penitenciarios acorde con su identidad de género autopercibida, a menos que hayan realizado el cambio registral previo al hecho delictivo que determinó su alojamiento, independientemente de que se trata de personas procesada o condenada.

Este dispositivo, al legitimar prácticas cisnormativas, contraviene de manera explícita los principios establecidos en la Ley N° 26.743 de Identidad de Género la cual, reitero, garantiza el derecho de toda persona *a ser tratada* conforme a su identidad de género, sin necesidad de cumplir con requisitos adicionales. En particular, infringe su artículo 13, que establece:

«Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo».

A raíz de ello, el Decreto debe interpretarse como una vulneración del derecho a la autodeterminación de género, reconocido tanto por la Ley N° 26.743 como por los estándares internacionales de derechos humanos, pues condiciona a las personas trans a cumplir con requisitos adicionales no contemplados por la legislación vigente, disminuyendo su autonomía y sometiendo su identidad a parámetros externos, reforzando prácticas discriminatorias que perpetúan la violencia institucional contra las personas trans, someténdolas a condiciones de encarcelamiento que no respetan su dignidad humana.

El respeto a la identidad de género en los establecimientos penitenciarios no es un tema menor ni accesorio, pues impacta directamente en la posibilidad real de esta minoría, de acceder a condiciones de detención compatibles con la dignidad humana²¹. La imposición de un alojamiento basado en el sexo asignado al nacer expone a las personas trans a situaciones de extrema vulnerabilidad, violencia y discriminación²², lo que convierte su alojamiento provisorio en una pena cruel, inhumana, degradante y, en el caso de las procesadas, anticipada. Además, refuerza dinámicas de segregación y exclusión que obstaculiza su acceso a programas educativos, laborales y de salud

²¹ Bissutti, 2019, págs. 1-23.

²² En su Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (2015), la CIDH observó que las personas LGBT se encuentran en el último escalafón de la jerarquía informal en los centros de detención, lo que da a lugar a una discriminación doble o triple, y son sometidas de manera desproporcionada a actos de torturas y otras formas de malos tratos. Asimismo, advirtió que las personas LGBT privadas de libertad enfrentan un riesgo mayor de violencia sexual, así como de otros actos de violencia y discriminación, a manos de otras personas privadas de libertad o del personal de custodia. Véase CIDH, 2015, párrs. 145 y 148.

adecuados a sus necesidades y profundizan las barreras para su integración social al momento de recuperar la libertad

4. Gabriela Nahir Fernández

Gabriel Fernández fue condenado por un delito de violencia de género y, durante el cumplimiento de su condena, en 2018, adoptó una nueva identidad de género, pasando a llamarse Gabriela Nahir Fernández. Tras la rectificación registral, fue trasladada al pabellón femenino del establecimiento penitenciario de Bouwer, en la provincia de Córdoba. Posteriormente, fue imputada de haber abusado sexualmente de una compañera de celda. En este contexto, un fallo judicial ratificó su prisión preventiva y ordenó su traslado a una celda individual, sin contacto con otras personas privadas de libertad, argumentando que “para proteger sus derechos se vulneraron o pusieron en riesgo los derechos de 481 mujeres”. En esta línea, la Cámara de Acusación de Córdoba sostuvo que el caso constituye un “supuesto contrario” al previsto por la normativa, en tanto, según su criterio, la autopercepción de género habría sido utilizada para aprovecharse de otras internas en un entorno carcelario que carece de medidas adecuadas para abordar este tipo de situaciones.

a. Hechos, tratamiento mediático y legitimación presidencial

En noviembre de 2024, una noticia se apropió de los tabloides al ser presentada con un titular sensacionalista que podría resumirse en: “*Presa que cambió de género violó y embarazó en la cárcel a una compañera*”.

En un contexto donde los discursos de odio proliferan, los términos utilizados para transmitir la noticia no solo desinformaron, sino que reforzaron prejuicios y estigmas contra la comunidad trans y no binaria. Lo más alarmante fue que esta narrativa no se limitó al ámbito mediático o digital, sino que –como se adelantó- recibió legitimación institucional desde la Presidencia de la Nación.

El tratamiento mediático, impulsado (conscientes o no) por la cisnorma, invisibilizó aspectos clave. En primer lugar, que la persona acusada, Gabriela Anahí Fernández, no se identifica ni como varón ni como mujer, sino como una persona de género no binario, lo que desmonta la narrativa simplista con la que se pretendió reducir el caso a una cuestión de “hombres infiltrados en cárceles de mujeres”. Además, se ignoró que sexo, género y orientación sexual son categorías distintas, favoreciendo una construcción binaria y biologicista que no se condice con la realidad de las identidades trans y no binarias²³.

Más grave aún fue el uso del caso como una excepción convertida en regla. Sin que existieran pruebas concluyentes sobre el delito contra la integridad sexual que se le imputa a Fernández, y echando mano al empleo de la falacia en la composición, el episodio fue utilizado como fundamento para generalizar la falsa idea de que la inclusión de personas trans y no binarias en cárceles de mujeres representa un peligro inminente y sistemático para los derechos de las mujeres cisgénero. De este modo, la excepción se transformó en una herramienta para justificar discursos y políticas que buscan restringir o revertir los

²³ Monasterolo, 2024.

derechos adquiridos por las personas trans en materia de identidad de género y acceso a espacios acordes a su autopercepción.

El relato no solo distorsionó los hechos, sino que sirvió como estrategia política para afianzar una narrativa de criminalización y sospecha hacia la comunidad trans que buscó instalar la idea de que el reconocimiento de sus identidades pone en riesgo a las mujeres cisgénero, cuando en realidad las estadísticas no respaldan dicha afirmación²⁴.

De este modo, el caso de Fernández se convirtió en un insumo discursivo para fortalecer la agenda de sectores reaccionarios que buscan restringir derechos y perpetuar la exclusión de las personas trans y no binarias, consolidando una falsa asociación entre identidades de género diversas y criminalidad, legitimando así políticas discriminatorias bajo el pretexto de “proteger” a ciertos sectores de la población a los que, con decisiones similares²⁵, también vulnera.

b. Tratamiento jurídico y lugar de alojamiento²⁶

Dado que el caso de Fernández puede ser analizado desde diversas perspectivas, centraré la atención en la situación procesal de Gabriela Nahir Fernández, cuya privación de la libertad preventiva motivó que la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba dictara el *obiter dictum* con respecto a su lugar de alojamiento.

Previo a ello, resulta necesario aclarar que la causa llegó a los estados del Tribunal de Alzada debido al recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública del 29° Turno, Alfonsina Muñiz, en su carácter de abogada defensora de la imputada Gabriela Nahir Fernández, contra el Auto n° 201, de fecha 23/07/24, que rechazó la oposición al requerimiento de citación a juicio, en el cual el Ministerio Público Fiscal acusó a Fernández de haber cometido delitos contra mujeres cis con las que tuvo una relación de pareja en un contexto de violencia de género.

En sus agravios, la defensa centró su teoría del caso en los derechos que la Ley 26.734 le acuerda a su asistida, comenzando por señalar que resultaba erróneo el razonamiento seguido por el juez de control al considerar correcta la subsunción de la conducta imputada (lesiones leves) bajo la agravante del art. 80, inc. 11, del Código Penal pues la misma se refiere a los hechos ocurridos en un contexto de violencia de género de un varón hacia una mujer. A continuación, la defensa argumentó que la investigación planteaba dudas sobre la identidad de género de Fernández, reduciéndola a una mera postura exculpatoria, omitiendo que la identidad de género es un rasgo inherente a su persona. Esta postura, según la defensa, tuvo como fin encuadrar la conducta en el tipo legal agravado. Además, se refirió a la violencia institucional al intentar probar la autenticidad de la autopercepción de género de Fernández. Y en un segundo aspecto, cuestionó la falta de mérito con relación a uno de los hechos atribuidos a su asistida. Como se advierte, la defensa no cuestiona el vínculo sentimental (relación de pareja) entre su asistida y la presunta víctima –cuya agravante concurriría idealmente con el inc. 11 del art. 80 conforme lo establece el art. 92–, sino que exige que se le reconozca su identidad

²⁴ Ludueña, 2025.

²⁵ A modo de ejemplo, ver Decreto 11/2023, mediante el cual el Gobierno de Milei eliminó el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. Boletín Oficial de la República Argentina. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/300730/20231211>

²⁶ Véase Cámara de Acusación de Córdoba, AI N° 445 “F.G.N. p. ss. aa. Privación ilegítima de la libertad, etc.” (Expte. SACM n° 8203392) del 31/10/2024.

de género, la que le es negada implícitamente al subsumir las conductas que se le endilgan en un supuesto penal pensado para ser aplicado en relaciones de poder y subordinación entre un varón y una mujer que develan un contexto de violencia de género.

No obstante, el recurso fue desestimado en su totalidad por la Cámara de Acusación, lo que refleja, a pesar de los esfuerzos argumentativos, estereotipos de género que afectan negativamente a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género disidentes, al poner en duda la identidad de género de la imputada.

Por otro lado, afecta el principio del *in dubio pro reo* como derivado del principio de inocencia de raigambre constitucional pues, aun en el supuesto de que Fernández hubiera ejercido los derechos reconocidos por la Ley 26.743 en fraude a la ley, la incertidumbre respecto de su identidad de género debió resolverse en su favor, independiente del hecho de que las presuntas víctimas fueran mujeres cis con quienes pudo haber mantenido una relación de pareja. La Ley 26.743 impone al Estado y, por ende, a los operadores jurídicos, la obligación de respetar la identidad de género de las personas sin cuestionarla ni someterla a valoración subjetiva. En consecuencia, la duda del acusador y del juzgador no podría ser utilizada como indicio para justificar la existencia de un contexto de violencia de género cuando el caso no encuadra en dicho supuesto.

Una vez resuelto los agravios que motivaron su intervención, el dilema que enfrentó el Tribunal consistió en determinar el lugar adecuado para alojar a Fernández durante su prisión preventiva. Esto, debido a que la solución debía respetar, de manera integral y simultánea, tanto los derechos y garantías reconocidos a la imputada por la Ley de Identidad de Género como los de la población penitenciaria femenina cisgénero con la que compartiría los espacios carcelarios.

Tras repasar el marco normativo vigente, el Tribunal de Alzada destacó que ni la Legislación Provincial N° 8878 ni la Ley Nacional 24.660, ofrecen una solución adecuada para abordar situaciones como la de Fernández²⁷ que aseguren, en pie de igualdad, sus derechos según la Ley 26743 y la seguridad tanto de la población carcelaria como la de ella misma, si fuera alojada en un establecimiento penitenciario destinado a varones.

En este sentido, el Tribunal argumentó que la permanencia de Fernández en el Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Máxima Seguridad E.P. N° 6, considerando su historial delictivo y disciplinario, así como la denuncia formulada por una compañera por un supuesto hecho contra su integridad sexual, representaba un riesgo inminente tanto para las 481 internas con las que convivía como para las funcionarias encargadas de su custodia, todas ellas cisgénero. A su vez, reconoció que su traslado a un Establecimiento Penitenciario de Varones, dada su realidad biológica, podría generar una situación problemática en la que Fernández sería la víctima.

Por lo tanto, el Tribunal concluyó que la autoridad judicial que tuviese a disposición a personas como Fernández, debería requerir al Servicio Penitenciario su alojamiento en un lugar totalmente diferenciado²⁸ del resto de la población carcelaria -por provisorio que fuese-, hasta contar con las instalaciones definitivas para su alojamiento adecuado. Toda

²⁷ La norma cis tiene una gran influencia sobre las prácticas e institucionales sociales, de modo tal que la presencia de personas travestis y trans es por lo general abordada como una situación imprevista y de carácter excepcional. Esta presencia, en contextos cisonormativos, genera una suerte de emergencia social porque no están preparados para recibirlas (Radi y Pecheny, 2018, pág. 34).

²⁸ CIDH, Comunicado de Prensa No. 51/13, "CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de libertad", 21 de mayo de 2015.

vez que, cualquier otra alternativa, no resolvería adecuadamente ni la situación de la imputada ni la de la población carcelaria en general.

c. El caso Fernández y su vinculación con el Decreto N° 61/2025

El gobierno de Milei justificó la emisión del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 61/2025 argumentando que buscaba "evitar abusos en el sistema penitenciario" y "proteger la seguridad de las personas privadas de libertad y del personal de seguridad que trabaja con ellas". En el discurso oficial, se sostiene que la medida impediría que individuos "aprovechen" el cambio de identidad de género para acceder a "beneficios" en el régimen carcelario.

Para fundar su decisión, el Gobierno se basó en el caso de Gabriela Nahir Fernández: una persona no binaria, imputada por hechos ocurridos en un contexto de violencia de género en perjuicio de sus exparejas, todas mujeres cisgénero que habrían sucedido antes de su transición de género, lo que llevó –entre otras cuestiones- a que su identidad fuera cuestionada por diferentes operadores y órganos jurídicos en el marco de su proceso penal.

Su posterior traslado a un establecimiento penitenciario exclusivo para mujeres generó un amplio debate mediático y jurídico tras ser imputada por un supuesto delito contra la integridad sexual en contra de una compañera de prisión a quien habría dejado embarazada.

De la mera lectura del decreto, se observa que el hecho fue ampliamente utilizado por el partido de La Libertad Avanza para argumentar en contra del reconocimiento de los derechos penitenciarios de las personas trans, generando una narrativa que –desde la excepción- asoció el acceso de personas trans a espacios carcelarios acordes a su identidad de género con riesgos para el resto de la población penitenciaria.

Desde una perspectiva crítica, se sostiene que los argumentos oficiales no sólo refuerzan una narrativa discriminatoria que asocia a las personas trans con peligrosidad, sino que ignora que, en la realidad, las estadísticas indican que estas personas son mayoritariamente víctimas de la violencia estructural y abuso institucional²⁹.

Además, el Decreto vulnera normas internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Belém do Pará), que obligan al Estado Argentino y, en particular, al sistema judicial y penitenciario, a garantizar un trato digno y no discriminatorio a las personas en contexto de encierro, por la mayor situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Paralelamente, representa un retroceso significativo en las políticas de género y derechos humanos, ya que vulnera los principios consagrados por la Ley de Identidad de Género y desoye las recomendaciones internacionales relativas a la aplicación e interpretación de los derechos humanos de las personas LGBT, como los Principios de Yogyakarta y la jurisprudencia consolidada de la Corte IDH, que promueve el derecho a

²⁹ Bissutti, 2019, págs. 1-23.

un trato respetuoso y conforme a la identidad de género autopercibida de las personas³⁰, especialmente, en contextos de encierro carcelario.

En esta línea, organismos de derechos humanos han alertado que la implementación de este decreto podría empeorar significativamente la situación de vulnerabilidad de las personas trans en el ámbito penitenciario, ya que –en la actualidad– enfrentan niveles elevados de violencia y discriminación que se verían exacerbados por dicho mandato. También se lo ha criticado por estigmatizar a las personas trans y por reforzar una narrativa punitivista en lugar de abordar los problemas estructurales del sistema penitenciario argentino. Finalmente, se indicó que el decreto al carecer de una perspectiva de género, va en contra de los compromisos internacionales asumidos por el país en materia de equidad y derechos humanos³¹.

En este sentido, el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura recordó que “*conforme a los estándares internacionales*”, el Estado Argentino debe cumplir con sus obligaciones específicas garantizando los derechos de este colectivo aún en contexto de encierro. Al respecto, destacó que los órganos encargados de establecer el lugar de alojamiento de una persona privada de su libertad deben considerar, fundamentalmente, la voluntad de las personas privadas de la libertad y no ubicarlas en celdas que puedan significar un peligro para su seguridad.

En relación a ello, señaló que los órganos encargados de establecer el lugar de alojamiento de una persona privada de su libertad, debe considerar fundamentalmente: la voluntad de las personas privadas de la libertad; no ubicarlas en celdas que puedan significar un peligro para su seguridad; no asumir que es apropiado alojar a personas trans de acuerdo a su sexo asignado al nacer; garantizar que no existe discriminación en las condiciones del alojamiento. Asimismo, indicó que no es apropiado alojar a personas trans conforme a su sexo asignado al nacer, sino que debe garantizarse que no exista discriminación en las condiciones del alojamiento, interviniendo un equipo interdisciplinario para determinar racionalmente el alojamiento más digno y adecuado para cada persona, conforme a su autopercepción, sin que ello signifique un agravamiento de las condiciones de detención³².

En conclusión, el Decreto 61/2025 representa un retroceso en el reconocimiento de los derechos de las personas trans en el contexto penitenciario, ya que limita su derecho a ser alojadas de acuerdo a su identidad de género y pone en riesgo su acceso a condiciones de detención seguras y dignas. La implementación de este Decreto podría generar litigios tanto a nivel nacional como internacional, abriendo un nuevo espacio para el debate sobre la necesidad de reformas en el sistema penitenciario argentino, centradas en los derechos humanos y la igualdad de género. Además, según el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, el caso que motivó el Decreto no es una situación

³⁰ CorteIDH, 2021.

³¹ La Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe (ILGALAC) e ILGA Mundo repudiaron al Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2025 del gobierno de Javier Milei para modificar la Ley de identidad de Género. A través de una declaración conjunta, explicaron que ese decreto “*impone graves restricciones al derecho a la identidad de género de las personas trans y no binarias, en particular de jóvenes*”. Además dijo que el otro decreto (61/2025) publicado en el Boletín Oficial en el mismo día, que condiciona la identidad de género de las personas privadas de libertad, “*vulnera la dignidad de las personas trans privadas de libertad*”, resaltando que ambos se realizaron [días después de una enorme marcha del Orgullo antifascista](https://agenciapresentes.org/2025/02/10/ilga-pide-derogar-el-decreto-que-modifica-la-ley-de-identidad-de-genero-ignora-la-evidencia-cientifica-y-expone-a-la-juventud-trans/). Para más información ver nota : <https://agenciapresentes.org/2025/02/10/ilga-pide-derogar-el-decreto-que-modifica-la-ley-de-identidad-de-genero-ignora-la-evidencia-cientifica-y-expone-a-la-juventud-trans/>

³² Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2025.

generalizada y puede abordarse con las herramientas legales ya disponibles sin necesidad de realizar cambios en la normativa.

5. Medidas alternativas a la prisión preventiva para personas trans y no binarias

El caso de Fernández evidencia que el principal problema que enfrentan las personas trans en contextos de encierro en la provincia de Córdoba es la persistencia de un sistema penitenciario que opera bajo una lógica cisnormativa y opresiva, que desconoce la diversidad de identidades de género. Este enfoque no solo contradice los principios fundamentales de la Ley 26.743, sino que también perpetúa la violencia institucional y las discriminaciones estructurales dentro del sistema de justicia penal³³.

En el caso de Fernández, la solución propuesta por la Cámara de Acusación — “alojarla en un espacio diferenciado dentro del complejo carcelario” — evidencia no solo la falta de preparación del Servicio Penitenciario de Córdoba (SPC) para garantizar los derechos humanos fundamentales de las personas trans, sino también la de los propios operadores jurídicos. Si bien la medida sugerida por el tribunal buscaba mitigar los riesgos de violencia tanto para la imputada como para la población carcelaria, no abordó adecuadamente la problemática de fondo, ya que no sólo no garantizó el respeto de los derechos humanos de las personas trans y no binarias, sino que agravó —por más provisorio que sea— sus condiciones de detención —al disponer su aislamiento forzoso en pos de su protección—. Este tipo de soluciones refleja la incomodidad estructural dentro del sistema penitenciario respecto a la identidad de género³⁴, que sigue siendo tratada como un asunto secundario o conflictivo en lugar de un derecho fundamental.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha pedido en particular por un “enfoque diferenciado” con respecto a las personas pertenecientes a grupos en especial riesgo, incluyendo a las personas LGBTI, el cual implica

«[...] considerar las condiciones de vulnerabilidad y factores que pueden incrementar el riesgo de actos de violencia y discriminación en contextos de prisión preventiva” y “a reducir el sometimiento a prisión preventiva mediante la utilización prioritaria de la aplicación de medidas alternativas».³⁵

A raíz de ello, la adopción de medidas alternativas a la reclusión en establecimientos penitenciarios, como la prisión domiciliaria, surge como una opción más respetuosa de la identidad de género de las personas trans y no binarias.

Tal medida reduciría los riesgos de violencia y discriminación en el contexto carcelario, permitiendo que puedan seguir su proceso judicial sin verse obligadas a enfrentarse a condiciones de detención inapropiadas que perpetúan las desigualdades y violaciones a sus derechos fundamentales. Esta alternativa está en línea con las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos, que abogan por la creación de políticas públicas inclusivas que protejan a las personas trans en todas las etapas del proceso penal,

³³ ATP -Asociación para la prevención contra la tortura, 2019, pág. 76.

³⁴ Ortíz, 2020.

³⁵ CIDH, 2017, pág. 146.

promoviendo así la protección efectiva de sus derechos y la reducción de la violencia institucional.

a. Prisión domiciliaria

La prisión domiciliaria, como su nombre lo indica, es una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad -o, en ciertos casos, de una medida cautelar- que se cumple fuera del ámbito carcelario³⁶, ya sea en el domicilio de la persona condenada o en un establecimiento especializado. Por ello, no debe ser confundida con una suspensión de la pena ni con un beneficio procesal otorgado al imputado³⁷.

Como se adelantó, esta modalidad se encuentra contemplada en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad, cuyo objetivo es reducir la aplicación de las penas privativas de libertad, racionalizar el sistema de justicia penal, garantizar el respeto por los derechos humanos y atender a las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado³⁸.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha sostenido que la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino, como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, representa una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución³⁹.

Se trata, en definitiva, de una modalidad atenuada de ejecución de la pena privativa de la libertad que responde al principio de trato humanitario en la ejecución de la pena. Por el mismo motivo, y conforme a lo establecido expresamente por el artículo 11 de la Ley 24.660, esta figura resulta también aplicable a personas procesadas que se encuentran privadas de libertad de manera cautelar.

Considerando todo lo expuesto en relación con la situación de las personas trans privadas de libertad en el sistema penitenciario de Córdoba, puede concluirse que, en casos como el de Gabriela Nahir Fernández, resultaría pertinente evaluar la sustitución de la prisión preventiva en establecimiento carcelario por la prisión domiciliaria. Ello en razón de la situación de extrema vulnerabilidad y riesgo a la que se ve expuesta en un entorno que, tanto desde el punto de vista normativo como ideológico, no garantiza el respeto a su identidad de género, y donde puede —como se ha desarrollado— ser víctima de graves violaciones a sus derechos humanos fundamentales.

b. Viabilidad de la prisión domiciliaria

En la actualidad, el artículo 32 de la Ley 24.660, establece que el Juez de ejecución, o juez competente, *podrá* disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

«[...] a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no

³⁶ López y Machado, 2004, p. 150.

³⁷ Sansone, 2010, p. 831

³⁸ Freedman, 2010, p. 1919.

³⁹ TSJ, Sala Penal, “Tatia” S. n° 95 del 19/04/2020.

correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo, sin expedirse con relación a la situación de las personas con orientación sexual o identidad de género diversas, lo que no sorprende, atento a su estructura binaria y patriarcal».

Como se advierte, ninguno de los supuestos hace referencia a la orientación sexual o identidad de género de las personas. Sin embargo, esta omisión no resulta sorprendente, dado que la Ley 24.660 se estructura bajo la lógica del sistema cisnormativo en lo que, a la organización, la clasificación, el tratamiento, la progresión y la rehabilitación de los internos se refiere.

Esta omisión, lesiona –una vez más– los derechos humanos de las personas trans por constituir una barrera que las somete ilegítimamente a contexto de encierro inadecuados para su identidad, lo que se traduce en un trato indigno, inhumano y cruel.

Desde una perspectiva interseccional de género, que reconoce cómo las diferentes identidades y circunstancias sociales interactúan y afectan la experiencia de opresión, se destaca la importancia de aplicar el principio "*pro homine*" en la resolución judicial de casos que involucran a personas trans privadas de libertad. Este enfoque sugiere que los tribunales deban considerar, incluso de oficio, la posibilidad de disponer la conversión del encierro carcelario por el domiciliario cuando las condiciones carcelarias vulneren gravemente sus derechos humanos fundamentales, particularmente los relacionados con su identidad de género.

En este sentido, la prisión preventiva domiciliaria emerge como una solución viable para superar la vulnerabilidad que enfrentan las personas trans dentro del sistema penitenciario, especialmente debido a la falta de infraestructura que respete su identidad de género lo que, como se adelantó, las expone a riesgos de violencia, discriminación y abusos⁴⁰. En este contexto, la prisión domiciliaria se presenta como una alternativa menos gravosa, respetando el principio de proporcionalidad y garantizando la protección de los derechos humanos fundamentales de esta minoría⁴¹.

Desde una perspectiva constitucional y convencional, la prisión preventiva domiciliaria se justifica por los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Nacional de Argentina, en particular, el artículo 18, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que incluye condiciones carcelarias que atentan contra la dignidad de la persona detenida. También se encuentra respaldada por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que en su artículo 10 establece

⁴⁰ Algunos tribunales han considerado que la especial condición de vulnerabilidad de las personas LGBTI debe ser tomada en consideración al determinar su permanencia en prisión, lo que puede fundamentar la adopción de medidas menos gravosas, como la detención domiciliaria. Cfr. Argentina, Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, Causa No. CFP 10082/2013/TO1/8/CFC1, sentencia de 24 de abril de 2020, págs. 30 a 32. Al respecto, el Manual sobre Reclusos con necesidades especiales señala que “[a]l igual que con el resto, los delincuentes homosexuales, bisexuales y transexuales que hayan cometido delitos no violentos, y que no signifiquen una amenaza para la sociedad deberán beneficiarse de las medidas y sanciones sin custodia, más apropiadas para su reintegración social. En este contexto, las autoridades que dictan sentencia deberán estar conscientes de la extrema vulnerabilidad de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales en los recintos penitenciarios”. (UNODC, 2009, pág. 120).

⁴¹ Ver CIDH, 2015, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2014.

que las personas bajo prisión preventiva deben ser tratadas con humanidad, separadas de los condenados y con condiciones que respeten su dignidad.

Paralelamente, la prisión domiciliaria representa una alternativa que podría evitar situaciones de hacinamiento, violencia estructural y el trato degradante que enfrentan las personas trans en el sistema penitenciario tradicional, sobre todo en cárceles que no consideran la identidad de género de los internos.

De este modo, la ejecución de la medida cautelar se ajusta a los estándares internacionales que promueven el respeto y la no discriminación con relación a la identidad de género a la vez que asegura los fines del proceso que, con su imposición, se pretende salvaguardar.

c. Prisión preventiva. Deberes del Ministerio Público Fiscal. Perspectiva de género y debida diligencia

La reforma introducida por la Ley 10.457 trajo consigo transformaciones sustanciales en el proceso penal de la provincia de Córdoba. Entre los cambios más relevantes se destacan la incorporación del principio de oportunidad, la oralización del procedimiento y la regulación de la suspensión del juicio a prueba. En este nuevo marco, la audiencia de prisión preventiva adquiere un rol central, dado que el actual Código Procesal delega en un tercero imparcial —el juez de control— la decisión sobre la aplicación de la máxima medida de coerción.

La prisión preventiva, como medida cautelar, se encuentra regulada por una audiencia oral, conducida por un tribunal imparcial con facultades para ordenarla, rechazarla o disponer su cese. Esta regulación está prevista en el artículo 336 del Código Procesal Penal, que establece:

«En el término de cinco (5) días a contar desde la declaración del imputado y siempre que concurren las causales del artículo 281 de este Código, el Fiscal, fundadamente, podrá solicitar por escrito al Juez la fijación de una audiencia oral de prisión preventiva.

Al recibir la solicitud del Fiscal el Juez notificará a la defensa del pedido de audiencia. Si dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la defensa no manifiesta fundadamente que el caso justifica una excepción a la oralidad, el Juez fijará día y hora de audiencia. La misma será reservada y se celebrará dentro de los cinco (5) días de presentado el pedido, garantizando los principios de contradicción, inmediación y celeridad.

En la audiencia el Juez dará al imputado la oportunidad de ser oído, con la asistencia e intervención de su defensor. Luego de escuchar a las partes, a quienes sólo podrá formular preguntas aclaratorias, dictará resolución de inmediato, exclusivamente en función de lo alegado en la audiencia [...].»

La norma prevé que, en los cinco días siguientes a la declaración del imputado, el fiscal —cuando considere que existen elementos probatorios suficientes y un riesgo procesal concreto—⁴² deberá requerir al juez de control la realización de dicha audiencia. Este

⁴² CSJN, “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterad” Expte. N° 161.070. Sentencia de fecha 6/03/2014.

diseño procesal tiene por finalidad garantizar los principios de contradicción, intermediación y celeridad, así como limitar el uso arbitrario de la prisión preventiva.

Ahora bien, conforme al ordenamiento jurídico vigente -y, en particular, los principios establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Córdoba-, sus representantes deben actuar con perspectiva de género y debida diligencia en la formulación de su solicitud. Esto implica –entre otras cuestiones- que antes de solicitar la aplicación de la máxima medida de coerción personal, deben justificar no solo su procedencia, sino también el tiempo y el lugar en el que se cumplirá, garantizando que su decisión no implique una vulneración de derechos fundamentales de la persona imputada.

En este sentido, el artículo 281 del Código Procesal Penal de Córdoba establece que la prisión preventiva no debe imponerse cuando existan medidas menos gravosas que garanticen los fines del proceso. Por lo tanto, corresponde al fiscal acreditar la insuficiencia de las alternativas disponibles y justificar, con argumentos objetivos y proporcionados, por qué, en el caso concreto, la prisión domiciliaria sería inadecuada. Aclarando que, conforme a la jurisprudencia inveterada del Máximo Tribunal Provincial, dicha negativa no puede fundarse exclusivamente en dificultades habitacionales de la persona procesada ni en la mera existencia de riesgos procesales, sino que debe basarse en razones objetivas, proporcionadas y debidamente acreditadas.

Paralelamente, y frente a la especial situación de vulnerabilidad que enfrentan las personas trans en contextos de encierro –lo que demanda respuestas estatales ágiles, eficientes, y ajustadas a los estándares de derechos humanos-, el fiscal que la requiera deberá determinar el plazo por el cual solicita su imposición. Ello no obsta a que la medida cautelar deba ser objeto de revisiones periódicas, tal como lo exige el principio de excepcionalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y reafirmado por el Código Procesal Penal de Córdoba. Esto permitiría evitar que las dilaciones y demoras del proceso judicial deriven en una vulneración prolongada de los derechos fundamentales de la persona procesada.

En definitiva, para que el Estado Provincial no incurra en responsabilidad internacional, la aplicación de la prisión preventiva en casos de personas trans debe respetar los estándares constitucionales y convencionales, garantizando un tratamiento compatible con la dignidad humana y evitando que el sistema de justicia reproduzca situaciones de discriminación estructural en el ámbito penitenciario.

6. Consideraciones finales

A pesar de los procesos desarrollados en los últimos años que contemplaron un reconocimiento formal de derechos a persona trans en Argentina, podemos señalar que distintos factores permiten relativizar los avances en esta materia, sobre todo en el ámbito del sistema penal y penitenciario.

El análisis realizado pone de manifiesto las profundas dificultades que atraviesan las personas trans y no binarias dentro del sistema penitenciario de Córdoba, donde las estructuras normativas y operativas aún no garantizan el respeto integral a su identidad de género. Pese al ordenamiento jurídico vigente, se continúan observando prácticas discriminatorias que continúan exponiéndola a situaciones de riesgo, vulnerabilidad y

aislamiento dentro de las cárceles, lo cual vulnera su dignidad y demás derechos humanos fundamentales.

Para peor, el Decreto 61/2025 ha profundizado esta problemática al imponer restricciones que limitan la posibilidad de alojar a las personas trans en unidades penitenciarias acordes con su identidad de género autopercibida, reforzando desigualdades estructurales preexistentes y negando el acceso a condiciones de detención dignas. Casos como el de Gabriela Nahir Fernández evidencian la ausencia de criterios adecuados en la administración de justicia y la necesidad urgente de repensar las medidas de privación de libertad desde un enfoque inclusivo que respete los derechos fundamentales de todas las personas.

En este contexto, resulta imperativo avanzar hacia alternativas a la prisión tradicional, tales como la prisión domiciliaria, que ofrezcan una mayor protección a la seguridad e integridad de las personas trans y no binarias, al tiempo que se desarrollan estrategias a largo plazo para transformar el sistema penitenciario en uno que garantice el respeto y la inclusión. La adopción de medidas como esta sería un paso necesario para cumplir con los estándares internacionales en derechos humanos, promoviendo una justicia más equitativa y respetuosa de la diversidad.

La situación actual exige una revisión profunda y crítica de las políticas vigentes, con el objetivo de construir un modelo de encarcelamiento que no solo respete la diversidad, sino que también proteja a quienes históricamente han sido objeto de marginación y violencia. Sin una transformación profunda en las prácticas y normativas penitenciarias, el riesgo de seguir perpetuando un sistema de exclusión será inevitable, contraviniendo los principios de igualdad y no discriminación que el país ha asumido como compromisos internacionales. Es hora de avanzar hacia un modelo de justicia que realmente garantice la igualdad para todas las personas, sin distinción de identidad de género, promoviendo el respeto, la inclusión y la protección de los derechos humanos de las personas trans y no binarias.

7. Referencias bibliográficas

- ATP - Asociación para la Prevención contra la Tortura. (2019). *Hacia la efectiva protección de las personas LGBTI privadas de libertad: Guía de monitoreo* (p. 76). Ginebra: ATP.
- Bissutti, C. (2019). Muertes anunciadas (des). Atención de la salud de personas travestis y trans en contextos de encierro. *Revista Pensamiento Penal*, 1–23.
- CELS - Centro de Estudios Legales y Sociales. (2017). *Informe sobre el cumplimiento del Estado Argentino de la Convención contra la Tortura* (p. 12). <http://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/05/Informe-alternativo-CAT-2017.pdf>
- CIDH. (1999). *Informe de fondo No. 41/99, Menores detenidos, Honduras* (10 de marzo de 1999).
- CIDH. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*.
- CIDH. (2015a). *Comunicado de prensa No. 51/13. CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBTI privadas de libertad* (21 de mayo de 2015).
- CIDH. (2015b). *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América* (Doc. OAS/Ser.L/V/II.re.2 Doc 36, párr. 52, 12 de noviembre de 2015).

- CIDH. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*(OEA/Ser.L/V/II, 3 de julio de 2017, p. 146).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Audiencia sobre la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en las Américas* (23 de octubre de 2015). http://www.apt.ch/en/news_on_prevention/inter-americancommission-discusses-situation-of-lgbt-people-in-detention/#.WMu5TRTYHs0
- Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (2025, 6 de febrero). *Personas trans privadas de la libertad – Estándares aplicables y situación en Argentina*. <https://cnpt.gob.ar/2025/02/06/personas-trans-privadas-de-la-libertad-estandares-aplicables-y-situacion-en-argentina/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Derechos humanos de las personas LGBT*. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19_2021.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia No. 19: Derechos humanos de las personas LGBTI*. San José, Costa Rica: Corte IDH.
- Freedman, D. (2010). Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales. En P. Bertolino & P. Ziffer (Dirs.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (Vol. 10). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Litardo, E. (2018). El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la Ley 26743. *Revista de actualidad. Derecho de familia*, 7, 19–63. <https://n2t.net/ark:/13683/prg7/1kv>
- López, A., & Machado, R. (2004). *Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.
- Ludueña, M. E. (2025). Milei modificó por decreto la Ley de Identidad de Género: qué cambió y por qué piden que intervenga la Justicia. *Revista Digital Presentes*. <https://agenciapresentes.org/2025/02/06/milei-modifico-por-decreto-la-ley-de-identidad-de-genero-que-cambio-y-por-que-piden-intervenga-la-justicia/>
- Monasterolo, N. (2024, 22 de noviembre). Sobre el caso de Gabriela Anahí Fernández, persona no binarie, acusade de abuso sexual en la cárcel. La obsesión por el binarismo. *Página/12*. <https://www.pagina12.com.ar/784769-la-obsesion-por-el-binarismo>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2009). *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*.
- Ortíz, M. (2020). *Cuerpos que incomodan, identidades que interpelan: Mujeres trans detenidas en una unidad penitenciaria de varones* (Tesis de grado). Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. <https://memoria.fahce.unlp.edu.ar/library?a=d&c=tesis&d=Jte2768>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2014a). *Informe Anual 2014: La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, género y diversidad sexual* (p. 51). <http://www.ppn.gov.ar/>
- Procuración Penitenciaria de la Nación. (2014b). *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual*

2014. http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf

Procuración Penitenciaria de la Nación. (2017). *Informe Anual 2016: La situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas* (p. 416). Buenos Aires.

Radi, B., & Pecheny, M. M. (Eds.). (2018). *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: Hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. JUSBAIRES.

Sagen, G. (2023). El cisnormativismo como sistema opresor de los derechos de las personas trans. *Actualidad Jurídica. Penal y Procesal Penal*. ISSN 1852-5105.

Sansone, V. (2010). Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad. En P. Bertolino & P. Ziffer (Dirs.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (Vol. 6). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres. (2018). *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*. Ministerio Público Fiscal. <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigacion-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>

Jurisprudencia

Cámara de Acusación de Córdoba. (2024, 31 de octubre). *AI N° 445 “F.G.N. p. ss. aa. Privación ilegítima de la libertad, etc.” (Expte. SACM N° 8203392)*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN]. (2014, 6 de marzo). *“Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada” (Expte. N° 161.070)*.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 8 [TOF 8]. (2022, 6 de julio). *Causa N° 15 (8025/2013), CFP 8025/2013/TO1*.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal. (2020, 19 de abril). *“Tatia” (Sentencia N° 95)*.

Leyes

Congreso de la Nación Argentina. (2012). *Ley 26.743. Ley de Identidad de Género*. Boletín Oficial de la República Argentina. <http://www.boletinoficial.gob.ar>

Congreso de la Nación Argentina. (2006). *Ley 26.150. Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI)*.

Congreso de la Nación Argentina. (2021). *Ley 27.636. Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgéneros “Diana Sacayán - Lobana Berkins”*.

El delito de abuso sexual simple

Análisis del tipo penal y de la complejidad de la normativa

Sergio Hernán Salaverry &
Néstor Fernández de la Puente¹

Resumen

El presente artículo aborda el análisis dogmático del primer párrafo del artículo 119 del Código Penal Argentino, que tipifica el delito de abuso sexual simple. A partir de una reconstrucción de su evolución legislativa y del examen del bien jurídico protegido –la integridad sexual entendida como manifestación de la autodeterminación sexual–, se examinan en detalle los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así como las modalidades comisivas, incluyendo casos que involucran violencia, amenazas, abuso de poder o incapacidad de la víctima para consentir. Se analizan las tensiones interpretativas que plantea la norma en relación con conductas de difícil encuadre típico, las diferentes posturas doctrinarias (restringida y amplia), y el tratamiento jurisprudencial, en particular el criterio adoptado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. Finalmente, se propone una lectura sistemática que incorpore el contexto, la percepción de la víctima y la dimensión de género como elementos clave para delimitar adecuadamente el alcance de la figura penal.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Delitos contra la integridad sexual | 3.- Abuso sexual simple | 4.- La complejidad de la normativa. Posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia | 5.- Criterio de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata | 6.- Nuestra opinión | 7.- Conclusión | 8.- Bibliografía

Palabras clave

delitos contra la integridad sexual – abuso sexual simple – art. 119 del Código Penal argentino – bien jurídico – violencia sexual – consentimiento – tipo penal

¹ Néstor Fernández de la Puente, Contador Público Nacional, Abogado, especialista en derecho penal y en derecho penal tributario, Director General de la Oficina Judicial de Mar del Plata, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, catedra Derecho Penal "Parte Especial". Correo electrónico: nestor.fernandez-delapuate@pjn.gov.ar | Sergio Hernán Salaverry, abogado, cursando especialización en derecho penal, Secretario Coordinador de la Oficina Judicial de Mar del Plata, Docente de la Licenciatura en Criminalística de la Universidad Fasta, catedra Derecho procesal Penal. Correo electrónico: sergio.salaverry@pjn.gov.ar

1. Introducción

a. La integridad sexual como bien jurídico protegido por la norma penal

La ley 25.087, en vigor desde el mes de mayo del año 1999, introdujo importantes novedades al título III del libro II Código Penal, pudiéndose destacar como una de las principales reformas la sustitución de la anticuada rúbrica delitos “Contra la honestidad” por la de delitos “Contra la integridad sexual”.

El tratamiento del Proyecto se inició en la Cámara de Diputados de la Nación, pasó por las Comisiones de Legislación Penal y Familia, Mujer y Minoridad. El Sanado de la Nación fue la Cámara revisora.

En esa oportunidad se produjo una reformulación integral de los delitos encuadrados en el título III del Código Penal (delitos contra la honestidad), suprimiéndose ese título y trasladándose esos delitos al título I (delitos contra las personas) como un nuevo capítulo denominado “delito contra la integridad de las personas”.

La anterior ubicación dentro de aquel título se basaba, esencialmente, en que aquella que resultaba atacada por un delito sexual había perdido su buena fama o mancillado su honor. Así, las mujeres atacadas dejaban de ser honestadas, prejuicio que sin dudas importaba un doble menoscabado, ya que al daño propio que suponía la propia conducta, se le agregaba el perjuicio moral que la sociedad le infringía en atención a ese evento.

En ese orden de ideas, Creus nos enseña que respecto al viejo concepto de *honestidad*:

«[...] Decíamos en oportunidad de analizar el texto anterior que, si tratásemos de otorgar una significación común a todas las figuras contenidos en el Tit. III, tendríamos que reconocer que todas ellas atañen a lo sexual, ya como trato carnal, ya como conocimiento y desarrollo de la sexualidad en los individuos, ya como ubicación y límites de las relaciones de aquel carácter en la actividad social general [...]».²

Ahora bien, ante la dificultad que existe para agrupar todos los delitos comprendidos por el título III, indudablemente, la decisión de introducir la voz “*integridad sexual*” como nueva rúbrica del título ha significado cierto avance, un paso positivo en la idea de concretizar un bien jurídico de contenido unificador para todas las conductas allí agrupadas, especialmente en aquellas en las que se involucra, en el contexto sexual, menores e incapaces.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de advertir que, para gran parte de la doctrina, tampoco se puede considerar como la más acertada, la referida voz “*delitos contra la integridad sexual*” que es muy ambiguo, y que podría incluso llegar a relacionarse con el término suprimido. Es importante recurrir primero a la interpretación gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española, al tratar la palabra “integridad”, da dos acepciones, la primera “f. cualidad de íntegro”, y la segunda “pureza de las vírgenes”; y cuando alude a “íntegro/gra”, también indica dos acepciones, la primera “adj. Que no carece de ninguna de sus partes”, y segundo “fig. dicese de la persona recta, proba, intachable”. En consecuencia, cuando le agregamos a “integridad” el vocablo “sexual”,

² Buompadre, 2009: 179.

se nos presenta la posibilidad de que aludamos nuevamente a la “honestidad sexual”, o incluso peor, se retroceda a cuestiones superadas por la misma “honestidad”, como el ser la “virginidad”. Para ellos sería más acertado la denominación de “delitos contra la libertad sexual” del Código Español de 1989/95 o de “delitos contra la autodeterminación sexual” del Código Alemán o más simplemente “delitos sexuales” tal como lo denomina el Código de Portugal.

Finalmente debemos referir que el sentido que deberá dársele al bien jurídico “*integridad sexual*” es aquel que refiere a la libertad sexual de la persona capaz y libre de disponer sexualmente de su cuerpo, de comportarse de acuerdo con sus deseos y a la posibilidad de negarse ante una relación sexual no deseada e impuesta.

Sentado lo propio, nos encontramos de condiciones de advertir, en coincidencia con lo expresado por Gustavo Aboso³ que, la denominación *integridad sexual* utilizada actualmente por el Código Penal Argentino permite identificar todas aquellas agresiones dirigidas contra la autodeterminación, indemnidad y desarrollo de la personalidad *psico-física* sexual del sujeto pasivo en una dimensión más amplia y que se relaciona directamente con la autonomía y dignidad inherente a la persona humana. Cualquier conducta ajena que interfiera en el ámbito del pautado desarrollo *psico-biológico* de la sexualidad del individuo o desconozca el contenido de su libido ingresa en el campo de la represión penal.

A la *libertad sexual*, en su concepción negativa, se le objeta el problema de la víctima menor de edad. La concepción de libertad, en este caso la sexual, implica necesariamente poseer la capacidad de actuar libremente, es decir, la capacidad de consentir o no intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual (autodeterminación sexual). En este sendero la ley penal considera a los menores de edad –ahora por debajo de los trece años-, antes de los doce- como incapaces para exteriorizar un asentimiento válido, sin perjuicio de extender su tutela hasta abarcar otros casos de minoridad, incluso de personas mayores de edad (arts. 125 bis y 127 de Cód. Penal). La falta de capacidad de los menores de edad condujo a cuestionar a un sector de la doctrina, la identificación del bien jurídico con la libertad sexual, ya que esto significaría que los menores de edad estarían excluidos de la tutela de la ley penal por carecer precisamente de esa libertad. Puede afirmarse, entonces, que la concepción de *integridad sexual* acuñada en este título permite incluir sin mayores dificultades a los menores de edad, cuya protección penal se enmarca con mayor virulencia en su indemnidad sexual, cuya tutela le permitirá en el futuro tener la capacidad para decidir libremente sobre sus relaciones sexuales con arreglo al plan de vida elegido.

2. Delitos contra la integridad sexual

El sistema introducido por la reforma del año 1999 tuvo como punto de partida la eliminación de la división del título en capítulos (a través de la derogación de sus rúbricas), que era el modelo propio del sistema anterior, agrupando en forma esquemática las distintas figuras en tipos progresivos constituidos por un tipo básico o genérico –el abuso sexual, en los casos de los artículos 119 y 120-, a partir de los cuales se construye un esquema de subtipos agravados, que se singularizan por una escala penal variable que se

³ Aboso, 2014: 60.

incrementa a medida que aumenta el desvalor de la conducta o del resultado o por existir en el autor una especial cualificación.

En el marco de este esquema nos encontramos que los delitos contra la integridad sexual se hallan tipificados de la siguiente forma:

- 1) Abuso sexual simple y sus variantes (artículos 119 y 120 C.P.).
- 2) Corrupción y prostitución (artículos 125, 126 y 127 del C.P.).
- 3) Pornografía (artículo 128 del C.P.).
- 4) Exhibiciones obscenas (artículo 129 del C.P.).
- 5) Rapto (artículo 130 del C.P.).

En el presente trabajo nos abocaremos al análisis de la figura prevista en el artículo 119 del Código Penal, tipo al que de manera liminar y en prieta síntesis podemos describir de la siguiente manera: en primer término nos encontraremos con el tipo penal básico o simple de “*abuso sexual*” (art. 119, párr. 1º) y como subtipos derivados cualificados “*el abuso sexual por un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*” (art. 119, párr. 2º) y “*el abuso sexual agravado por el acceso carnal*” (art. 119, párr. 3º, antiguo delito de violación). A su vez, el párr. 4º describe una serie de “*hiperagravantes*” para los supuestos contemplados en los párr. 2º y 3º del mismo artículo, mientras que el párr. 5º agrupa un conjunto de agravantes (aunque con pena atenuada) para el abuso sexual simple del párr. 1º (que son las mismas que para los párrs. 2º y 3º, con excepción de la prevista en el inciso c, esto es, que el autor tuviese conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiera existido el peligro de contagio).

a. Los abusos sexuales

El artículo 119 del Código Penal, según ley 27.352, establece:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder; o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión sí:

- a) Resultare un grave daño a la salud física o mental de la víctima.
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

El en supuesto del primer párrafo la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a, b, d, e o f’.

3. Abuso sexual simple

a. Definición

La nueva denominación “*abuso sexual*” (dada por la ley 25.087) reemplazó a la de “*abuso deshonesto*”, que estaba prevista en el artículo 127 del CP.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “*abusar*” significa usar mal, exclusiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. En una segunda acepción hace referencia al trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder. Finalmente, “*abuso*” es la acción y el efecto de abusar.

En el artículo y párrafo en análisis, el término no está definido como acto sino en sus formas de cometerlo mediante diferentes circunstancias no consentidas libremente referidas al sexo (sin distinción de género), edad (menor de trece años), por coacción o intimidación de una relación de dependencia autoridad o poder. En resumen, hace alusión a aquellas acciones de carácter sexual que ejerce el victimario sobre la víctima a través de contactos cuerpo-cuerpo tales como los tocamientos, frotamientos, introducción de objetos en los orificios naturales (boca-vagina-ano), pero excluyendo el acceso carnal peneano el cual queda contemplado en el tercer párrafo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo establecido en el inicio de este acápite, gran parte de la doctrina insiste en que la redacción actual del primer párrafo se refiere al antiguo “Abuso deshonesto”.

Creus y Buompadre⁴ lo definen como una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutado contra una persona, contra su propio querer consciente. De la definición propuesta, se pueden determinar los elementos que caracterizan a los abusos sexuales: 1) una conducta abusiva de contenido sexual; 2) contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; 3) que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima; no es suficiente la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, sino que debe mediar un contacto físico, y 4) ausencia de consentimiento de la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada por la conducta del autor.

⁴ Creus & Buompadre, 2009: 179/269.

b. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la reserva sexual de la víctima comprendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal sexual.

El tipo básico de la nueva estructura de la ley es el abuso sexual con fuerza o intimidación, esto es, la agresión sexual, y sobre éste se van agravando los demás incisos regulados ahora como formas calificadas o agravadas de la conducta que conlleven mayor pena. Esta es la forma más racional de entender la ley desde un punto de vista dogmático.

Se exige, en principio, una relación corporal directa entre sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga él mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros.

Pero quedan fuera del tipo penal los actos de mera contemplación de la persona, que podrán entrar en otros tipos penales, como ser las coacciones, o ser alcanzados por los artículos 128 y 129 del Código Penal.

Es decir, que teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otro, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales o del abuso de una situación en los casos de menores de 13 años.

c. Elementos del delito

La conducta tipificada como abuso sexual en el párrafo 1º del art. 119 abarca comportamientos bien diferenciados: la agresión sexual cometida contra un menor de trece años, aun con su consentimiento, y la agresión sexual perpetrada contra otra persona de cualquier edad, mediando violencia o intimidación, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción.

La acción típica en ambos supuestos es la misma: abusar sexualmente de otra persona. Esta es la acción materialmente prohibida.

i. Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, no hay restricción alguna en cuanto a la posibilidad de que la mujer pueda ser considerada autora de estos delitos sexuales.

Desde el punto de vista de la participación, es un delito común indistintamente del sexo del sujeto. El abuso sexual puede ser llevado a cabo por cualquier persona, lo que permite su comisión tanto en *coautoría* como *autoría mediata*. En el caso de la coautoría, los participantes actúan de manera conjunta y coordinada al ejercer la violencia o la amenaza para cometer el abuso sexual, no siendo necesario que todos ellos hayan mantenido relaciones sexuales mediante acceso carnal con la víctima o que la hayan penetrado con instrumentos u objetos por las vías normales. La autoría mediata demanda que el autor haya realizado el abuso sexual mediante la intermediación de un tercero que actúa a modo

de instrumento. En este punto entendemos que la exigencia de contacto sexual puede verse perfectamente satisfecha con dicha intermediación, porque lo trascendente en esta clase de delitos es que el autor haya menoscabado el normal desarrollo sexual, en caso de tratarse de un menor de edad, o bien la autodeterminación sexual de la persona adulta, resultado que puede conseguirlo de manera idéntica con su propia actuación o con la de un tercero.

En el caso de la modalidad de abuso sexual cometido en el *ámbito de convivencia* con un menor de dieciocho años, se presenta la singularidad de que este delito sólo puede ser cometido por aquella persona que convive con aquél, por ende, se trata de un delito especial donde solo puede ser autor el que convive con la víctima, no siendo posible la coautoría o la autoría mediata.

En cuanto al sujeto pasivo, cualquier persona, de uno u otro sexo, puede serlo respecto de este delito. La ley penal distingue al menor de trece años de la víctima incapaz de consentir. Los delitos de abusos sexuales no son delitos especiales ni de propia mano, por lo cual es posible su comisión en coautoría y autoría mediata. En el primer caso, la ley penal establece que debe ser menor de trece años. Este límite cronológico se basa en una estandarización que no atiende a casos particulares donde puede presumirse seriamente que la persona de uno u otro sexo menor de dicho límite temporal no ha adquirido aún las capacidades de comprensión necesarias como para conducirse como un sujeto sexual. Esta estandarización presupone también que dicho límite opera a modo de presunción *iuris et de iure*, cuya consecuencia práctica más importante es la imposibilidad de probar en el caso concreto que el menor de edad haya comprendido el alcance y significado del trato sexual. De esta manera, el consentimiento prestado por el menor de trece años es irrelevante.

La edad de los menores se prueba por las pautas fijadas por la ley civil.

Desde el punto de vista del límite cronológico fijado por el legislador, puede decirse que la reforma estableció un límite mayor al previsto anteriormente, de doce años de edad. Esta modificación de la edad de la víctima, en comparación con otras legislaciones penales, se ajusta a las últimas reformas penales en esta materia que acentúan la protección penal de los menores de edad.

En lo que respecta a la persona incapaz de consentir, dicha incapacidad puede provenir de una conducta proveniente del autor, por ejemplo, por el empleo de violencia, amenaza, intimidación; también por abuso de una situación de preeminencia (abuso de dependencia, poder o autoridad), y situación de aprovechamiento de incapacidad de la víctima, sea porque ella no se encuentre psíquica o físicamente en condiciones de expresar o de oponer resistencia a la actuación abusiva del autor.

En la doctrina se han tratado como supuestos especiales, los casos en que el sujeto pasivo resulta ser la esposa, concubina o prostituta.

En estos casos se ha entendido que el autor obraba en ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º del C.P.), o que el sujeto pasivo había prestado con anterioridad su consentimiento, o en algunos simplemente se ha considerado un caso de justificación – así, respecto de la esposa se ha dicho que no constituían delito las caricias del esposo a la esposa aun contra su voluntad-.

Esta interpretación no es compartida. Quien ejerce la prostitución no renuncia a su derecho de elegir las personas y condiciones en las que consentirá su participación en actos de naturaleza sexual. Este consentimiento no puede presumirse, y los errores en

que pudiera incurrir el sujeto activo, serán de tipo o de prohibición, según el caso: cree tener el consentimiento, o pese a no tenerlo, se cree con derecho a ello.

Retomando el tema de la esposa y de la concubina se ha sostenido que prestaron un consentimiento anticipado al momento de contraer matrimonio o comenzar la vida en común. En esa línea de pensamiento, se ha excluido a los tocamientos, besos o abrazos no violentos aun cuando quien fuera objeto de dichos actos expresamente se hubiera negado.

Como se ve, este consentimiento no sólo sería previo sino irrevocable. Esta inteligencia no puede hoy en día ser mantenida.

En efecto, la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo ataca la libertad de la víctima y el vínculo matrimonial no autoriza a prescindir del consentimiento, ya que el incumplimiento de una obligación legal (por ejemplo, el débito conyugal) tiene sus consecuencias en la misma ley civil que los prevé y no puede ser impuesto coactivamente siquiera por los tribunales.

ii. *Acción*

Los delitos sexuales, si bien atrapan una constelación de acciones y resultados que pueden ser descriptos materialmente, sólo pueden ser delimitados si se los entiende como una forma de expresión, cuyo significado debe ser encontrado en cada caso concreto. Los intentos de los autores por reconducir el proceso de subsunción típica a una larga enunciación de actos corporales, o por vía del descubrimiento de un determinado *animus* en el autor, no han conducido a soluciones satisfactorias. Un tocamiento puede o no puede ser un abuso sexual según el significado que tenga dicha conducta en el contexto en el que se ha realizado y ello no puede determinarse a la luz de un supuesto resultado material como en cualquier otro delito de esa especie (*ejemplo, una lesión*), y su correspondencia con el conocimiento y voluntad de realización, más un elemento subjetivo especial del autor al momento del hecho (*animo lascivo*).

Así, un tacto ginecológico, realizado conforme las reglas del arte médico, no puede ser considerado un abuso sexual –no se trata de una justificación, sino de una ausencia del encuadre típico y, por ende, el *animus* del que se viene hablando no tiene cabida, haya o no existido en el autor- por más que al profesional le produzca placer o viceversa, puede haber abuso sexual en un tocamiento inverecundo aunque al autor no le produzca ningún placer especial.

La redacción de la ley no se caracteriza por su estilo, ya que incurre en una repetición de conceptos, como un pleonismo. La violencia, la amenaza, la coacción o la intimidación no son formas que el derecho autorice para el ejercicio de actividades contra terceros (salvo supuestos de causas de justificación). Luego, quien emplea esos medios en una actividad, convierte a esa acción en ilícita, en abusiva porque abusivo es lo que pasa un límite. En consecuencia, la palabra “abusare” al referirse a la actividad sexual con terceros dice lo mismo que todas las demás.

El significado de *abuso sexual* se debe encontrar ahondando en la interpretación que, desde un punto de vista cultural, dicha conducta y situación generen en un lugar y momentos determinados. A eso se refieren los estudios de comunicación social cuando abordan el problema de las condiciones de producción del autor y de reconocimiento del receptor, que en nuestro caso sería el *sujeto pasivo*. Se deberá estudiar en cada caso la educación de los sujetos involucrados, su historia, sus orígenes familiares, sus relaciones

personales previas, madurez, costumbres del entorno, la moda, etcétera. No basta con que el sujeto pasivo entienda “lo que le está pasando”, es decir el significado del acto que se le está imponiendo, sino que el criterio con que debe evaluarse la libertad sexual es si el acto le es impuesto o no, lo comprenda o no lo comprenda.

A todo esto, debe sumársele imposiciones normativas, de la ley misma, por las cuales las provocaciones de la víctima, pese a constituir antecedentes de las relaciones personales, no legitiman un acto sexual sin su consentimiento; o la consideración de determinadas conductas bajo el criterio de insignificancia de lesión a este bien jurídico. En muchas circunstancias, apoyar la mano en un muslo ajeno puede constituir una injuria y no un delito contra la integridad sexual.

Esas son las razones por las que la doctrina y la jurisprudencia han realizado un esfuerzo enorme en la delimitación de los tipos penales. Se alude a contactos o tocamientos corporales de significación sexual con la víctima no consentidos libremente, sin que haya acceso carnal tentado ni consumado.

Estarán incluidos, tanto los actos que el autor realice sobre el cuerpo de la víctima, como los que hace que ésta ejecute sobre su cuerpo o el de un tercero. En cambio, estarán fuera del alcance de esta figura aquellos comportamientos ejercidos por el sujeto activo sobre su propio cuerpo en presencia de otro, la contemplación en la medida que no incluya el desnudar a la víctima, ni la obligación a presenciar manifestaciones de la sexualidad ajena.

En la misma situación se encuentran las palabras pronunciadas por el autor, cualquiera sea su entidad impúdica, lujuriosa, las que podrán encuadrar en injurias (art. 110 C.P.).

Los casos límites se definen según las costumbres y las circunstancias de lugar y tiempo. En definitiva, por precisar cuáles actos constituirán el “abuso” típico.

Los autores, en general apelan a la confirmación de un elemento subjetivo consistente en un ánimo o finalidad libidinosa. Así, distinguen el acto objetivamente impúdico —que siempre constituirá abuso sexual— de aquel sexualmente equivoco, y sólo para este último otorgan relevancia al contenido sexual que el autor le imprima. Por lo tanto, en su modo de ver, la finalidad libidinosa no resulta indispensable en todos los casos.

d. Modalidades del abuso sexual

i. Víctima menor de 13 años

La primera modalidad prevista por el legislador en este artículo consiste en el abuso sexual ejercido sobre una persona menor de trece años de edad.

En ese caso, habrá abuso sexual si la víctima fuere menor de trece años, aún con su consentimiento. La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo.

La ley presume *iuris et de iure* la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y, por ende, la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento del menor, sino que la presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico. Es como afirman algunos autores, una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha.

En este caso no podemos dejar de mencionar el cuestionamiento que plantea gran parte de la doctrina, en cuanto a que llama poderosamente la atención que la ley 25.087 haya incrementado el límite mínimo de edad – antes era doce años, edad fijada en la mayoría de los precedentes legislativos- para pasarlo a trece años, más aún si se tiene en cuenta que hoy en día son más frecuentes la iniciación de la vida sexual en edades tempranas.

En consecuencia, de lo expuesto en los primeros párrafos del presente acápite, carece de significado el consentimiento que, de hecho, pueda haber prestado la víctima, cualquiera fuere su sexo, pues la presunción fijada no admite prueba en contrario.

ii. *Uso de violencia*

El abuso sexual simple también se configura cuando se emplea violencia, esto es, cuando se hace uso de fuerza para consumarlo. Por expresa disposición del art. 78 del Código Penal queda comprendido dentro del concepto el uso de medios hipnóticos o narcóticos. En tales casos, además, resultará aplicable la agravante contenida en el artículo 13 de la ley 23.737, por el uso de drogas para vencer la resistencia de la víctima. Una situación particular se presentaría si la víctima hubiera consentido la ingesta. Donna⁵ considera que el abuso sexual cometido en esas circunstancias no pierde el carácter delictivo y ello, toda vez que el sujeto pasivo en dicho estado no ha podido libremente consentir o rechazar el acto. Esto puede ser así, pero el ejemplo confunde dos consentimientos: uno para drogarse y el otro para mantener una relación sexual en ese estado. Así, no resuelve el caso del paciente que se coloca libremente en esa situación y a sabiendas de que mantendría un acto sexual, el cual se lleva a cabo como estaba acordado.

Zaffaroni señala que la violencia debe haber sido empleada para llevar a cabo el abuso sexual; la ejercida durante él, habiendo sido el acto consentido libremente, no adquiere el carácter de elemento del abuso. Y son actos atípicos por el consentimiento del interesado, que tiene la disponibilidad, en el caso, del bien jurídico⁶. La fuerza ha de recaer sobre la víctima; de otra manera no habría sido la fuerza física el medio directo que venció la resistencia del sujeto pasivo.

La resistencia constituye un elemento fundamental para estimar la existencia de violencia física. Deberá, entonces, analizarse en cada caso si la voluntad contraria de la víctima, exteriorizada mediante actos, fue vencida por el empleo de la fuerza física. Esta deberá ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante. No se requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando que el autor sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común.

iii. *Uso de amenazas*

Parte de la doctrina considera que el uso de amenaza equivale a la intimidación del antiguo texto. La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone.

Ahora bien, otros estiman que la amenaza constituye el anuncio de un mal, conforme lo establece el artículo 149 bis del C.P. A su vez sostienen, que en esto la reforma del

⁵ DONNA, 1999: 25.

⁶ ZAFFARONI, 1981: 519.

Código originario dio un paso atrás al reemplazar las palabras “*cuando se usare de intimidación*” por cuando mediare violencia. Ello así porque, la palabra intimidación permite considerar, no la amenaza, exclusivamente, sino el efecto psicológico de ésta. Una amenaza, por seriamente manifestada que sea, puede no intimidar. De todas maneras, debe entenderse que la ley se refiere a lo que se ha dado en llamar violencia moral, que resulta ejercida sobre la víctima del abuso sexual. Es la vía compulsiva, en la que la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección. Hay violencia moral toda vez que la víctima es sometida al abuso sexual mediante amenazas que producen en ella miedo o temor que alcanza a vencer su voluntad.

El distingo entre violencia y amenaza radica esencialmente en que la primera se cumple, en tanto que la segunda importa un anuncio de un mal futuro como medio para obtener lo que se quiere. La amenaza puede consistir en causar un mal a la propia víctima o a un tercero, pero el mal no puede dejar de ser futuro.

Como ya sostuvimos, la amenaza de un mal también puede ser dirigida a un tercero. Sólo se podrá discutir si el tercero tiene un vínculo, ya sea familiar o de otro tipo. La doctrina alemana limitó el caso a la existencia de un vínculo, pero no es impensable el caso que ponga a la víctima en la alternativa de aceptar una relación sexual, de lo contrario se mata a otra persona. No hay duda de que en esos supuestos la aceptación de la relación no ha sido con la libertad que exige la ley.

iv. Abuso coactivo de una especial relación con la víctima

La ley 25.087 ha introducido otras hipótesis que comprometen la libertad del consentimiento prestado por la víctima. Se hace referencia al abuso coactivo o intimidatorio producto de una relación de dependencia, autoridad o poder.

En todos estos casos el sujeto activo se encuentra en una relación de preeminencia respecto de la víctima, con quien mantiene un vínculo jerárquico o de autoridad. Es decir, el sujeto pasivo tolera, pero no consiente.

Para algún sector de la doctrina esta previsión legislativa resultó redundante, ya que en todos los casos se requerirá el ejercicio de violencia o amenaza por parte del autor⁷.

En la relación de dependencia, la víctima se encuentra subordinada por un vínculo de naturaleza laboral, educacional, institucional o religiosa. También se ha ampliado a supuestos de dependencia económica, social o sanitaria.⁸

La relación de autoridad es propia de un ámbito jerárquico. Aquí el autor abusa de un sujeto que le debe obediencia y acatamiento. Se ha dicho que este caso está limitado a aquellas instituciones de carácter público que operan con pautas rígidas —por ejemplo: las Fuerzas Armadas o de Seguridad—.

Finalmente, la relación de poder sería la modalidad quizás más ambigua de todas. En general, se produce una definición residual. Es decir, encuadrarían en este supuesto todos los casos en que la víctima debiera algún tipo de obediencia al autor y lo vinculara con éste una relación de dependencia o autoridad. Se ha procurado diferenciar esta modalidad del abuso cometido mediante una relación de autoridad, al señalar que ésta constituye un vínculo legal y la relación de poder uno fáctico.

⁷ Parma, 1999: 40.

⁸ Villada, 2000: 44.

Esta modalidad de comisión se acerca al acoso sexual, que consiste en el requerimiento de favores sexuales efectuado por una persona que ejerce autoridad sobre la otra, prevaliéndose de tal situación, que no está comprendida en la figura en la medida en que no se manifieste en la comisión de otro delito independiente, como podría ser el de coacción (art. 149 bis, segundo párrafo del C.P.). Parte de la doctrina los considera actos preparatorios de alguno de los delitos previstos en los artículos 119 y 120 del Código Penal.

De todas formas, sigue vigente el principio de que el bien jurídico es la *libertad sexual*, de modo que la aceptación, tanto del hombre como de la mujer, de la relación sexual debe haber sido condicionada en su decisión y en su motivación. Pero no hay que confundir los casos de abuso con aquellos en los que la presunta víctima acepta el trato sexual con el fin de escalar posiciones en su ámbito, ya sea una empresa, ya sea la administración pública. De pretenderse sancionar esta conducta se estaría, por una parte, violando el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el sentido de que cada uno es dueño de sus actos, de decidir libremente, y segundo, sería una aplicación analógica de los tipos penales, que ya de por sí son confusos y vagos.

v. Cualquier otra causa que imposibilite el consentimiento libre

El tipo básico del abuso sexual culmina con una fórmula genérica que comprende a todos los otros motivos que afectaran la libertad de consentimiento prestado por la víctima.

La existencia de consentimiento puede traer aparejadas diferentes consecuencias según las distintas hipótesis contempladas en el tipo penal. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueren menores de trece años, se incurre siempre en abuso sexual, sea que la víctima preste o no el consentimiento. La razón es que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria de la víctima. En virtud de ello, exista o no consentimiento de la víctima, siempre la conducta será típica.

Respecto de la víctima privada de razón, que presta consentimiento, éste, en principio, deviene irrelevante, pues el sujeto pasivo carecía de las facultades mentales –o aquellas se encontraban alteradas–, circunstancia que le impedía elegir con total libertad y lucidez. Pero, si no ha existido el aprovechamiento de este estado, la conducta es atípica.

Sin embargo, distinto es el caso en que la víctima presta su consentimiento para que se efectivice el acto de significación impúdica durante un intervalo lucido de ella, y luego pierda la razón. Aquí se considera que el incapaz consintió y, por lo tanto, la conducta no es típica.

En el supuesto de que la víctima se hallase “privada de sentido”, mal puede otorgar en ese estado de inconsciencia consentimiento válido alguno, razón por la cual estaremos ante la presencia del tipo penal de abuso sexual simple.

En cuanto a la violencia y a las amenazas, para que se configure la conducta típica, la víctima deberá oponer resistencia a la acción del autor, lo que será demostrativo de su falta de consentimiento. Sin embargo, si luego de ofrecer resistencia la víctima desiste por agotamiento o por miedo, no debe entenderse como consentimiento.

Diferente es el caso en el que no existe resistencia del sujeto pasivo respecto de la violencia ejercida por el autor, supuesto que, entonces, no quedará encuadrado dentro

del inciso en estudio por carecer de uno de los elementos necesarios: la resistencia que significa la falta de consentimiento al accionar del sujeto activo.

e. Tipo subjetivo

Con relación a la culpabilidad en este delito, la doctrina plantea distintas propuestas. Una llamada “*subjetivista*”, que exige para la consumación típica la concurrencia de un elemento subjetivo especial en el autor, esto es, que se proponga con el acto deshonesto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito. El dolo, para esta doctrina, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar su propia lascivia, quedando caracterizado como un elemento subjetivo del tipo de injusto.

La otra propuesta denominada “*objetivista*”, considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impúdico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor, el delito se consuma con el acto objetivamente impúdico.

El abuso sexual es un *delito doloso*, pero de dolo común. La ley no exige ningún elemento subjetivo del tipo de injusto. Basta –como se tiene dicho– con el dolo común, esto es, con la conciencia de que el acto es impúdico y con la voluntad de realizarlo, con exclusión del acceso carnal. Las conductas torpes o culposas no están incriminadas.

f. Antijuridicidad

Son difíciles de imaginar los casos de presencia de justificación, pero dogmáticamente no quedan excluidos *ab initio*.

Muchos supuestos en los que hay tocamientos dentro de una conducta general lícita, por ejemplo, un deporte de contacto, un salvamento, etc., en realidad son casos de atipicidad por ausencia de significado sexual y abusivo del acto material en sí mismo.

g. Culpabilidad

Para quienes adhieren a la teoría estricta de la culpabilidad, habrá error de prohibición cuando el autor se crea con derecho a realizar sobre la víctima un acto de contenido sexual sin su consentimiento. Por ejemplo, quien cree que actúa en ejercicio legítimo de un derecho se impone mediante violencia o intimidación un acto sexual a la prostituta que luego de recibido el precio acordado se negare a su práctica, quien supone que su pareja está obligada a soportar un acto de esa naturaleza. En este esquema, si el error es invencible se descarta la culpabilidad, pero si es vencible, esta última subsiste en forma atenuada.

Pueden aparecer como un obstáculo a la comprensión de la ilicitud los supuestos llamados error de prohibición culturalmente condicionado, como el de quien, por provenir de otra cultura, pese a conocer el contenido sexual del acto, desconoce la ilicitud de ese comportamiento.

h. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo de la víctima, ya logrando que lo sean sobre el autor o un tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo.

En la doctrina se ha discutido la viabilidad de la tentativa. Desde nuestro lugar, el delito no tiene ninguna particularidad que excluya la posibilidad de tentativa, si se sigue para su conceptualización la teoría del plan individual del autor. Por ejemplo, el autor ejerce violencia sobre la víctima en un contexto en el que el próximo acto será el de contenido sexual; o la intimida para que empiece a desvestirse. No debe confundirse este asunto dogmático en la prueba del plan inmediato del autor.

i. Concurso con otras figuras, concurso aparente

Cuando el autor actúe con la intención de acceder carnalmente a la víctima, lo logre o no, los actos de abuso son absorbidos por el delito de violación consumado o tentado, de acuerdo con lo previsto en el art. 119 del C.P. que prevé esa situación. Es decir, la existencia de acceso carnal –tentado o consumado– desplaza la figura del abuso sexual simple por darse un supuesto de concurso aparente de tipos penales.

Deben distinguirse los actos de abuso sexual simple de los que constituyen tentativa de violación, ya que se presenta una semejanza externa que tiende a prestarse a confusión. Tal distinción radica exclusivamente en el dolo del autor. Si se comprueba que el propósito es el de consumir el acceso carnal, entonces habrá tentativa de violación; si, en cambio, existe un genérico fin sexual, habrá abuso. Se requiere que además, objetivamente, dentro de los actos abusivos, los que practique el autor importen un comienzo de ejecución.

En los casos de lesiones leves producidas al realizar actos que configuren abuso sexual, éstas quedan absorbidas por la figura; si se tratase de lesiones graves o gravísimas, se aplicará la figura calificada por el inciso a) de este mismo artículo, que para su definición cabe remitirse a los arts. 90 y 91 del Código Penal. Las lesiones a que se refiere la agravante son las dolosas; si se tratase de las culposas, se rigen por el sistema de concursos.

También queda subsumida en las modalidades de abuso sexual la coacción (art. 149 *bis*, Cód. Penal).

Respecto de los delitos de corrupción y prostitución, frecuentemente se consuman mediante actos que implican abuso de la víctima. En este caso el tipo de corrupción absorbe al de abuso sexual, aunque en algunos casos ambos tipos podrían concurrir idealmente.

j. Acción penal

Por disposición del artículo 72, inciso 1º del Cód. Penal, el abuso sexual es un delito de acción pública, pero de instancia privada. Ello implica que sólo el agraviado, su tutor, guardador o representante legal tendrán derecho a instar esa persecución. Salvo las excepciones legales. La ley hace prevalecer la intimidad de la víctima por sobre el interés social en la persecución de estos delitos.

Esta modalidad de acción presenta serios problemas cuando se relaciona con otros delitos. Así la ley, no prevé el supuesto de la mujer que ha quedado embarazada producto

de una violación que no ha denunciado, y, sin embargo, desea abortar (art. 86 inc. 2º, Cód. Penal), ni tampoco indica cuáles son las facultades probatorias de una persona acusada de calumnias que, sin embargo, no dio lugar a proceso penal por falta de denuncia.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que, se procederá de oficio cuando el abuso sexual fuere cometido contra un menor que no tenga padre, tutor ni guardador, o que el delito lo fuere por uno de sus ascendientes, tutores o guardadores.

Asimismo, se prevé que de existir intereses gravemente contrapuestos entre aquellos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio, si así resultare más conveniente para el interés superior del menor.⁹ Se contemplan en este caso situaciones en las que el incapaz y su representante tengan intereses contrarios que, sin embargo, no provengan de un actuar delictuoso por parte de este último (por ejemplo: en el caso de la madre que no pueda, no quiera, o tenga miedo, o si el representante no puede denunciar, por su relación de parentesco con el autor).

4. La complejidad de la normativa. Posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia

El 1er párrafo del art. 119 del C.P. presenta algunas situaciones conflictivas por su difícil adecuación a la figura típica que edifica la norma. Es que en doctrina y jurisprudencia se ha discutido largamente sobre que sucede ante la verificación de actos tocamientos que se realicen en zonas grises, como ser aquellos contactos corporales que se den ante un beso en el cachete, un abrazo, las caricias sobre partes no pudendas u otros actos similares.

Este conflicto a menudo se refleja en los tribunales, donde se han encausado diversas tesis que modifican considerablemente la respuesta punitiva que pueda darse ante un hecho semejante.

La cuestión aquí planteada ha dado cause a dos posturas que tratan de zanjar la cuestión y brindar algunos elementos que deben ponderarse al concluir en la asignación de un reproche en orden al delito precitado.

a. Postura restringida

El enfoque restringido sostiene que, para considerar un acto como abuso sexual, debe haber un contacto directo con zonas erógenas o íntimas del cuerpo de la víctima. Por ello, aquí solo se le brinda trascendencia criminal a los tocamientos que se dirigen sobre zonas anatómicas del cuerpo con indudable significancia sexual, excluyendo otros contactos físicos que no involucren estas áreas específicas. Esta perspectiva busca dotar de claridad y suficiente precisión a la definición de los delitos sexuales, limitando su alcance a conductas identificables conforme el contenido normativo.

Ejemplo de esto, es la postura que adopta Buompadre y que señala en su libro Rubén Figari cuando expone que:

⁹ Esta hipótesis fue introducida al art. 72 del Cód. Pen. Por la ley 25.087.

«[...] la nueva regulación –al igual que la anterior- no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito, pero sí exige que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico y de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima sin propósito lascivo, inclusive guiado por otra intención, por ejemplo, burla, humillación, venganza, ira, etc. configura abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aun con un móvil sexual, no tipifica el delito [...]».¹⁰

Lo que se busca aquí es tratar de fijar criterios concretos o determinados para evitar interpretaciones ambiguas que tornen dificultosa la aplicación de la norma, brindando claridad y seguridad jurídica ante la certeza del comportamiento que se pretende gobernar.

Entonces, para quienes apoyan esta postura, solo configuran abuso sexual las intervenciones que en sí mismas suponen actos de naturaleza sexual objetiva, siendo estos básicamente los tocamientos o contactos realizados sobre la víctima, o que esta desarrolla obligada sobre el sujeto activo, en zonas del cuerpo de uno u otro de clarísima significación pudenda (vagina, pene, la cola, los senos de la mujer), quedando excluido cualquier otro tipo de comportamiento que solamente tenga su significado sexual por la subjetividad del agente.

b. Postura amplia

El enfoque amplio sostiene que incluso los tocamientos aparentemente inocentes (abrazos, caricias en los hombros, besos en la mejilla, entre otros) pueden ser abuso si la situación es coercitiva o si hay una disparidad de poder significativa entre el agresor y la víctima, considerando además la intención o subjetividad que el agente le asigna al acto que exterioriza.

Pero también, desarrollan en su pensar que la percepción de la víctima es fundamental para entender la significancia que le asigna al acto, pues lo que puede parecer inofensivo para un observador externo puede ser profundamente perturbador para quien lo padece.

Por ello, hay quienes señalan que en el abuso sexual no debe limitarse a los actos que involucran genitales u otras zonas íntimas, sino que también debe abarcar cualquier contacto físico no deseado que tenga una connotación sexual, especialmente cuando se ejerce sobre una persona en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, enseña el Dr. Gustavo Aboso que “...*Ciertos tipos de comportamientos, por ejemplo, frotar el brazo de la víctima, tocar su oreja, etc., bien pueden carecer objetivamente de una representatividad sexual, pero será el ánimo del autor el que habrá de determinar la naturaleza sexual del acto...*”¹¹.

De allí, que el propósito libidinoso del agresor es relevante, pero también debe considerarse el contexto en el que el acontecimiento sucede y cómo percibe la víctima esos actos, pues si se siente alborotada, aunque el agresor no tuviera una intención sexual explícita, podría configurarse un hecho objetivamente reprochable desde el ámbito del delito contenido en el 119 del C.P.

¹⁰ Figari, 2021: 472.

¹¹ Aboso, 2017: 625.

5. Criterio de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata

En el marco de la causa N° 1433/2023/2/CA1 caratulada “Legajo de Apelación de M., D...” de trámite ante el Juzgado Federal de la ciudad de Azul, se investiga la conducta de Héctor Lorenzo Andersen, quien mientras ocupaba el cargo de Sargento Primero en el Ejército Argentino, fue acusado por presuntos actos de abuso sexual simple reiterado. Según la denuncia interpuesta por la soldado voluntaria "D.M.", el nombrado habría incurrido en actos inapropiados de naturaleza sexual hacia ella y otras colegas que se encontraban bajo sus órdenes.

La denunciante describe un patrón de comportamiento donde Andersen habría realizado propuestas de carácter sexual, tales como solicitar abrazos, besos en la mejilla cercanos a la boca y otros gestos no deseados. Además, el acusado habría efectuado comentarios de índole sexual y utilizado su posición jerárquica para coaccionar a las víctimas, advirtiéndoles sobre posibles consecuencias negativas laborales si no accedían a sus requerimientos sexuales.

En la resolución, los magistrados señalan que «[...] el sindicato le proponía que se traten con confianza, que lo abrase, que lo bese en la mejilla cerca de la boca, al abrazarla lo hacía con sus manos cerca de los glúteos, le tocaba la zona del ombligo, y al enseñarle a manejar le tocaba la pierna (sic) [...]»

En alguna ocasión, le habría efectuado masajes expresándole que se relaje, así como también le lanzaba comentarios tales como “che negra cuando vamos a coger”; “que si no hacia lo que le decía se iba a amargar”; “te hago de todo menos un hijo”; “con ese cuerpazo y esas tangas que tenés no sé porque estas triste”, entre otras menciones de ese tipo.

Además, la denunciante refirió que su compañera “C.C.” también vivía hechos parecidos a los que ella narra en su exposición.

El juez a cargo de la tramitación del proceso en fecha 15 de mayo de 2023 ordena el procesamiento del imputado por entender que debe responder como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple reiterado (3 hechos), en concurso real con el delito de coacción reiterada (2 hechos).

En la decisión que traemos al análisis, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata adopta un criterio amplio al pretender atribuirle significación sexual a la conducta investigada. Para los jueces firmantes, se debe contemplar:

«[...] la objetividad del acto más la subjetividad del autor, circunscripto también al contexto situacional en el que se desarrolla el hecho motivo de valoración. Aquí adquiere importancia la tendencia subjetiva mediante el cual no solo ha de analizarse si los actos son impúdicos por dirigirse directamente a las partes pudendas de la víctima, sino que debe determinarse si los tocamientos tenían como finalidad saciar el apetito lujurioso del agente, conforme el cuadro circunstancial en el que produce».

Por ello, consideramos que abusar sexualmente es una expresión amplia, y recae en quien resuelve analizar de manera concreta el modo en que se han suscitado los hechos y la subjetividad que ha motivado al agente para desempeñarse del modo recriminado.

Es que, a nuestro modo de ver, una conducta puede ser abusiva si los tocamientos, pese a no dirigirse sobre una zona impúdica del cuerpo de la víctima, se desarrollan sobre

otras partes adquiriendo connotación sexual por la posición subjetiva que motivó al agente a calmar su finalidad voluptuosa o lasciva...”¹².

Pero, además, me parece interesante remarcar que para zanjar el asunto, los magistrados han considerado la significativa dimensión de género que se evidencia en el caso concreto, reconociendo la necesidad de abordar con sensibilidad y comprensión las complejas dinámicas de poder. Véase que, en su resolución, el tribunal enfatiza que el contexto de desigualdad se encuentra objetivamente corroborado por la desigualdad jerárquica de los involucrados dentro de las fuerzas armadas.

De allí, deviene interesante que los firmantes no solo adoptan un criterio concreto y determinado, sino que incorporan como pauta de valoración la implicancia que la cuestión de género puede producir en un caso como el estudiado.

De tal forma, y si bien los contactos que presuntamente Andersen efectuaba sobre las víctimas no se dirigían a zonas pudendas o íntimas, los comentarios lascivos y las actitudes sexistas que acompañaban esas conductas permiten interpretar preliminarmente su finalidad sexual, y considerar que su accionar tenía como única orientación saciar su ánimo libidinoso, menoscabando con su comportamiento la integridad sexual de las damnificadas. Y si ello es así, con fundamentos en esas cuestiones, los magistrados consideran que la conducta del encartado se adecua a la figura diseñada en el párrafo 1 del artículo 119 de nuestro código penal.

6. Nuestra opinión

Luego de haber realizado un detalle pormenorizado de las cuestiones que caracterizan el delito de abuso sexual simple contenido en el 1er párrafo del art. 119 del C.P., concluimos que el abusar sexualmente de una persona no se identifica con ninguna conducta establecida tácitamente por el legislador, lo cual lleva a pensar que el mandato de determinación es de difícil respeto o comprensión por la amplitud propia que un concepto como este trae en su génesis.

Esa falta de delimitación genera dudas, contradicciones y confrontaciones no solo en aquellos que tienen como tarea estudiar o aplicar el derecho, sino que también en aquellas personas cuya conducta se pretende gobernar.

Pero sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, resulta inimaginable pensar de que modo se puede consignar en el texto legislativo un abanico de acciones que constituyan abuso sexual, pues ello parecería una utopía que tornaría casi imposible la redacción de la norma en el sentido propuesto.

De allí, en orden a las lagunas interpretativas que se pueden producir ante el advenimiento de ciertos casos, no queda más que fijar una serie de reglas las cuales permitirán esclarecer si nos encontramos ante un hecho de abuso sexual contemplado en el 1er párrafo del art. 199 de nuestro Código Penal.

Por ello, somos de la idea que al analizar un caso problemático debe hacerse especial hincapié y estudiar en que consistió la acción objetivamente desplegada; dilucidar cuál fue la real intención del sujeto activo; entender la connotación que el sujeto pasivo

¹² CFAMDP, “Legajo de Apelación de M., D...”, 1/9/2023, Expte. nro. 1433/2023.

percibió del acto presuntamente delictivo; considerando de manera conglobada esos elementos con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que el acto fue realizado.

Y si ello es así, detallare a continuación en que consiste cada uno de estos conceptos a los fines de una mejor comprensión de estas líneas.

En cuanto a la acción objetivamente desplegada por el sujeto activo, debemos establecer con claridad en que consistió la maniobra física reprochada, determinando también si existieron otros comportamiento no corporales (pueden ser comentarios o expresiones verbales) que acompañaron ese accionar. Lo que se busca, en definitiva, es establecer si hubo contacto físico no consentido, palabras inapropiadas con sentido libidinoso, o cualquier otro comportamiento que pueda ser interpretado como realizado con ánimo lujurioso.

Respecto a la real intención del sujeto activo, se debe indagar y comprender las intenciones detrás de la acción del presunto agresor. Esto implica considerar si el objetivo de la conducta estuvo direccionado a saciar el apetito sexual mediante cualquier modalidad comisiva que pueda constituir abuso sexual. Esta intención, pueda exteriorizarse no solo mediante acciones positivas, sino que también a través de palabras, acciones previas u otras circunstancias que rodean el evento.

Otra pauta esencial para analizar si una conducta es constitutiva del delito de abuso sexual, tiene que ver con la connotación percibida por el sujeto pasivo respecto de la acción llevada a cabo por el presunto agresor. En este sentido, deviene sustancial realizar un análisis de cómo la persona damnificada captó el comportamiento del agresor. Para ello, es imperioso razonar sobre su reacción emocional, psicológica y física frente a la conducta del atacante, pues su percepción subjetiva nos permitirá establecer si la acción fue consentida, deseada, o no simplemente no captada como abusiva.

Por último, serán las circunstancias de modo, tiempo y lugar las que permitirán entender el contexto general en el que se desarrollaron los hechos. Así, se podrá determinar si el evento sucedió en el ámbito público o privado, ante la mirada o presencia de terceras personas, así como también otras condiciones temporo-espaciales que pueden circunscribir el modo en el que se llevó a cabo el hecho.

Claro que además de lo hasta aquí propuesto, entiendo que como bien ha realizado la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la decisión que ponemos aquí en estudio, en este tipo de delitos es esencial analizar un eslabón más, el cual está dado por la cuestión de género.

Es que en estos casos muchas veces se verifica una desigualdad por la falta de asimetría de poder que existe entre géneros, pues aquel que se encuentra en una situación de dominio o preponderancia en virtud de la mayor fuerza, ascendencia u otras formas de sometimiento arraigas conforme los estereotipos perjudiciales ya constituidos, echa mano al señorío que ejerce para llevar a cabo la conducta criminal y saciar con ella su apetito sexual.

Cada uno de estos elementos debe ser meticulosamente analizado y evaluado en conjunto para determinar si los hechos constituyen abuso sexual según lo establecido en el artículo 119 del Código Penal.

Claro que estas pautas solo nos permiten entender de mejor modo la génesis del suceso presuntamente abusivo, pero de ningún modo edifican una fórmula matemática cuya configuración permite acreditar y concluir positivamente en lo asertivo de la

imputación por un delito sexual. Así, solo son baremos a los cuales el juzgador podrá echar mano a los fines de determinar si una conducta se adecua normativamente al resultado que el tipo plantea como ámbito susceptible de protección la normativa.

La evaluación de estas circunstancias nos permitirán entender de mejor manera la realidad de lo disvalioso de la acción llevada a cabo por el sujeto activo, y facilitarán la construcción de un escenario integral que habilitará un debido abordaje del tema.

Así, somos de la idea que si se presenta un caso como el estudiado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, donde pese a no haber tocamientos específicos contra las partes pudendas del sujeto pasivo, el contexto en el que se dieron los hechos, las expresiones de tinte sexual propiciadas por el agente, la situación de dominio que el imputado tenía en orden al mayor cargo que ostentaba, y la cuestión de género verificada, nos marca a las claras que nos encontramos ante un caso de abuso sexual simple contemplado en el art. 119 1er párrafo del C.P.

7. Conclusión

Sin dudas, la descripción que nuestro texto normativo acoge respecto al abuso sexual simple, presenta una textura abierta que debe ser zanjada mediante la tamización de ciertas pautas que darán luz sobre la realidad de lo acontecido. Para tratar de formular una debida interpretación de lo sucedido, habrá que echar mano y pensar el asunto analizando la acción objetivamente desplegada, la real intención del sujeto activo, la connotación que el sujeto pasivo percibió del acto presuntamente delictivo, considerando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que el acto fue realizado.

Pero además, será esencial examinar como pudo influir en el suceso la cuestión de género, pues muchas veces las situaciones de poder disímiles construyen en la faz interna del sujeto activo, un pensar de que todo lo puede con relación a la persona que dé él depende o se encuentra sometida a las decisiones o acciones que despliegue en efecto. Por ello, en muchos casos, el abuso sexual no se edifica solamente en base a una violencia física, sino que es el resultado de coerciones emocionales o contextos de disparidad significativa.

De allí, que integrar estas perspectivas es esencial para entender de mejor modo el tipo penal, pues su utilización permitirá concebir de mejor modo las dinámicas sociales y culturales que subyacen a los delitos sexuales.

8. Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, 2014, “*Derecho Penal Sexual –Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual-*”, Buenos Aires, ed. B de f.
- Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina”, 4ta edición, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2017.
- Creus Carlos & Buompadre, Jorge E., 2009, “*Derecho Penal. Parte Especial*” 3ª ed., Buenos Aires, Astrea.
- Donna, Edgardo A., 1999, “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni.

Figari, Rubén E., 2021, “Código Penal Parte Especial”, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley.

Parma, Carlos, 1999, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Villada, Jorge L., 2000, “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1981, “*Tratado de Derecho Penal*”, Buenos Aires, ed. Ediar.

Jurisprudencia

CFAMDP, “Legajo de Apelación de M., D...”, 1/9/2023, Expte. nro. 1433/2023.

Calificación legal y derecho de defensa en juicio

Comentario al fallo «Suárez, Héctor Rolando» de la Cámara Federal de Casación Penal

Andrés M. Zelasco¹

Resumen

¿Puede una persona acusada discutir la calificación legal que agrava su situación procesal? Este artículo analiza un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal que negó esa posibilidad en el marco de un planteo de prescripción. A partir de una lectura crítica, se advierte cómo decisiones de este tipo restringen de manera indebida el derecho de defensa, al impedir que el imputado cuestione aspectos clave de la acusación. Frente a ello, se sostiene la necesidad de garantizar un control judicial efectivo desde las etapas iniciales del proceso, en línea con los estándares constitucionales y convencionales que protegen las garantías penales.

Sumario

1.- Introducción | 2.- El caso Suárez | 3.- De los defectos de fundamentación y la garantía de defensa en juicio | 4.- Conclusión | 5.- Bibliografía

Fallo comentado

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Suárez, Héctor Rolando s/ recurso de casación”, 18/12/2023. Causa CFP nro. 9828/2017/TO1/CFC1, Reg. nro. 1809/23.4.

Palabras clave

derecho de defensa – genotipificación probabilística – confrontación de la prueba – garantías procesales – tecnologías en el proceso penal

¹ Abogado graduado con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires). Especialista en teoría del delito (Universidad de Salamanca). Especialista y maestrando en derecho penal (Universidad de Buenos Aires). Docente de derecho penal (Cátedra Gustavo Garibaldi, Universidad de Buenos Aires). andresm.zelasco@gmail.com

1. Introducción

El derecho de defensa en juicio es una garantía fundamental del debido proceso legal, que se encuentra prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Se trata además, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), de una de las *«formas sustanciales del juicio»*, cuya inobservancia afecta definitivamente su validez.²

En esta misma línea, sobre la importancia de la garantía en cuestión, la CSJN ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que «en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa».³

Sentado lo anterior, resulta fundamental analizar el alcance que debe tener el derecho de defensa, pues lo cierto es que la utilización del adverbio *«plenamente»* en tan reiterados precedentes por parte de la CSJN no puede haber sido simplemente casual. Por el contrario, aquella se trata de una decisión consciente del más alto tribunal que nos indica que la garantía examinada debe interpretarse siempre en sentido amplio, y abarcar todos los aspectos posibles del proceso penal.

En este sentido, queda claro que el derecho de defensa debe incluir la posibilidad de controvertir todos los actos que hacen a la pretensión punitiva del Estado en contra de una persona acusada de delito, incluyendo cada uno de sus aspectos. De lo contrario, si se pretendiera dejar de lado alguno de los extremos que hacen al castigo estatal, se estaría restringiendo indebidamente el ejercicio del mentado derecho de defensa, y desoyendo la más alta jurisprudencia nacional e interamericana.

Por esta misma línea, viene al caso recordar las palabras del maestro Julio B. J. Maier, quien enseñaba que

«[...] el derecho de defensa comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe» [...] «[l]a base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal» (Maier 2004: 547)

Por su parte, vale a su vez mencionar que la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante, CFCP) también ha dicho que «es inviolable la defensa en juicio»⁴ y que dicha garantía incluye «el derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye»⁵. En línea con desarrollado más arriba, ha sostenido que dicha garantía se ve

² Conf. CSJN, «Fermín, Mauricio», 22/07/2008, Fallos 331:1664; CSJN, «González, Miguel Ángel y otros», 17/09/2019, Fallos 342:1501, entre otros.

³ Conf. CSJN, «Rodríguez, Luis Guillermo», 23/05/2006, Fallos 329:1794; CSJN, «Iñigo, David Gustavo», 26/02/2019, Fallos 342:122; y CSJN, «Moreira, Luis Daniel», 22/12/2020, Fallos 343:2181.

⁴ CFCP, Oficina Judicial, «T. G. s/ audiencia de sustanciación de impugnación», 08/11/2023, causa FSA nro. 4739/2023/12, Reg. nro. 84/23, voto del juez Hornos.

⁵ CFCP, Sala IV, «CV, JC s/ recurso de casación», 16/08/2023, causa FMZ nro. 26155/2017/TO1/CFC2, Reg. nro. 1075/23, jueces Borinsky, Carbajo y Hornos.

afectada en casos en que se priva a la defensa de la posibilidad de contestar y expresar su punto de vista en orden a las cuestiones introducidas por el Ministerio Público Fiscal⁶.

En virtud de lo dicho hasta aquí, no debiera hacer falta aclarar que, dentro del proceso penal, la calificación legal aplicable –que determina la vigencia de la acción penal– es uno de los puntos fundamentales sobre los cuales el imputado debe tener derecho a interponer ante la autoridad jurisdiccional todas las defensas que considere pertinentes; ello, precisamente a los fines de evitar o aminorar la pena, o para inhibir la persecución penal.

Sin embargo, a pesar de que tanto la jurisprudencia como la doctrina antes citada resultan claras en interpretar a la garantía bajo estudio de la manera más amplia posible, de modo de resguardar adecuadamente los derechos del acusado frente al poder estatal, lo cierto es que la misma CFCP antes citada ha decidido fallar en sentido contrario. Como veremos a continuación, ese tribunal ha optado por restringir el derecho de defensa de manera indebida, al vedar a una persona imputada la potestad de cuestionar el encuadre jurídico asignado en su contra por el Ministerio Público Fiscal, excluyendo tal punto del debido control jurisdiccional.

De ese modo, ha consagrado un estándar que privaría a todo acusado de la posibilidad de interponer una excepción de falta de acción por prescripción en un proceso seguido en su contra, toda vez que bastaría con que la fiscalía escogiera una calificación más gravosa, sin ningún tipo de control judicial, para echar por tierra cualquier planteo de tal índole.

A continuación, brindaré los detalles del caso, y cuestionaré la decisión del máximo tribunal penal del país, explicando los motivos por los que entiendo que resulta desajustada a derecho.

Por último, expondré las conclusiones a las que he arribado, y postularé la que debería haber sido la correcta resolución del caso, si se hubiera considerado de manera adecuada la garantía de defensa en juicio.

2. El caso «Suárez»

El señor Suárez había sido procesado, en fecha 18 de marzo de 2019, como autor prima facie responsable del delito previsto en el artículo 293 del Código Penal de la Nación (en adelante, CPN), que reprime con pena de uno a seis años a aquel que «[...] *insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio*».

Ante tal resolución, su defensa interpuso recurso de apelación, en el que cuestionó la calificación legal efectuada por el magistrado de primera instancia. Es así que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dispuso, el 8 de mayo de 2019, hacer lugar parcialmente a la impugnación y establecer que el encuadre jurídico aplicable era el del artículo 292 primer párrafo *in fine* del CPN, cuya escala penal va de los seis meses a los dos años de pena de prisión.

El fallo de la Cámara revisora no fue recurrido por el Ministerio Público Fiscal. En ese sentido, no es menor destacar que si bien la acusación podría haber impugnado la

⁶ CFCP, Sala II, «Belgrano Callejas, Jorge Rodrigo», 12/10/2021, causa CFP 10173/2016/TO1/16/1/CFC10, Reg. nro. 1665, jueces Slokar, Mahiques y Yacobucci.

calificación establecida mediante un recurso de casación, decidió dejar firme su decisión y, de ese modo, consentir el derecho aplicable.

No obstante ello, días más tarde el Fiscal interviniente decidió requerir la elevación a juicio de las actuaciones, insistiendo en calificar la conducta de Suárez en los términos del artículo 293 del CPN. Ello así a pesar de haber omitido, como dije, recurrir oportunamente el encuadre jurídico establecido por la Cámara.

En este escenario es que el 4 de noviembre de 2019 se elevó la causa a juicio, quedando radicada –en virtud de la subsunción legal establecida por los jueces de Cámara en el incidente de apelación– en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 4. No obstante ello, el 10 de diciembre de 2019, el Ministerio Público Fiscal insistió en calificar la conducta como constitutiva del delito previsto en el artículo 293 del Código Penal, y planteó en consecuencia la incompetencia del Juzgado aludido, la que fue declarada por aquél⁷.

De ese modo, la causa quedó radicada ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 8, que recibió las actuaciones en fecha 27 de diciembre de 2019 y recién citó a las partes a juicio el 9 de febrero de 2023.

Es así que la asistencia técnica del señor Suárez se presentó solicitando se declare la extinción de la acción penal por prescripción, al haber transcurrido holgadamente el máximo de pena previsto para el delito del artículo 292, primer párrafo *in fine*, del CPN –figura que, recordemos, había sido la fijada por la Cámara sin verificarse ningún acto interruptivo de la prescripción. Sin embargo, el Tribunal no hizo lugar al planteo, por considerar que la figura aplicable era la del requerimiento de elevación a juicio fiscal, es decir, aquella prevista y reprimida en el artículo 293 del CPN, cuya escala penal cuenta con un máximo sensiblemente mayor, en virtud del cual no se había cumplido el plazo de prescripción.

Frente a tal decisión, la defensa interpuso recurso de casación, agraviándose por entender que su planteo de extinción de la acción debía considerarse a la luz de la subsunción jurídica dispuesta por la Cámara de Apelaciones. En ese sentido explicó que, de validarse la interpretación del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 8, se establecería *de facto* la imposibilidad de todo acusado de discutir el encuadre jurídico durante toda la etapa de instrucción, quedando en consecuencia también excluida la posibilidad de interponer la excepción de falta de acción por prescripción de la acción penal, pues bastaría para la Fiscalía con sostener una nueva calificación legal que cuente con un máximo sancionatorio mayor para hacer caer sin más el planteo defensorista.

Es así que se llega al fallo de la Cámara Federal de Casación Penal que motiva la presente crítica, en el que los jueces de la Sala IV⁸, en fecha 19 de diciembre de 2023, decidieron rechazar la impugnación de la defensa. Sus argumentos, principalmente, fueron tres.

⁷ Ello en virtud de la decisión tomada por el Ministerio Público Fiscal de insistir en la calificación en los términos del art. 293 CP. Vale recordar que el juzgado estaba entendiendo en la causa ya elevada en virtud de la calificación del art. 292 primer párrafo *in fine* CPN, establecida por la Cámara de Apelaciones, cuya escala penal habilita el juzgamiento por parte del juez federal de primera instancia (cfr. lo establecido en el art. 33 inciso 2° Código Procesal Penal de la Nación). Sin embargo, ante una calificación más gravosa como la del art. 293 CPN, que fue la mantenida por la fiscalía, debe intervenir un Tribunal Oral en lo Criminal Federal.

⁸ Dres. Mariano Hernán Borinsky, Javier Carbajo y Gustavo M. Hornos.

En primer término se expresó el Dr. Borinsky, a cuyo voto adhirió el Dr. Carbajo, y sostuvo en lo que aquí interesa que

«[...] los encuadres típicos realizados a lo largo del expediente resultan provisorios, por lo que corresponde la realización del debate a fin de que sea en ese ámbito en el que se discutan ampliamente las cuestiones ya que es en aquella etapa donde puede alcanzarse la plena seguridad sobre la responsabilidad del imputado en el hecho atribuido [...]»

A su vez, puso de resalto que, desde su óptica,

«[...] a fin de analizar si en el caso ha operado la prescripción, el examen en cuestión debe efectuarse a partir de la imputación más gravosa de las posibles con relación al hecho objeto de juicio [...]»

A continuación, el Dr. Hornos también compartió la opinión de sus colegas, pero agregó que

«[...] cierto es que durante las etapas preliminares del proceso la calificación jurídica del objeto procesal puede variar, pues la instrucción tiende a decidir y precisar la imputación, que durante su desenvolvimiento es fluida y puede experimentar modificaciones y precisiones; mientras que con el requerimiento de elevación a juicio adquiere una configuración precisa, y determinada. Sobre dicha hipótesis fáctica sometida al órgano jurisdiccional como base del juicio, incidirá todo el examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal [...]»

A paso seguido, desarrollaré los motivos por los que entiendo que la decisión de los jueces casatorios resulta criticable. En ese tren, demostraré que sus consideraciones presentan serios defectos de fundamentación que las vuelven incompatibles con la garantía constitucional de defensa en juicio, desarrollada al comienzo de este trabajo.

3. Los defectos de fundamentación y la garantía de defensa en juicio

En primer lugar, he de mencionar que no asiste razón a la Sala IV cuando alude, como uno de los motivos para desechar el recurso de la defensa, que sería necesaria la realización del juicio oral a los fines de «*discutir ampliamente las cuestiones*» y «*alcanzarse la plena seguridad sobre el hecho atribuido*».

Es que si fuera cierto que resulta ineludible llevar adelante el juicio para, de ese modo, contar con seguridad respecto de las distintas «cuestiones» de una causa antes de poder analizar un planteo de prescripción, no tendría sentido alguno que el legislador haya consagrado la posibilidad de que la acción penal prescriba antes de la realización del debate oral y público (por caso, entre la propia comisión del hecho y el primer llamado a indagatoria, o entre el requerimiento de elevación a juicio y la citación a las partes en los términos del art. 354 del CPPN).

En este punto, entonces, se observa que el razonamiento de la Cámara de Casación aparece como contrario a la letra de la norma que regula el instituto de la prescripción, pues aquella expresamente reconoce la posibilidad de declararla en las etapas preliminares del proceso –cfr. art. 67 del CPN–. Al respecto, no puede perderse de vista que la CSJN

ha dicho en incontables ocasiones que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que «cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquéllas»⁹.

En efecto, ocurre que lo aquí actuado por los magistrados del tribunal revisor ha sido precisamente la realización de consideraciones que exceden la letra de la ley. Ello así, al pretender que fuese necesario alcanzar plena seguridad sobre el hecho atribuido para poder recién allí tomar en cuenta el encuadre jurídico y evaluar el pedido de prescripción.

En adición a lo anterior, vale decir que la posición de la Sala IV desconoce también la propia jurisprudencia de la CSJN en lo que hace a la prescripción de la acción penal, por cuanto ha sostenido en diversos precedentes que aquella, por ser una cuestión de orden público, «debe ser declarada aun de oficio en cualquier instancia del proceso»¹⁰.

He aquí un primer vicio de fundamentación, que hace al fallo aquí criticado merecedor de la tacha de arbitrariedad. Sin embargo, no es el único.

En segundo término, he de referirme al argumento relativo a que el examen del planteo de prescripción debe efectuarse «a partir de la imputación más gravosa de las posibles». Tal aserción contraría diversos principios fundamentales que también han sido reconocidos por la jurisprudencia de la CSJN.

Es que, contrario a lo sostenido por los jueces de casación, debe tenerse presente que en el caso «Acosta»¹¹ se estableció que, en el ámbito criminal, debe primar siempre una interpretación restrictiva del derecho aplicable, por cuanto

«[...] el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal»

Así las cosas, la decisión de examinar los planteos de la defensa a la luz de la alternativa menos favorable para el acusado, vulnera de plano el *principio pro persona* conforme lo ha explicado la CSJN en el precedente reseñado. Ello es así toda vez que consagra una interpretación cuyo fin no es otro que el de mantener la pretensión punitiva en contra del ser humano, invirtiendo la doctrina sentada en «Acosta».

Por ese motivo también se observa que la sentencia aquí puesta en crisis no supera el test de constitucionalidad.

Por último, debo analizar el tercero de los argumentos de la Sala IV, esto es, aquel en virtud del cual es recién con el requerimiento de elevación a juicio que la calificación jurídica «adquiere una configuración precisa, y determinada», por lo que el análisis del planteo de prescripción debería efectuarse únicamente a la luz del encuadre jurídico establecido por la Fiscalía en dicha pieza procesal, y no del fijado por la Cámara.

Al respecto, y como bien destacó la defensa en su recurso, no puede pasarse por alto que tal criterio implicaría dejar virtualmente sin efecto el instituto de la prescripción. Ello

⁹ Conf. CSJN, «Pioneer Argentina SRL TF 38718-A c/ DGA», 29/02/2024, Fallos 347:83; CSJN, «Ballvé, Horacio Jorge c/ Administración Nacional de Aduanas», 09/10/1990, Fallos 313:1007, entre otros.

¹⁰ Conf. CSJN, «Ríos, Norberto Calixto y otros c/ Girardi, Eduardo», 29/08/2002, Fallos 325:2129, CSJN, «Mir, Miguel Cristian Alberto y otros», 29/04/2004, Fallos 327:1273, entre otros.

¹¹ Conf. CSJN, «Acosta, Alejandro Esteban», 23/04/2008, Fallos 331:858.

es así puesto que, para hacer caer todo pedido de tal índole, bastaría con que el Fiscal de instrucción, al momento de requerir que la causa avance a la instancia oral, escoja una calificación legal lo suficientemente gravosa como para sortear los plazos existentes entre los diversos actos interruptivos de la prescripción. A su vez, lo cierto es que se lesionaría gravemente al servicio de administración de justicia si se permite que la conducción del proceso quede delegada única y exclusivamente en la opinión de los fiscales, transformando al Juez de Instrucción y a la Cámara en un verdadero convidado de piedra.

En ese sentido, entiendo que se estaría restringiendo de modo indebido el derecho de defensa en juicio, pues la cuestión de la calificación legal quedaría por fuera del control de la autoridad jurisdiccional. En efecto, ningún sentido tendría recurrir el auto de procesamiento cuestionando el encuadre jurídico ante la Cámara si, luego de lo que aquella resuelva, su decisión pudiera ser sorteada por la Fiscalía sin más esfuerzos que los de escoger una calificación alternativa en su requerimiento de elevación.

Viene al caso aquí recordar las palabras de Maier, citadas al inicio del presente trabajo, en virtud de las cuales el derecho de defensa en juicio debe incluir la posibilidad de discutir ante la autoridad jurisdiccional todos y cada uno de los aspectos que hagan a la persecución penal en contra de una persona acusada de delito. En esta inteligencia, consagrar en la Fiscalía la facultad discrecional, y sin posibilidad de control, de establecer el encuadre jurídico de la conducta enrostrada –lo que como sabemos, define la escala penal a la que se enfrenta el imputado y, de ese modo, también la vigencia de la acción penal– echa por tierra el derecho de defensa en juicio, de cuyo contenido no pueden escapar aspectos tan sensibles como los mencionados.

En apoyo a la posición que defiendo, debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso «*Barreto Leiva c. Venezuela*», no ha dejado lugar a dudas en cuanto a que «*el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso*»¹² incluyendo, por supuesto, la etapa de investigación.

En consecuencia, queda claro que la posibilidad de todo acusado de recurrir ante la autoridad judicial para hacer caer uno o todos los aspectos de la pretensión punitiva dirigida en su contra, se encuentra consagrada desde las primeras etapas del proceso penal. Así las cosas, no puede establecerse válidamente que durante toda la etapa de investigación no haya posibilidad real de discutir la calificación legal, lo que se consagraría de permitir al Ministerio Público Fiscal sortear las decisiones de la Cámara.

En atención a los argumentos precedentes, desde este punto de vista tampoco puede defenderse la sentencia cuestionada, que aparece como contraria a la garantía de defensa en juicio y al estándar jurisprudencial tanto de la CSJN como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Conclusión

En virtud de lo desarrollado hasta aquí, considero haber demostrado que el fallo «*Suárez*», dictado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, presenta serios

¹² CorteIDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, Parágrafo 29.

defectos de fundamentación y, en consecuencia, constituye una decisión que no debe ser replicada en lo sucesivo.

En efecto, luego de haber definido el alcance de la garantía de defensa en juicio, y de haber presentado el caso y sus principales argumentos, he dejado en claro tres cuestiones:

En primer lugar, que no es cierto que sea necesario realizar el juicio oral para, recién una vez establecido con certeza el encuadre jurídico, poder decidir sobre la vigencia de la acción penal. Si tal afirmación fuera correcta, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto expresamente la posibilidad de extinguir la acción penal por prescripción antes de alcanzar la etapa oral. En este sentido, la posición de los camaristas pasa por alto la letra del artículo 67 del Código Penal, y presupone la inconsecuencia del legislador, por lo que no puede ser acompañada.

En segundo término, que la pretensión de analizar el planteo defensivo a la luz de la calificación más gravosa entre las posibles, vulnera flagrantemente el *principio pro persona* y el principio político de que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, ambos receptados por la jurisprudencia de la CSJN.

Por último, que la decisión de analizar la prescripción a la luz del encuadre jurídico efectuado por el Fiscal en su pieza de elevación a juicio, desoyendo la decisión jurisdiccional de la Cámara, echa por tierra el derecho de defensa en juicio, que debe regir desde el inicio de la investigación penal.

En síntesis, el fallo criticado no parece tener la solidez suficiente como para ser seguido por los tribunales del fuero. Un elemental respeto al derecho de defensa en juicio, en concordancia con los estándares doctrinarios y jurisprudenciales esbozados, son buenas razones para sostener que todo planteo de extinción de la acción penal por prescripción que sea efectuado antes del debate oral y público debería ser evaluado teniendo en cuenta la calificación establecida por la autoridad jurisdiccional –sea ésta el Juzgado de Instrucción o la Cámara – y no la subsunción jurídica efectuada, sin control alguno, por el Ministerio Público Fiscal.

5. Bibliografía

Maier, J.B.J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Barreto Leiva c. Venezuela”, 17/11/2009.

CSJN, «Fermín, Mauricio», 22/07/2008, Fallos 331:1664.

CSJN, «González, Miguel Ángel y otros», 17/09/2019, Fallos 342:1501.

CSJN, «Rodríguez, Luis Guillermo», 23/05/2006, Fallos 329:1794.

CSJN, «Iñigo, David Gustavo», 26/02/2019, Fallos 342:122.

CSJN, «Moreira, Luis Daniel», 22/12/2020, Fallos 343:2181.

CSJN, «Pioneer Argentina SRL TF 38718-A c/ DGA», 29/02/2024, Fallos 347:83.

CSJN, «Ballvé, Horacio Jorge c/ Administración Nacional de Aduanas», 09/10/1990, Fallos 313:1007.

CSJN, «Ríos, Norberto Calixto y otros c/ Girardi, Eduardo», 29/08/2002, Fallos 325:2129.

CSJN, «Mir, Miguel Cristian Alberto y otros», 29/04/2004, Fallos 327:1273.

CSJN, «Acosta, Alejandro Esteban», 23/04/2008, Fallos 331:858.

Cámara Federal de Casación Penal (OJ), «T. G. s/ audiencia de sustanciación de impugnación», 08/11/2023.

Cámara Federal de Casación Penal (IV), «CV, JC s/ recurso de casación», 16/08/2023.

Cámara Federal de Casación Penal (II), «Belgrano Callejas, Jorge Rodrigo», 12/10/2021.

Injusticia plenaria

Comentario al fallo «Tobar Coca, Néstor s/ inaplicabilidad de ley» de la Cámara Federal de Casación Penal

Paula Montefiori¹

Resumen

Un fallo plenario de la Cámara Federal de Casación Penal reabrió el debate sobre los límites constitucionales del sistema de ejecución penal en Argentina. A partir del caso «Tobar Coca», la mayoría del tribunal validó normas que excluyen a ciertos condenados del régimen progresivo y de la posibilidad de acceder a salidas anticipadas, en particular por delitos vinculados al narcotráfico. Este artículo analiza críticamente el contenido y el procedimiento del plenario, advirtiendo cómo una doctrina con pretensiones de uniformidad puede afectar principios esenciales como la progresividad, la igualdad ante la ley, la independencia judicial y el control de constitucionalidad difuso. Se examina también el impacto de esta decisión en el sistema carcelario federal y se denuncia el riesgo de consolidar, bajo apariencia de neutralidad, un derecho penal regresivo, punitivista y alejado de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Sumario

1.- Introducción | 2.- El caso: la ejecución de la pena privativa de libertad de Néstor Tobar Coca | 3.- El controvertido carácter obligatorio de la sentencia plenaria | 4.- El contenido del plenario | 5.- A modo de conclusión | 6.- Bibliografía

Fallo comentado

Cámara Federal de Casación Penal, “Tobar Coca, Néstor s/ inaplicabilidad de ley”, acuerdo N° 7/2025 – plenario N° 16, 08/04/2025. Causa FCR 230/2019 TO1/2/2/2/208/04/2025.

Palabras clave

Cámara Federal de Casación Penal – penas privativas de libertad – progresividad – régimen preparatorio para la liberación – jurisdicción plenaria

¹ Abogada especialista en Derecho Penal (UNL), Constitucional Práctico (UBA) y Derecho Administrativo (UNR), Diplomada en Derecho de Ejecución Penal (UNCAUS) docente de grado y posgrado en la carrera abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Autora de distintas publicaciones y ponencias. Desde marzo de 2020 se desempeña como defensora pública titular con competencia en ejecución de penas en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de Entre Ríos. Correo: paulamontefiori@gmail.com

1. Introducción

Argentina, como la mayoría de los Estados latinoamericanos ubicados al sur del río Bravo, adoptó un sistema jurídico conocido como romanista o continental europeo. Las razones son históricamente obvias, fuimos colonias españolas hasta entrado el siglo XIX aproximadamente. En aquel sistema, la fuente principal del derecho era la ley.

A pesar de ello, a la hora de diseñar nuestra arquitectura constitucional, la influencia fue notoriamente americana, luego de la independencia de los Estados Unidos de América, del surgimiento de la primera Constitución moderna y del establecimiento del sistema de gobierno presidencialista.

Esta influencia que se esparció a casi todas las constituciones latinoamericanas, incluyendo a la nuestra, no estuvo ausente de contradicciones prácticas, en tanto se impregna de un sistema totalmente opuesto al romanista, como es el «*common law*» que, entre otras características, otorga un valor prevalente a la jurisprudencia o al precedente como fuente de derecho.

En este tironeo aparece una hibridación de fuentes que impacta a la hora de ejercer la garantía de supremacía de la Constitución a través del ejercicio del control de constitucionalidad. Ello por cuanto el sistema de control jurisdiccional difuso, también llamado «americano» es una derivación de la aplicación del precedente de manera uniforme.

Mucho se ha discutido, incluso en las primeras materias de la carrera de derecho, sobre el carácter vinculante o de fuente formal de la jurisprudencia en nuestro país, respecto a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también respecto de las sentencias plenarias efectuadas por las cámaras de casación en materia federal o en el sistema de algunas provincias.

Previamente es menester destacar, tal como postula Gelli (2002), que no es tarea sencilla identificar dentro de una sentencia cuál o qué parte de su contenido se transforma en el precedente que a su vez será fuente formal de derecho. Para tal cometido primero hay que distinguir los «*obiter dicta*» del «*holding*» de cada acto judicial, que equivale a identificar la columna vertebral de una persona, o una viga en una construcción, que no puede ser eliminado de la sentencia sin que la misma pierda estabilidad o lógica argumental. Por el contrario, los «*obiter dicta*» son una especie de metamensajes que la judicatura quiere comunicar pero que no resultan esenciales y que pueden ser eliminados de la argumentación de la sentencia sin efecto desestructurante.

La distinción reviste importancia dado que la parte que genera seguimiento, es el «*holding*» que puede llegar a convertirse en regla de derecho y en los casos previstos legalmente pueden tener aptitud para generar seguimiento obligatorio en casos análogos.

Esta especie de superpoder que vía infraconstitucional se les asigna a los fallos plenarios no está libre de objeciones que vienen de la mano del estado constitucional y democrático de derecho. Sus puntos débiles pueden identificarse con la independencia del poder judicial, con el diseño por parte del legislador ordinario, por su diferencia con la competencia del propio máximo tribunal, y en este caso puntualmente, con la transformación del sistema de control difuso de constitucionalidad en un sistema de efectos concentrados, por parte de jueces inferiores usurpando un atributo que ni los propios jueces que integran la Corte Suprema de Justicia de la Nación han tenido hasta ahora.

En este contexto, el reciente fallo plenario de la Cámara Federal de Casación Penal «*Tobar Coca*»² sorprende con la interpretación realizada respecto a la compatibilidad del régimen de progresividad de la pena de los artículos 14 inc. 10 del Código Penal y 56 *bis* inc. 10 de la ley 24.660 con los principios de igualdad de la ley y razonabilidad de los actos de gobierno, en cuanto imposibilitan el acceso a salidas o libertad anticipada a las personas condenadas por delitos relativos al tráfico de estupefacientes o su financiamiento.

La pretendida función nomofiláctica alegada para brindar uniformidad a la interpretación de la ley sustantiva corroe principios republicanos como la independencia judicial y la división funcional del poder estatal, sumado a la falta de robustez del procedimiento plenario en términos de autogobierno, sumado a la disconformidad con el contenido sustancial arribado por el plenario, todo lo que intentará abordar en este trabajo.

2. El caso: la ejecución de la pena privativa de libertad de Néstor Tobar Coca

Néstor Tobar Coca fue condenado como autor responsable del delito de uso de documento nacional de identidad falso y partícipe necesario en su adulteración para acreditar la identidad de las personas, en concurso real con transporte de estupefacientes, en concurso material entre sí, a seis años y seis meses de prisión, accesorias legales, multa de 80 U.E.F. equivalentes a \$240.000 y costas.

Por sentencia de fecha 28/01/2025 de la sala en feria de la Cámara Federal de Casación, integrada por la jueza Ángela Ledesma y los jueces Juan Carlos Gemignani y Diego G. Barroetaveña, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 *bis* inc. 10 último párrafo de la ley 24.660 y se dispuso anular la sentencia del tribunal oral que había sido impugnada, remitiendo las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

El representante del Ministerio Público interpuso recurso de inaplicabilidad de ley en los términos del artículo 11 de la ley 24.050 contra aquella decisión y a la vez solicitó que por acuerdo general se fije como doctrina aplicable y obligatoria la plena validez constitucional de los artículos que habían sido descalificados por la Cámara de feria.

A través del tribunal de admisibilidad de la Cámara Federal de Casación Penal se resolvió por mayoría declarar admisible el recurso de inaplicabilidad presentado por el Ministerio Público Fiscal y convocar al pleno del tribunal para emitir sentencia plenaria respecto a la compatibilidad con el régimen de progresividad de la pena, con el principio de igualdad ante la ley y el principio de razonabilidad de los actos de gobierno, los artículos 14 del Código Penal y 56 *bis* de la ley 24.240, así como otras disposiciones concordantes en la materia, en cuanto estipulan que no corresponde conceder los beneficios allí referidos a quienes fueran condenados en orden a los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737 o a la que en el futuro la reemplace.

El orden de votación fue el siguiente: Daniel A. Petrone (presidente), Diego G. Barroetaveña, Guillermo J. Yacobucci, Ángela E. Ledesma (en minoría), Carlos A.

² Causa FCR 230/2019 TO1/2/2/208/04/2025, caratulado: “Tobar Coca, Néstor s/ inaplicabilidad de ley”. Acuerdo N° 7/2025 – Plenario N° 16.

Mahiques, Mariano H. Borisnky, Alejandro W. Slokar (en minoría), Juan Carlos Gemignani (en minoría), Javier Carbajo y Gustavo H. Hornos. Nótese que de los 10 jueces mencionados sólo una es jueza, la Dra. Ledesma, quién incluso se pronuncia en el plenario aplicando perspectiva de género al mencionar el impacto diferenciado que la ejecución penal genera en las mujeres frente a los hombres.

El dato de la composición del tribunal no es menor, si lo medimos en términos representativos y en términos igualitarios, con la presencia de solamente una representante de un género distinto al masculino, lo que equivale al 10% de participación en la decisión de la única mujer. Esta composición no cumple con los mandatos de la normativa internacional que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en especial la CEDAW que establece que se debe garantizar la igualdad de las mujeres en la justicia, incluyendo el acceso a la justicia, la igualdad en el procedimiento judicial y la participación de las mujeres en la judicatura, para que las decisiones finalmente se nutran de miradas diversas a la hora de adoptar decisiones, a través del prisma de la perspectiva de género y a través de equilibrio en la composición por género, dejando atrás el techo de cristal y ataduras del patriarcado.

3. El controvertido carácter obligatorio de la sentencia plenaria

Con el dictado de «*Tobar Coca*» se reiteran a modo de mantra los cuestionamientos respecto a la validez y obligatoriedad de los fallos plenarios.

Cabe recordar el famoso plenario «*Kosuta*»³ respecto a la interpretación de la suspensión del juicio a prueba ante el cual Bidart Campos (Bidart Campos, 2001) afirmaba que la sentencia mantenía la naturaleza de acto jurisdiccional porque no creaba derecho nuevo -como sí lo hace la ley- sino que su contenido deriva de un marco que le traza el ordenamiento subordinante. Para este autor, y en aquel tiempo, la jurisprudencia obligatoria lejos de violar el principio de división o reparto del poder, asegura la aplicación igualitaria de la ley con carácter erga omnes. A pesar de ello, el plenario fue perdiendo fuerza vinculante, y se llegó a afirmar en otras sentencias que «si un juez se enfrenta ante una doctrina plenaria que considera inconstitucional, no tiene obligación alguna de aplicarla»⁴, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 24.050.

Los debates en torno a la constitucionalidad de los fallos plenarios reflejan el sentimiento de autonomía e independencia judicial (Amaya, 2015, p. 293). Se ha sostenido que el carácter obligatorio de los plenarios implica la expansión de los efectos de la cosa juzgada a otro proceso y a terceros que no participaron, hasta incluso podría dar lugar a efectos retroactivos.

Ahora bien, ¿de dónde nace la obligatoriedad del fallo plenario? Es preciso subrayar que la Constitución de 1853/60 guarda silencio respecto a esta temática, y no prevé jurisprudencia obligatoria alguna, ni siquiera para las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es la última intérprete de la Constitución.

Por el contrario, el texto constitucional de 1949 sí atribuía facultades casatorias y de interpretación uniforme a la Corte, en el artículo 95:

³ CNCP, Plenario n° 5: Kosuta. «Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación». Resuelto 17/08/1999.

⁴ Diario Judicial, 2008, 10 de marzo.

«La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del art. 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia».

El carácter vinculante del plenario surge de fuentes legales, infraconstitucionales y en materia penal de los artículos 10 y 11 de la ley 24.050. Ahora bien, uno de los interrogantes que se generan respecto a la competencia judicial es si resulta constitucionalmente factible que un juez esté obligado por una norma infraconstitucional a aplicar una determinada jurisprudencia en vez de una norma por él elegida para el caso concreto lo (Verde, 2011, p.97)

La convocatoria del plenario analizado está prevista en el artículo 10 inc. b de la ley 24.050 “para unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias” o del inc. c “para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso cuando la Cámara a iniciativa de cualquiera de sus salas entendiera conveniente” de lo que se desprende que no habilita en modo alguno un recorte de las facultades inherentes a la labor jurisdiccional ni la pronunciación sobre la constitucionalidad/inconstitucionalidad de una norma. En sentido coincidente, lo que pretendo afirmar es que una sentencia plenaria no puede sustraer o coartar la *jurisdictio* que detentan los jueces y juezas a la hora de resolver los casos concretos que llegan a sus estrados. Desde «*Marbury*» hasta nuestros días la esencia de la jurisdicción significa la competencia de los jueces para decidir cuál es el derecho aplicable. Para ello, si dos normas entran en conflicto, la judicatura debe decidir por la validez y aplicabilidad de una por sobre la otra.

Es sabido que este caso influyó decididamente en el armado del sistema de control constitucional que adoptó Estados Unidos y que continúa vigente, con influencia directa en Latinoamérica y nuestro país, conocido como *judicial review*, sistema americano o judicial difuso. Como dice el juez de la Corte IDH Ferrer Mc Gregor la *judicial review* ha sido el paradigma del control constitucional de las leyes, y esta técnica de desaplicación de la ley al caso concreto tuvo gran impacto en Latinoamérica a tal punto que «no hubo un solo país de América Latina que no siguiera el sistema llamado americano o difuso donde cualquier juez deja o puede dejar de aplicar una ley al caso concreto cuando es contraria a la Constitución»⁵.

Por tanto, la sentencia plenaria respecto a la compatibilidad/incompatibilidad constitucional de las norma infraconstitucionales señaladas implica ab initio una expropiación de la competencia que detentan todos los jueces y juezas de ejercer el control jurisdiccional difuso de constitucionalidad y su sustitución por un sistema concentrado por parte de la Cámara Federal de Casación Penal en pleno, con pretendidos efectos erga omnes y obligatorios, de carácter general y sin esperar que la Corte Suprema de Justicia en su carácter de última intérprete de la Constitución se pronuncie.

La CSJN en «*Vidals*»⁶ en su considerando 6° expresó que:

«[...] al resolver en “Casal” (Fallos: 328:3399), ya se señaló que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo basado en una concepción tradicional u originaria, fundada en el objetivo político de garantizar –

⁵ Ferrer MacGregor, 2022, 16 de marzo.

⁶ CSJN, «Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.7691», 28/10/2021, Fallos 344:3156.

por lo menos técnicamente- el estricto y celoso cumplimiento de la voluntad política expresada en la ley, con el fin de que el recurso de casación garantizara la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley para que con su interpretación no la distorsionase. Ese modelo fue llamado a insertarse en un diseño constitucional como el argentino que es, estructuralmente, refractario a un recurso de casación de esas características porque responde a un paradigma constitucional que no admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y que hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. Ello atento a que la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Solo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento (considerando 13).” Este caso ha sido invocado en “Tobar Coca” para justificar el llamado a plenario y para dotarlo de validez, aunque la diferencia que remarca la Corte Suprema es que en Vidal justamente Cámara no lo convocó. En efecto, la Corte llama la atención al tribunal por no ejercer el control de la jurisprudencia contradictoria en sus salas pero luego afirma: “En efecto, cuando, en el marco de su competencia, la Corte fija el alcance de una norma de derecho común, sólo se limita a fijar su compatibilidad [o no] con la Constitución Nacional y las leyes federales en consecuencia dictadas, sin que pueda asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia en tanto dicha función le resulta por completo ajena» (“Casal” Fallos: 328:3399, considerando 13).

Por su parte Ledesma, Slokar y Gemignani cuestionan la convocatoria a plenario por considerar que encubre a través de eufemismos una cuestión constitucional que no puede ser resuelta por este mecanismo. Ledesma considera que el sistema de control difuso de constitucionalidad impide que el cuerpo se arrogue facultades de unificar la jurisprudencia, máxime cuando el control debe hacerse frente a un caso determinado y concreto y la doctrina plenaria es general y abstracta. Denuncia que se evita encuadrar la decisión en lo que realmente es, un tema de invalidez constitucional, y concluye que el plenario por su contenido resulta ajeno al modelo de control de constitucionalidad difuso.

Slokar se pronuncia luego de que está sellada la suerte del plenario y afirma que la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal a emitir un fallo plenario que contenga jurisprudencia unificada con carácter obligatorio no deriva de su peso o su calidad sino de una razón externa (artículos 10 y 11 de la ley 24.050) y que en 30 años de vida del tribunal ha sido escasa la apelación a este sistema que contribuye a la fosilización judicial toda vez que un juez no puede decidir un caso sobre la única base de un precedente anterior, porque cada conflicto judicial posee características individuales propias. Advierte que no se abastecen los requisitos exigidos por el artículo 11 de la ley 24.050 respecto a la existencia de sentencia definitiva o equiparable. Luego, al igual que su par Ledesma concluye que la demanda del plenario no se limita a desentrañar el sentido de un texto infraconstitucional (el artículo 56 *bis* de la ley 24.660 o el 14 del código penal) sino conlleva impedir el control difuso de constitucionalidad al pretender consagrar un estándar iusfundamental.

Por su parte, Gemignani postula que la temática del plenario excede la competencia de la Cámara Federal de Casación Penal puesto que la consideración de la validez constitucional de una norma se encuentra asignada en nuestro sistema constitucional difuso a todos los jueces.

En este estado de cosas, la convocatoria a plenario en esta temática importa el ejercicio de acumulación de prerrogativas por parte de la mayoría de la Cámara Federal de Casación Penal que constituye una herramienta peligrosa que sustrae por un lado a los tribunales inferiores del poder de ejercer el control de constitucionalidad en esta temática, pero también a la propia Corte Suprema de Justicia, ya que al oficiar de tribunal intermedio filtra la concesión de recursos hacia aquella.

4. El contenido del plenario

Más allá de las críticas respecto a las formalidades que rodean a la convocatoria y al objeto de la sentencia plenaria, desde el aspecto sustancial también sobran críticas respecto a la solución arribada por la posición mayoritaria.

El plenario concluyó por la compatibilidad de los artículos 14 inc.10 del Código Penal y del artículo 56 bis inc. 10 de la ley 24.660 (en cuanto sustraen a delitos vinculados con el narcotráfico de la posibilidad de salidas y libertad anticipadas) con el principio de progresividad, con el principio de igualdad y con el principio de razonabilidad de los actos de gobierno. En las líneas que siguen se busca profundizar en la argumentación contraria.

a. Progresividad y resocialización: la promoción del régimen preparatorio para la liberación

En el plenario «*Tobar Coca*» bajo análisis, la Cámara Federal de Casación Penal determinó que respecto a las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737 el principio de progresividad se garantiza de manera suficiente a través del régimen preparatorio para la liberación previsto en el artículo 56 quáter de la ley 24.660 que configura un subsistema de ejecución penal.

De esta manera, para el tribunal bastan 12 meses de aproximación a la vida extramuros para realizar el fin resocializador que demanda el bloque de constitucionalidad federal, sin importar si la condena es de 5 años o de 20 años, el tiempo preparatorio para la liberación será el mismo. Este período de 12 meses en una condena cuyos máximos oscilan entre 15 y 20 años, más que progresivo aparece como abrupto.

Este pretendido subsistema nada tiene que ver con el sistema de ejecución penal conformado por la ley 24.660 y el bloque de constitucionalidad federal. Ejemplo de ello es la ineficacia del estímulo educativo que queda excluido de facto para este tipo de delitos, ya que sin perjuicio de que se obtenga, de nada servirá respecto al adelantamiento del encuadre temporal de los institutos que están excluidos. Los períodos del artículo 12 y las fases del artículo 14 también resultan inconsistentes a la luz del nuevo régimen de preparación para la liberación.

A todo ello cabe sumar la reciente Resolución N° 35/2024 del Ministerio de Seguridad Nacional que configura el Sistema Integral de Gestión para Personas Privadas de la Libertad de Alto Riesgo en el Servicio Penitenciario Federal que está diseñado para ciertos delitos compatibles con los aquí analizados y que genera a su vez un subsistema dentro del subsistema, mayor aislamiento y segregación y en sentido contrario al fin resocializador, sino más bien, desocializante.

Sin hesitación alguna el régimen preparatorio no resulta una forma adecuada de garantizar el régimen progresivo de la ejecución penal, por la ausencia de un mecanismo supervisado de libertad permanente antes del vencimiento de la pena.

b. Un literalmente largo camino hacia la libertad

También surge del plenario -en la misma línea que lo expuesto por miembros informantes de las cámaras al tratar la ley 27.375- que resulta antojadizo atar resocialización a libertad anticipada, en tanto de acuerdo a las Reglas Mandela la resocialización se puede llevar adelante aún dentro de los establecimientos penitenciarios.

La regla 87 expresa que:

«Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz».

Junto a esta regla se invoca también la 4 que expresa:

«4.1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo».

Resulta provocadora la manipulación al invocar y aplicar las Reglas Mandela (RM) para modificar el fin de la ejecución penal y la manera de llevar adelante la resocialización. Si bien es cierto que la CSJN en el considerando 39° del caso «Verbitsky» refirió que carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, pero que se han convertido por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional (mínimo) respecto a las personas privadas de libertad y en el marco normativo o *corpus iuris* de la ejecución de la pena.

Su naturaleza es de «*soft law*» o derecho internacional blando y sólo en la medida que refuerzan o amplían las garantías, derechos y condiciones de detención pueden ser entendidas como estándar aplicable, de lo contrario continúan siendo «*reglas mínimas*» y no máximas, que no pueden ser utilizadas o invocadas para retroceder en materia de derechos humanos que van en otra dirección según el principio de progresividad. No escapa que dichas reglas están inspiradas en tendencias correccionalistas de encierro penal que no son unánimemente aceptadas.

A nivel del bloque de constitucionalidad federal, la única finalidad del castigo al ejecutar la pena es la prevención especial positiva que se centra en la persona autora del delito y que persigue la resocialización o la reforma y la readaptación social de los penados, como establecen los artículos 5.6 CAHD y 10.3 PIDCyP que no está de más decirlo, sí tienen jerarquía constitucional conforme el artículo 75.22 CN.

A contramano de la jurisprudencia incluso reciente de la CSJN y de la Corte IDH la FCyP innova respecto a una cuestión de carácter constitucional, socavando la rigidez del bloque de constitucionalidad federal. En «*Guerra*» el máximo tribunal local dejó en claro

que la reforma y la readaptación social es uno de los fines esenciales de la pena privativa de libertad y el objetivo superior del sistema⁷.

La Corte IDH en «*Mendoza*»⁸, «*López*»⁹ y «*Álvarez*»¹⁰ todos contra Argentina, por ende obligatorios en los términos del artículo 68.1 de la CADH ha expresado que que i) la pena debe tener como objetivo 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" con cita al caso «*Mendoza y otros vs. Argentina*» párr. 165 y 166.

Sin embargo, el voto de Yacobucci del plenario enuncia que, si bien se consagra a la resocialización como objetivo de la pena, no se establece una forma específica de llevarse a cabo por lo que queda librado al Estado Argentino con la única limitación de que no sea contrario a tal fin. Según su razonamiento, la evaluación de la progresividad remite a un campo regulado por criterios de readaptación social cuyos estándares son por principio disponibles por el legislador, que respecto a la modificación de la ley 27.375 ha actuado sin rasgos de arbitrariedad.

El principio de progresividad está consagrado en el artículo 6 de la ley 24.660 que dispone que el régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia de la persona condenada en establecimientos cerrados y promoviendo la incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas o secciones con autodisciplina. Implica el levantamiento gradual de las medidas de encierro para que se pueda evaluar el comportamiento autónomo de la persona en espacios extramuros y es una pieza fundamental en la resocialización que se encuentra bajo tensión por el acoso de movimientos de corte populista/punitivista que sistemáticamente pregonan que más pena y más encierro equivale a más justicia y se reproducen las mismas respuestas, más restricciones, menos derechos, mayores exigencias. Las leyes 25.892, 25.948 y 27.375 tensionan el corpus iuris constitucional y la finalidad resocializadora, que se sustituye por un sistema marcadamente retribucionista de la pena y que, en su conjunto, han dinamitado el principio de progresividad y han provocado un embotellamiento en el tramo final de ejecución de la pena, que no sólo contradice la finalidad propia de la ejecución sino también el conjunto de estándares mínimos de su cumplimiento.

Es una falacia escindir progresividad de resocialización, como pretenden la conclusión del fallo plenario. Entiendo que el régimen de progresividad también tiene su génesis en el artículo 18 de la Constitución Nacional ya que los fines constitucional y convencionalmente proclamados de la pena privativa de libertad sólo pueden materializarse en la medida que se otorgue al condenado la posibilidad de obtener gradualmente espacios de reinserción real en la sociedad. Así lo expuso el tribunal Superior de la provincia de Córdoba en «*Gauna*»: «Pretender compatibilizar dos expresiones, «progresividad» y «cumplimiento íntegro y efectivo de las penas» que, conforme su naturaleza, son irreconcilables, muestra una insalvable contradicción, que,

⁷ CSJN, «Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», 19/10/1995, Fallos 318:2002; «Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus», 03/05/2005, Fallos: 328:1146 y «Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación», 01/11/2011, Fallos: 334:1216.

⁸ CorteIDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas. (14 de mayo de 2013).

⁹ CorteIDH, "Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (9 de abril de 2025).

¹⁰ CorteIDH, Caso X vs. Y. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (24 de marzo de 2023).

no puede tener cabida alguna dentro de nuestro sistema constitucional. Se cancela el régimen progresivo».¹¹

c. Categorías de personas condenadas vs principio de igualdad

Bajo el escudo de que la igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional admite la posibilidad de categorizaciones siempre y cuando no resulten sospechosas o arbitrarias, el plenario afirma que la diferenciación de trato por el tipo de delito obedece a razones objetivas relacionadas con la mayor peligrosidad, y que subyace una concepción de derecho penal de acto y no de autor.

Por su parte, en minoría Gemignani postula que la normativa analizada viola el principio de igualdad ante la ley en virtud de que el criterio utilizado no está justificado objetiva y razonablemente tal como ha dicho desde «*Soto Trinidad*»¹². En nuestra opinión, la actual versión del artículo 56 bis de la ley 24.660 -aún corregida por el artículo 54 quáter- no es constitucional en tanto no resiste el análisis constitucional ni convencional que los jueces deben realizar al momento de ser jueces interamericanos. Negar ex ante y de modo genérico la progresividad que es la esencia de la resocialización va en contra de principios elementales de los derechos humanos como el principio pro persona y de progresividad.

El desigual tratamiento en la ejecución según el tipo de delito por el cual una persona privada de libertad cumple condena, configura una doble valoración inaceptable en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, huérfana de cualquier justificación racional y pasible de calificarla como excesivo de poder punitivo o poder punitivo ilícito. En efecto, se reproduce la valoración de la gravedad y peligrosidad del delito efectuada al momento de establecer una escala penal en abstracto y luego una pena en concreto -adaptada a las circunstancias del caso y propias del autor- y de nuevo el legislador realiza una valoración de la peligrosidad ex ante y en abstracto -que ya había hecho en la configuración y diseño de la escala penal- y veda la posibilidad por el delito para todas las personas sin distinción alguna en base a esta doble valoración.

5. A modo de conclusión

Cada día que pasa parece que el Estado se repliega del horizonte resocializador al que debería guardar culto en razón de su posición de garante. Ello surge en forma palpable en las recientes reformas penales: la denominada reiterancia, el nuevo régimen de reincidencia, la restricción de derechos a las personas privadas de libertad consideradas de alto riesgo (Resolución N° 35/2024) y también en el dictado de este plenario, que va por una senda diametralmente opuesta a la que pareció despuntar la Corte Suprema en el reciente caso «*Guerra*»¹³ sobre la prisión perpetua y el estándar de perspectiva de

¹¹ STCba, «*Gauna, Nathan Santiago*», 10/03/2020, tomo 3, folio 644-663.

¹² CFCP, Sala IV, causa N° 675/2013 caratulada: «*Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación*», 20/12/2013.

¹³ CSJN, «*Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario*», 21/11/2024, Fallos: 347:1770.

liberación o derecho a la esperanza aplicado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Bajo el ropaje de los derechos humanos se aplican normas regresivas y contrarias a ellos. Justamente funcionan al revés, ya que la dignidad humana como punto de partida de los derechos humanos impide la instrumentalización de las personas. Ejemplo de ello es ampliar el fin de la ejecución penal vía infraleal - como sucede en el artículo 1 de la ley 24.660- e invocar las Reglas Mandela que son de «*soft law*» y mínimas para estrechar los derechos de las personas privadas de libertad, como se pretende con el fin de brindar seguridad o resocializar intra muros o incluso invocar tratados internacionales que no integran el bloque de constitucionalidad federal, ignorando deliberadamente en señalar su jerarquía infraconstitucional.

El recorte interpretativo que realiza la Casación Federal en su voluntad plenaria, y con la representación de sólo un 10% de género distinto al masculino, pretende desconocer que entre los delitos mencionados en el 14 y 56 bis aparecen otros delitos - incluso más graves- que están penados con perpetua, por lo que destierra el dogma de que el creado régimen preparatorio para la liberación sea la cura de todos los males.

Emerge con claridad que el tribunal busca posicionarse estratégicamente y ser copartícipe del diseño de la política criminal, en ejercicio de un desmesurado activismo desconectado de la realidad de la situación carcelaria en nuestro país, que tal como ha sido planteado por los amigos del tribunal destierra cualquier posibilidad de lograr la resocialización dentro de esos muros. Resulta tal la desconexión con la realidad que ignora sus propios actos, que fueron recordados por los amigos del tribunal al mencionar la Resolución N° 357/2024 de la propia cámara que exhorta a todos los jueces federales a tomar medidas concretas para revertir la situación de los presos en comisarías y alcaldías.

La solución plenaria intenta homogeneizar situaciones diversas, si pensamos que el artículo 14 CP y el 56 *bis* de la ley 24.660 fue originariamente modificado ante la gravedad de delitos «de sangre». Luego con la ley 23.375 se ampliaron los supuestos a otras conductas como las aquí estudiadas del 5 al 7 de la ley 23.737 que refleja una variedad de situaciones que incluso prevén penas de 6 meses a 20 años, con diverso grado de afectación a bienes jurídicos tal como lo describió Petrone en su voto, y con diferentes vulnerabilidades en sus autores y en cada caso concreto, desatendiendo además la perspectiva de género. Por ello, como advirtió la Procuración Penitenciaria, avanzar hacia una decisión plenaria obstaculiza la posibilidad de miradas diversas que los propios vocales han necesitado para resolver los anteriores casos. Además, no emerge con claridad cuál es el holding o la regla que debe ser seguida, en tanto la respuesta ha sido igual o más abstracta e imprecisa que la convocatoria.

El inevitable impacto de esta decisión frente a la sobrepoblación carcelaria es directo, según el SNEEP 2023 3 de cada 4 personas privadas de libertad en la justicia federal lo

están por los delitos de estupefacientes y el 79% de ellas está condenada por montos mínimos, pero que ahora según el plenario se pretende que no puedan acceder a la libertad anticipada.

No sólo la progresividad se encuentra bajo tensión, en tanto se controvierte su naturaleza (constitucional o legal), su modo de ejecución, sus fines, su relación con la propia ejecución de la pena, sino que la competencia e independencia misma del poder judicial se ve acosada por la privación del ejercicio de la facultad de control de constitucionalidad que detentan todos y cada uno de los jueces y juezas de la órbita federal en este caso, por el que mediante un plenario se busca la interpretación de la propia Constitución y bloque de constitucionalidad federal, de manera genérica y abstracta para todos los casos, con efectos erga omnes y trastocando el sistema de difuso a concentrado, erigiéndose más que en tribunal casatorio en tribunal constitucional. Esto entonces, no es otra cosa que una injusticia plenaria.

6. Bibliografía

- Alderete Lobo, M. (2017). “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina”. En Á. Ledesma (Dir.) y M. Lopardo (Coord.), *El debido proceso penal* (tomo 5). Hammurabi.
- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Astrea.
- Bidart Campos, G. J. (2001). “La jurisprudencia obligatoria”. *La Ley*, 2001, 1289. <https://www.laleyonline.com.ar> (cita: TR LA LEY AR/DOC/13474/2001).
- Cesaroni, C. (2010). La vida como castigo. El caso de los adolescentes condenados a prisión perpetua en la Argentina [Edición digital].
- Cesaroni, C. (2017, julio). Dinamitando la ley: La reforma del sistema penal juvenil. CEPOC Blog. <http://cepoc-cepoc.blogspot.com/2017/07/dinamitando-la-ley-la-reforma-del.html>
- Cesaroni, C. (2021). *Contra el punitivismo. Una crítica a las recetas de mano dura*. Planeta de Libros.
- De la Fuente, J. E., & Salduna, M. (2016). *El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de libertad. En Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (tomo 15). Hammurabi.
- Edwards, C. E. (2007). *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Astrea.
- Gargarella, R. (2015). *El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino. En Curso de actualización virtual Filosofía del Derecho Penal y Castigo*. Asociación Pensamiento Penal.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina*. Siglo XXI Editores.
- Gelli, M. A. (2002). “La enseñanza del derecho constitucional y el sistema democrático. Desde la perspectiva del método socrático”. *La Ley*, 2002-A, 1043.

- Lazzaneo, J. I. (2021). *Cuestiones críticas de la ejecución penal*. Fabián J. Di Plácido Editor.
- Lorenzo, L. (2019). “Acceso a la justicia y género. La situación en y ante la justicia formal”. *Revista Pensamiento Penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/05/doctrina47631.pdf>
- Manili, P. (2016). *El bloque de constitucionalidad federal*. Astrea.
- Manili, P. (2017). *Manual de derechos humanos*. Thomson Reuters-La Ley.
- Montefiori, P. (2020). “Castigar y vigilar. Análisis de la ejecución de la pena privativa de libertad bajo el prisma de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Público*, 2020-1, 263–292. Rubinzal-Culzoni.
- Montefiori, P. (2021). “Orden internacional vs. Democracia”. *Revista de Derecho Público*, 2021-1, 611–628. Rubinzal-Culzoni.
- Montefiori, P., & Penayo Amaya, J. (2024). *La progresividad bajo tensión. Análisis de la actual configuración de la libertad condicional y su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad federal*. *Revista de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y el Encierro*, 18(15). Fabián Di Plácido Editor.
- Peces Barba, G. (1999). *Los modelos de evolución histórica de los derechos fundamentales*. En *Curso de derechos fundamentales* (cap. 6). Universidad Carlos III.
- Piechestein, A. C. (2016). “El mandato constitucional de cárceles “sanas y limpias”. Pasado y presente de una prescripción incumplida”. En R. Gargarella & S. Guidi (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria* (tomo II, pp. 515–542). Thomson Reuters-La Ley.
- Piombo, J. P. (2020). *Doctrina penal en los fallos de la Corte Suprema*. IUS Libros Jurídicos.
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni.
- Salduna, B. I. (2009). *Constitución de Entre Ríos. Comentada y anotada, con jurisprudencia y doctrina*. Dictum Ediciones.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2021). *La expansión del derecho penal* (reimpresión). BdeF.
- Terragni, M. A. (s.f.). *Derecho Penal Constitucional. Aspectos penales, procesales y de ejecución penitenciaria. Jurisprudencia* (1.ª ed. revisada). Rubinzal-Culzoni.
- Terragni, M. A. (2013). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Parte General*. La Ley.
- Vacani, A. P. (2024). *Teoría de la ejecución penal. Una hermenéutica jurídica de la pena ilícita. Sistema de la medida cualitativa*. Ad-Hoc.
- Verde, A. (2011). “Obligatoriedad de los fallos plenarios. Objeción constitucional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1(3). La Ley.
- Wlasic, J. C. (2011). *Manual crítico de derechos humanos*. La Ley.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

- Zaffaroni, E. R., Erbetta, S., Simas, L., Slokar, A., & Tenorio Tagle, L. (2020). *Morir de cárcel. Paradigmas jus humanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Ediar.
- Ziffer, P. S. (2013). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Editorial Ad-Hoc.

Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), Sala IV, causa N° 675/2013 caratulada: “Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación”, 20/12/2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, FCR 230/2019 TO1/2/2/2/208/04/2025, caratulado: “Tobar Coca, Néstor s/ inaplicabilidad de ley”. Acuerdo N° 7/2025 – Plenario N° 16.
- Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Plenario n° 5: Kosuta. “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”. Resuelto 17/08/1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas, 14/05/2013. Serie C No. 260.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso X vs. Y. Fondo, Reparaciones y Costas, 24/03/2023. Serie C No. 487.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_487_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 09/04/2025. Serie C No. 396.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario”, 21/11/2024, Fallos: 347:1770.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), «Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios», 19/10/1995, Fallos: 318:2002;
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), «Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación», 01/11/2011, Fallos: 334:1216.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), «Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus», 03/05/2005, Fallos: 328:1146
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), «Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.7691», 28/10/2021, Fallos: 344:3156.
- Superior Tribunal de Córdoba (STCba), «Gauna, Nathan Santiago», 10/03/2020, tomo 3, folio 644-663.

El derecho a confrontar la prueba de cargo ante las nuevas tecnologías de datos

Comentario al fallo «State v. Corey Pickett» del Tribunal Superior de Nueva Jersey

Tomás Pomar¹

Resumen

El comentario se refiere al caso *State v. Pickett*, dictado por la Corte Suprema de Nueva Jersey, que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia estadounidense sobre la admisibilidad de nuevas tecnologías en el proceso penal. El objeto del caso fue la aceptación de la evidencia de cargo generada por *TrueAllele*, un software de genotipificación probabilística. La defensa objetó la falta de acceso al código fuente del programa para su control. El debate abarcó cuestiones estructurales relacionadas con la transparencia, la auditabilidad y el control judicial de herramientas tecnológicas con pretensión probatoria. El precedente alerta sobre los riesgos de delegar funciones esenciales del Estado en tecnologías opacas desarrolladas con fines comerciales, y subraya la necesidad de establecer estándares públicos rigurosos para su admisibilidad. Inaugura así un debate ineludible: cómo compatibilizar los avances de la ciencia de datos con los pilares constitucionales del proceso penal, asegurando que la innovación no comprometa las garantías tradicionales que sostienen un juicio justo e imparcial.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Hechos del caso | 3.- Los software de genotipificación probabilística. | 4.- La audiencia de *discovery* en el derecho procesal estadounidense | 5.- Estándares aplicables a la incorporación de prueba científica en el derecho procesal de los EE.UU. | 6.- Planteos de las partes. | 7.- Impactos y reflexiones. | 8.- Bibliografía

Fallo comentado

Suprema Corte de Nueva Jersey, División Apelaciones, «State of New Jersey v. Corey Pickett», 3/2/2021. Exp. No. A-4207-19T4

Palabras clave

derecho de defensa – genotipificación probabilística – confrontación de la prueba – garantías procesales – secreto comercial – tecnologías en el proceso penal

¹ Abogado especialista en Derecho Informático por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de las asignaturas Derecho constitucional y Justicia digital en la Facultad de Derecho de la UBA. Presidente del Observatorio de Derecho Informático Argentino (ODIA) y autor de diversas publicaciones. Correo electrónico: tfpomar@gmail.com

1. Introducción

En el último decenio, el sistema de justicia ha experimentado profundas transformaciones como consecuencia del empleo de nuevas tecnologías. Más allá de la digitalización de las actuaciones judiciales y la consiguiente reconfiguración de los tribunales en espacios virtuales, se ha promovido el desarrollo de herramientas tecnológicas y normativas destinadas a dotar de mayor eficacia a los procesos judiciales como respuesta a la creciente intermediación digital de nuestras vidas. Sin embargo, esta transición de forma y fondo no ha estado exenta de desafíos. Las modificaciones en la práctica tribunalicia han generado nuevas controversias. Muchas de estas, lamentablemente, han dado lugar a pujas bifocales en la que el debate se ve reducido a la supuesta contradicción entre la idea de «innovación» y las tradicionales prácticas institucionales del derecho. Asimismo, vale resaltar que el desconocimiento en materia de informática y/o sistemas por parte de los diversos operadores jurídicos ha dificultado dotar de sustancialidad a estos intercambios, los que terminan por circunscribirse a un nivel de usuario. Es así que, ante nuestra mirada, se configura un escenario casi inédito para el razonamiento jurídico. Por un lado, surgen planteos que se inspiran en un supuesto espíritu «innovador» como forma de pensar el derecho; por el otro, se defiende cierta ortodoxia de prácticas institucionales que, en realidad, no alcanzan siquiera un siglo de madurez. Todo esto ocurre ante los diversos operadores jurídicos que, aún cuando inmersos en las dinámicas de esta época, enarbolan su conocimiento jurídico como justificación para evitar analizar el mundo que los rodea. En este orden de ideas, vale resaltar que esta mecánica ante la «innovación tecnológica» ha caracterizado también, las medidas de investigación empleadas por los Ministerios Públicos Fiscales los que, en sistemas de tipo acusatorio, tienen a su cargo establecer las medidas de prueba a realizarse en el marco de una investigación.

En este contexto, el presente comentario al fallo se propone como objetivo sumar a estos debates específicamente a partir del estudio de las condiciones exigibles para la admisión de nuevas tecnologías con idoneidad probatoria en el proceso penal. A tal fin, dada la intersección entre tecnología y derecho procesal en que el *thema decidendum* se halla, se propone un enfoque de carácter interdisciplinario a fines de abordar adecuadamente el caso.

El fallo objeto de análisis representa un ejemplo paradigmático de los desafíos que plantea la interacción entre tecnología y derecho procesal penal. En particular, se aborda la utilización de *TrueAllele*, un software de genotipificación probabilística, como medio de prueba en un proceso penal. El caso pone de manifiesto cuestiones esenciales relativas a los estándares de admisibilidad de la prueba científica, el rol de los peritos expertos, la transparencia de los métodos empleados y el equilibrio entre la eficiencia tecnológica y la protección de los derechos fundamentales pero, también, respecto al rol de los jueces.

El análisis no solo permite reflexionar sobre los criterios necesarios para evaluar la validez y confiabilidad de las tecnologías aplicadas en el ámbito penal, sino también sobre como las garantías procesales resultan un óbice determinante de los modelos tecnológicos a implementar. El debate aquí planteado adquiere toda su gravitación ante el presente escenario en el que los diversos avances tecnológicos, sin perjuicio de su pretendida eficientización, se presentan, también, como elementos con la capacidad de comprometer principios constitutivos del proceso judicial tales como el derecho de defensa y la igualdad de armas entre las partes.

Así, el presente trabajo ahondará tanto en aspectos técnicos que hacen al funcionamiento del software, como en los diversos elementos jurídicos involucrados en el caso a fines de contribuir al debate por una interpretación que permita compatibilizar la innovación tecnológica con los valores esenciales que hacen al proceso judicial.

2. Hechos del caso

Nueva Jersey, Estados Unidos, 16 de abril de 2017; dos hombres, presuntamente identificados como Corey Pickett y Jonathan Ferrara, se aproximan a un grupo de personas y abren fuego en simultáneo, sin una razón aparente. Una persona pierde la vida al recibir un disparo en la cabeza, mientras que una niña de 10 años resulta herida de bala en el abdomen. Tras el ataque, los sospechosos fueron arrestados por las fuerzas policiales a pocas cuadras del lugar de los hechos. Durante el rastreo de las vías de escape, la policía encontró una pistola Colt .45 en la ruta seguida por Ferrara; y un revólver Smith & Wesson .38 junto a un pasamontañas en la ruta elegida por Pickett.

En el marco de la investigación, los equipos forenses detectaron la presencia de amilasa (un componente de la saliva) en el pasamontañas. Además, se recogieron muestras de ADN de ambas armas y del cargador de la Colt .45. Estas evidencias fueron enviadas al laboratorio policial para su análisis; sin embargo, los estudios preliminares determinaron que las muestras eran insuficientes para realizar un análisis genotípico tradicional. Por otro lado, el pasamontañas contenía dos muestras de ADN, ambas compuestas por perfiles genéticos mixtos. Tras comparar estos perfiles con muestras obtenidas de los sospechosos, se determinó que Corey Pickett era el «contribuyente principal» en ambas mezclas. No obstante, este resultado no constituía prueba suficiente para afirmar que Pickett había utilizado la máscara en el momento del crimen.

Ante esta falta de certeza y considerando que las muestras genéticas halladas en las armas eran demasiado pequeñas para un análisis tradicional, los forenses enviaron el material genético a una empresa privada, *Cybergenetics Corp. Laboratory* (en adelante, *Cybergenetics*). Esta empresa desarrolló y patentó un software innovador llamado *TrueAllele*, diseñado para analizar mezclas genéticas complejas o muestras de tamaño reducido. El programa utiliza un modelo matemático para calcular la probabilidad estadística de coincidencia entre perfiles genéticos. En este caso, *TrueAllele* «logró» identificar coincidencias relevantes entre los materiales genéticos, lo que permitió presentar cargos contra Pickett. Este hallazgo, sin embargo, dio lugar a un debate sobre la admisibilidad y fiabilidad de la evidencia obtenida mediante este software, planteando cuestiones clave sobre las reglas aplicables para la incorporación de nuevas tecnologías en los procesos judiciales.

3. Los software de genotipificación probabilística

En los procesos penales, el ADN tiene un rol protagonista como medio de prueba por su capacidad de establecer coincidencias entre el material genético recolectado en la escena de un crimen y los perfiles genéticos de las personas imputadas. Cabellos, sangre o saliva suelen ser los elementos clave recolectados en el lugar de los hechos, que posteriormente se envían a laboratorios para su análisis. Tradicionalmente, este trabajo se realizaba por parte de especialistas en la materia mediante el método clásico de

genotipificación, una técnica que ha sido el estándar desde su introducción en los tribunales en los años 80.²

El método tradicional de genotipificación consiste en identificar diferencias en la composición genética de una persona mediante la comparación en laboratorio de secuencias de ADN. Sin embargo, no siempre se dispone de muestras ideales: cuando el material genético resulta escaso o está mezclado con ADN de varias personas, la metodología convencional pierde eficacia. Es ante este tipo de situaciones donde la tecnología informática ha provisto con una herramienta que supuso un salto significativo.

En las últimas décadas, la genotipificación probabilística ha irrumpido como una solución innovadora para los casos en que no resultaba posible utilizar el método tradicional. En lugar de valerse únicamente del resultado de laboratorio, este procedimiento utiliza algoritmos matemáticos avanzados para calcular la probabilidad de que una muestra de ADN pertenezca a una persona en particular, esto incluso cuando las condiciones del material recolectado resultan adversas: mezclas complejas, cantidades mínimas de ADN, o, incluso, ambas. Estos sistemas prometen mayor precisión, objetividad y rapidez, revolucionando la forma en que se analiza el material genético en el ámbito judicial.

No obstante, el análisis de este tipo de muestras más pequeñas plantea nuevos desafíos, especialmente en lo referente a la custodia y trazabilidad de la prueba. Entre los riesgos más destacados se encuentra la posible «inclusión» de moléculas (la detección de fragmentos de ADN contaminantes que no formaban parte de la muestra original) o la «exclusión» (la omisión de ADN legítimo debido a la insuficiencia de material para el análisis). Dada la naturaleza probabilística de esta técnica, estos riesgos adquieren una relevancia considerable, ya que los resultados, al basarse en estimaciones estadísticas, pueden estar sujetos a interpretaciones diversas.

En términos prácticos, mientras que el análisis tradicional se basa en la observación humana directa de marcadores genéticos, los softwares como *TrueAllele* procesan estos datos a través de modelos algorítmicos que convierten el material biológico en probabilidades estadísticas. Por ejemplo, el programa puede calcular cuán probable es que el ADN de un individuo esté presente en una mezcla en comparación con el ADN de un individuo aleatorio. En definitiva, una estadística genética que arroja probabilidades y cuya auditoría resulta extremadamente difícil.

a. *TrueAllele*

El software *TrueAllele*, desarrollado por el laboratorio privado *Cybergenetics*, es uno de los software de referencia global que utilizan la técnica de genotipificación probabilística. Con más de una década de uso y participación en más de 500 casos penales en diferentes estados de EE.UU., *TrueAllele* ha demostrado su utilidad en situaciones donde el método tradicional no resulta aplicable. A su vez, otros modelos como *STRmix*, utilizado desde 2012 en miles de casos en EE.UU., Europa, Reino Unido y Australia, dan cuenta de la creciente incorporación de este tipo de herramientas en los procesos penales a lo largo y ancho del mundo.

El caso propuesto para su estudio pone en el centro del debate el uso de *TrueAllele*, sus características e implicaciones jurídicas: ¿Puede un modelo algorítmico probabilístico

² Crown Court (UK), «Colin Pitchfork», 1988.

ser incorporado como prueba en el marco del proceso penal? ¿Qué garantías asisten al acusado para cuestionar la metodología empleada? Y, sobre todo, ¿Hasta qué punto los avances tecnológicos pueden integrarse de manera equilibrada con los principios fundamentales del derecho? Estas preguntas no son menores.

Aunque *TrueAllele* y otros softwares similares ofrecen promesas de eficacia, vale preguntarse por las condiciones y garantías específicas de desarrollo a las que una herramienta informática debiera ajustarse para que su incorporación al Poder Judicial sea compatible con los principios, garantías y reglas sobre los que se erige el adecuado proceso.

b. Naturaleza jurídica del software

TrueAllele fue el resultado de décadas de evolución tecnológica aplicada al ámbito forense. Fundada en 1994 por el Dr. Mark Perlin, *Cybergenetics* fue una empresa que desde sus inicios se propuso desarrollar herramientas avanzadas orientadas a ser implementadas para realizar estudios genéticos. En pocos años, *TrueAllele* se consolidó como un modelo destacado en la genotipificación probabilística. Su primer uso en los tribunales tuvo lugar en 2009³, y desde entonces se ha utilizado ampliamente como herramienta probatoria en procesos penales.

El debate sobre *TrueAllele* y el caso *Pickett* no puede abordarse sin antes analizar el contexto histórico que hace a la naturaleza jurídica del software. En los años sesenta, la separación entre hardware y software trajo consigo la necesidad de definir el marco regulatorio aplicable a estos nuevos sistemas informáticos⁴. Si bien inicialmente se exploró la posibilidad de proteger el software mediante patentes, esta opción fue descartada debido a las características particulares de los programas informáticos. Eventualmente, el sistema de derechos de autor se impuso como el modelo preferido por su simplicidad, bajo costo y carácter automático. Tal decisión supuso que cada desarrollador pudiera establecer distintos tipos de licencias para sus obras según su propio criterio. Esto sentó en gran medida las bases de un modelo legal que posibilita la coexistencia de dos modelos distintos para el desarrollo y registración de los sistemas: el software de código cerrado/privativo y el software de código abierto o libre. El primero, como en el caso de *TrueAllele*, se caracteriza por restringir el acceso, uso y modificación del código fuente del sistema, mientras que el segundo busca garantizar la libertad y transparencia mediante licencias más abiertas.

El código fuente es el conjunto de líneas de texto que expresan, en un lenguaje de programación determinado, los pasos que debe seguir el computador para la ejecución de un software específico. Para ser ejecutado por el ordenador, debe ser traducido a lenguaje binario de modo que el hardware puede ejecutar esas órdenes. El resultado de esta traducción, la cual se realiza a través de compiladores o intérpretes o programas similares, se denomina código objeto. Tal como sostiene Beatriz Buseniche «Los programas en código fuente, escritos por programadores y comprensibles para otras personas que dominan la técnica, contienen una intención comunicativa subyacente y pueden existir, incluso, independientemente de la existencia de una máquina. El texto fuente de los programas tiene una capacidad expresiva, es el vehículo idóneo para

³ Pennsylvania Superior Court, «Kevin James Foley», 2012.

⁴ Pomar, 2022.

comunicar algoritmos, soluciones a problemas, de la misma manera que un músico comunica a sus pares la composición mediante la escritura de partituras»⁵

Es decir, el código fuente es la obra cuyo autor es el programador, protegida por los derechos de autor. Podemos advertir que esta es una diferencia fundamental con cualquier otra obra registrable dentro de este sistema: no es posible pensar en situaciones análogas respecto del texto de un libro, una pintura, una fotografía, etc. dado que en estos casos la obra protegida está exhibida; mientras que en el software privativo el funcionamiento del sistema no es revelado. Al respecto, vale tener presente una particularidad diferenciadora del software con otras tantas obras autorales como, por ejemplo, una obra musical. Y es que, si bien el autor de una canción no se encuentra obligado a proporcionar la partitura de la pieza musical a todo aquél que adquiera la reproducción de su obra, esta puede ser «interpretada» y «deducida» por cualquier músico con la capacidad suficiente para escribir la partitura luego de escuchar la obra. Esto no sucede con el código fuente de un sistema privativo en que el código fuente (instrucciones que hacen al funcionamiento interno del sistema) no pueden ser deducidas.

El acceso al código fuente permite, entre otras cosas, comprender cómo el software fue diseñado y cuáles son las reglas introducidas por el desarrollador para su funcionamiento. Ahora bien, si no tenemos acceso al código, solo podemos usar el programa, no podemos ver cómo está hecho o introducir mejoras. Un paralelismo muy utilizado es el de la receta de cocina, en que el código fuente sería las instrucciones que permiten confeccionar un plato. Sin la receta solo se puede degustar el plato, pero no sabemos si, al añadir algo, vamos en contra de alguno de sus ingredientes, ya que se desconoce su composición y la proporción⁶.

La no publicidad del código fuente es una característica propia de las licencias de tipo privativo de fuerte predominancia en los software de uso diario. Su modelo se basa en limitar los derechos del usuario al mínimo posible, por lo que todas las actualizaciones y modificaciones estarán a cargo del desarrollador quien suele cobrar por ellas. No es menor el hecho de que esta gran limitación de los derechos de los usuarios implica un alto grado de opacidad respecto del funcionamiento del software, en tanto, al desconocerse el modo en que fue programado, no puede tenerse certeza respecto del tipo de seguridad que utiliza ni del tipo de operaciones que realiza. Es por ello que el proveedor del software propietario, como medio para asegurarse de que el usuario cumplirá con la prohibición de no modificarlo, se limita a entregar una copia del código objeto del software (es decir, la que permite ejecutarlo), pero no proporciona al usuario la versión una copia del código fuente, y que trata de preservar en secreto.

Si bien existe una rama dentro de la ingeniería en informática que se dedica a estudiar y desarrollar procesos de traducción inversa (de código objeto a código fuente), se sostiene que no es posible realizar una traducción completamente satisfactoria. Por tanto, el proveedor de software entrega una versión que solamente puede ser ejecutada por el ordenador, es decir, ofrece una versión «encriptada» mientras que su creación, que se encuentra protegida por los extensos derechos de autor, permanece oculta. Incluso, en las licencias de uso de tipo privativas, en las cuales se suele estipular que el usuario se compromete a utilizar el software dentro del marco de los términos y condiciones que se indican en el contrato, es frecuente encontrar cláusulas que prohíben expresamente la

⁵ Busaniche, s.f.

⁶ Culebro Juárez *et. al.*, 2006.

utilización de la ingeniería inversa⁷, a fin de traducir el código objeto a un código fuente entendible por humanos. Así, vemos como la introducción de los programas informáticos dentro del régimen de los derechos de autor plantea retos e impone un conjunto de particularidades al sistema. Esta característica del software resulta un punto esencial para entender la controversia planteada en la decisión judicial bajo estudio.

	Software Libre	Open Source	Software Privativo
Ver el código fuente	✓ 01010101	✓ 01010101	✗ Prohibido
Estudiar el código fuente	✓ 01010101	✓ 01010101	✗ Prohibido
Modificar el código fuente	✓ 01000001	✗ No garantizado	✗ Prohibido
Compartir con otras personas	✓ Compartirlo con otras personas	✓ Solo a veces	✗ Prohibido
Compartir tus modificaciones con otros	✓ Modificaciones con otras personas	✗ No garantizado	✗ Prohibido
Uso comercial	✓ Hacer uso comercial	✗ Prohibido	✗ Prohibido
Uso propietario	✓ Utilizarlo con cualquier propósito	✓ Uso limitado	✓ Solo con permiso del fabricante

Gráfico: Tomás Pomar

4. El desafío de las licencias de software en el proceso penal

En el caso «*State vs. Picketts*», la defensa solicitó acceso al código fuente del software *TrueAllele* con el propósito de contraexaminar al testigo experto, desarrollador del modelo, cuya declaración sustentaba la fiabilidad del programa. Sin embargo, este pedido fue denegado en primera instancia, amparándose en las restricciones impuestas por las licencias privativas utilizadas por *Cybergenetics* para proveer el software al Estado. Este hecho plantea un problema crítico: ni el juez, ni la fiscalía, ni la defensa pueden auditar o comprender plenamente cómo el software alcanza sus conclusiones, ya que el código fuente permanece inaccesible.

Desde su primera aceptación en un tribunal en 2009, *TrueAllele* se ha utilizado bajo la afirmación de su creador, el Dr. Mark Perlin, de que «los estudios de validación son las mejores pruebas de la fiabilidad de los códigos fuente». En 2014, Perlin defendió la objetividad del software, sosteniendo que «cuando resuelve genotipos, nunca considera una referencia o un sospechoso». Sin embargo, ese mismo año, otro modelo de genotipificación probabilística, *STRmix*, fue objeto de críticas judiciales tras detectarse errores de codificación que generaban resultados engañosos, obligando a la empresa

⁷ A modo de ejemplo, vale señalar la cláusula 17 de los términos y condiciones de Adobe la cual establece que, “Ciertos elementos de los Servicios y el Software constituyen nuestra información confidencial (o la de nuestros licenciantes). Excepto en los casos expresamente permitidos en los Términos, no debes (ni permitir que terceros): (A) modificar, portar, adaptar o traducir ninguna parte de los Servicios o del Software; (B) realizar ingeniería inversa (incluyendo, pero no limitado a, la supervisión o el seguimiento de las entradas y salidas que fluyen a través de un sistema o una aplicación para recrear dicho sistema), descompilar, desensamblar o intentar de cualquier otra forma descubrir, dentro de cualquier Servicio o Software, el código fuente”.

desarrolladora a revelar su código fuente. Asimismo, un informe de *ProPublica*⁸ en 2017 señaló problemas similares en el software *Forensic Statistical Tool* (FST), utilizado por laboratorios forenses en Nueva York, cuestionando la fiabilidad de sus resultados probabilísticos.

Más allá de estos antecedentes, es fundamental destacar que estos softwares están diseñados específicamente para su uso en procesos penales, contextos donde los derechos fundamentales, como la defensa en juicio, exigen un nivel adicional de transparencia. En este sentido, el uso de programas con licencias privativas —que impiden el acceso al código fuente incluso bajo acuerdos de confidencialidad— genera tensiones significativas en un ámbito eminentemente público. Como señala Glauco Giostra, la publicidad procesal no es un elemento externo o accesorio al sistema judicial, sino un principio que transforma la validez política y ética de la administración de justicia⁹. Bajo esta lógica, la primacía del derecho de propiedad intelectual sobre las garantías constitucionales, como el derecho de defensa y, específicamente poder confrontar la prueba de cargo, amenaza con socavar los pilares del debido proceso.

5. La audiencia de *discovery* en el derecho procesal estadounidense

A fines de abordar el caso bajo estudio resulta necesario formular algunas aclaraciones previas con respecto a las reglas que dan forma al proceso de tipo acusatorio en los Estados Unidos de América. Esto, a efectos de circunscribir adecuadamente la etapa preparatoria del juicio en la que tuvo lugar el debate sobre los derechos y garantías del acusado en relación con las licencias de software en el proceso penal. En este antecedente, adquieren relevancia constitucional las reglas aplicables a la figura del denominado «*testigo experto*» y los estándares para la admisibilidad de pruebas científicas.

En los Estados Unidos, el sistema procesal penal se basa en un modelo *acusatorio* que busca garantizar la *transparencia* y la *igualdad de armas entre las partes*, principios que adquieren particular relevancia en el desarrollo de pruebas científicas o técnicas. Dentro de este modelo, las etapas del proceso están diseñadas para proteger los derechos del acusado y prevenir desequilibrios en el acceso a la información o las evidencias. El proceso tiene comienzo cuando el fiscal reúne evidencias suficientes para presentar cargos formales ante un Tribunal de Distrito. Este acto incluye una descripción detallada de los hechos, las pruebas disponibles y los cargos imputados. Posteriormente, el acusado comparece en una audiencia inicial, donde se le informa sobre los cargos en su contra, se le asigna un abogado si no cuenta con uno, y se determina si permanecerá detenido o será liberado hasta el juicio.

En este contexto, la etapa intermedia conocida como *Discovery* adquiere especial importancia. Durante esta fase, ambas partes —fiscalía y defensa— intercambian información relevante para la preparación del juicio. Este procedimiento busca evitar el llamado «*Trial by ambush*» (juicio por emboscada) al garantizar que ambas partes puedan desarrollar estrategias legales adecuadas con pleno conocimiento de las pruebas y testigos que se presentarán en el juicio. Además, el fiscal tiene la obligación de proporcionar a la defensa todas las pruebas en su poder, incluidas aquellas que podrían ser exculporias.

⁸ Kirchner, 2017, 4 de septiembre.

⁹ Giostra, 1989, p. 55

Este principio, conocido como la «*Divulgación Brady*» (*Brady v. Maryland*, 1963), establece que retener evidencia favorable al acusado violaría los principios fundamentales de justicia, ya que el fiscal debe actuar no solo como acusador, sino también como garante de un proceso justo. En palabras del cimerio tribunal de Estados Unidos, el fiscal no debe ser «*el arquitecto de un procedimiento que no se ajusta a las normas de justicia*»¹⁰.

En los juicios penales, los testigos desempeñan roles esenciales en el desarrollo de los hechos y en la validación de las pruebas. Según su naturaleza, pueden clasificarse en testigos *legos*, quienes ofrecen relatos de hechos presenciados; *testigos de concepto*, quienes aportan información por su relación cercana con las partes o las víctimas; y *testigos expertos*, quienes poseen formación técnica o científica que les permite interpretar y validar pruebas complejas. En el caso bajo estudio, la figura del *testigo experto* adquiere una dimensión especial, ya que el Dr. Mark Perlin, creador del software *TrueAllele*, no solo actúa como experto técnico sino también como desarrollador y comercializador del modelo en cuestión. Esta doble función plantea dudas legítimas sobre su imparcialidad, especialmente en contextos donde la transparencia y la objetividad se suponen como pilares fundamentales del proceso.

En el marco del caso *State v. Pickett*, el fiscal informó durante el Discovery su intención de presentar evidencia científica basada en *TrueAllele*. Sin embargo, debido a que el software aún no había sido validado como prueba admisible en Nueva Jersey, el juez ordenó una audiencia preliminar para determinar su fiabilidad y así poder decidir si se la admitía para declarar en juicio junto con dicha prueba. En dicha audiencia, el Dr. Perlin fue citado como testigo experto para defender la validez del método de genotipificación probabilística empleado. La defensa, por su parte, cuestionó la admisibilidad de la prueba solicitando acceso al código fuente de *TrueAllele* y a otros datos técnicos que permitieran realizar un contrainterrogatorio efectivo. Argumentaron que sin esta información no podrían evaluar adecuadamente la fiabilidad del software ni refutar las afirmaciones del testigo experto. La solicitud fue denegada en primera instancia, lo que llevó al caso a una segunda instancia judicial.

La controversia en el caso *Pickett* refleja una tensión entre dos principios fundamentales: el derecho del acusado a un juicio justo, donde pueda confrontar acabadamente la prueba de cargo para poder defenderse, y la protección de la propiedad intelectual del software. Mientras que *Cybergenetics* argumentó que el acceso al código fuente comprometería sus secretos comerciales, la defensa sostuvo que sin dicha información era imposible evaluar la fiabilidad de la prueba científica. En última instancia, la cuestión radica en si los secretos comerciales pueden prevalecer sobre los derechos constitucionales del acusado, especialmente en casos donde la prueba técnica podría ser determinante para el veredicto. La decisión de denegar el acceso al código fuente de *TrueAllele* plantea interrogantes críticos sobre el equilibrio entre la innovación tecnológica y las garantías constitucionales, un tema que será explorado con mayor detalle en los próximos apartados.

¹⁰ USSC, «*Brady v. Maryland*», 1963.

6. Estándares aplicables a la incorporación de prueba científica en el derecho procesal de los EE.UU

a. Los estándares «*Frye*» y «*Daubert*» para determinar admisibilidad de la prueba científica novedosa

Dentro del marco del Discovery, etapa preparatoria del juicio, se pueden establecer audiencias específicas para decidir sobre la admisibilidad de pruebas de carácter técnico o científico. En estas audiencias, un testigo experto es citado para acreditar la fiabilidad de la prueba en cuestión. Como hemos señalado previamente, el juez puede aplicar distintos estándares de evaluación para determinar la aceptabilidad de la evidencia técnica presentada. Estos estándares, que varían según las jurisdicciones estatales, presentan diferencias sustanciales en cuanto a su enfoque y requisitos. Para encuadrar el contexto procesal en el que se sitúa el caso bajo estudio, resulta pertinente explicar los dos principales estándares aplicables: *Frye* y *Daubert*, sin perjuicio de que en este caso particular se haya aplicado el primero debido a que el estado de Nueva Jersey sigue esta doctrina.

El estándar *Frye*, introducido por el caso *Frye v. United States*¹¹ (293 F. 1013, D.C. Cir. 1923), fue el primero en ser implementado por el sistema judicial estadounidense para regular la admisibilidad del testimonio de expertos sobre *evidencias técnicas o científicas novedosas*. Según *Frye*, la evidencia debe ser «generalmente aceptada como confiable por la comunidad científica a la que pertenece». Este enfoque, aunque sencillo y directo, confía en la validación de la comunidad científica como criterio principal de admisibilidad. Estados como California, Illinois, Maryland, Minnesota, Nueva Jersey, Nueva York, Pensilvania y Washington continúan aplicando este estándar en sus tribunales.

Sin embargo, a partir de recomendaciones relacionadas con la aceptación y credibilidad científica, y específicamente tras el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579, 1993), se comenzó a implementar el denominado estándar «*Daubert*» en los tribunales federales y en más de la mitad de los estados. Aunque no se trata de un cambio sustancialmente opuesto a *Frye*, *Daubert* establece un conjunto de pautas más detalladas para admitir el testimonio de expertos científicos, superando la mera «aceptación general» de *Frye*. Este enfoque se articula en torno a los siguientes principios:

El juez como guardián: Según el Reglamento Federal de Evidencia, la Regla 702 asigna al juez que preside el juicio la responsabilidad de garantizar que las pruebas cumplan con las directrices científicas necesarias.

Relevancia y confiabilidad: El juez debe asegurarse de que el testimonio del perito sea «relevante para la tarea en cuestión» y que esté fundamentado en una base confiable.

Conocimiento científico como método científico: Las pruebas admitidas deben cumplir con estándares científicos actuales, demostrando que sus hallazgos se obtuvieron mediante protocolos específicos que se consideran métodos científicos estandarizados.

Factores ilustrativos: *Daubert* establece criterios adicionales para evaluar el método científico, entre los cuales destacan:

¹¹ Capellino, 2024, 10 de julio.

- Si la técnica o teoría en cuestión es generalmente aceptada (como indica *Frye*).
- Si los resultados han sido objeto de revisión por pares en publicaciones científicas.
- Si los resultados pueden ser replicados y comprobados mediante análisis o pruebas adicionales.
- Si las pruebas o investigaciones se realizaron de manera independiente al litigio en cuestión.



Fuente: <https://www.lexvisio.com/article/2019/07/09/the-states-of-daubert-after-florida>

La distinción más evidente entre *Frye* y *Daubert* radica en el alcance de este último. Mientras que *Frye* se enfoca esencialmente en la aceptación general dentro de la comunidad científica, *Daubert* amplía el análisis al incorporar múltiples factores que permiten al juez asumir un rol activo como «guardián» de la admisibilidad de las pruebas. Este enfoque empodera al juez para evaluar no solo la confiabilidad de las técnicas empleadas, sino también su relevancia en el caso particular. Así, mientras *Daubert* anima a los jueces a determinar la admisibilidad, *Frye* se centra en la propia comunidad científica de la cual el perito experto forma parte.

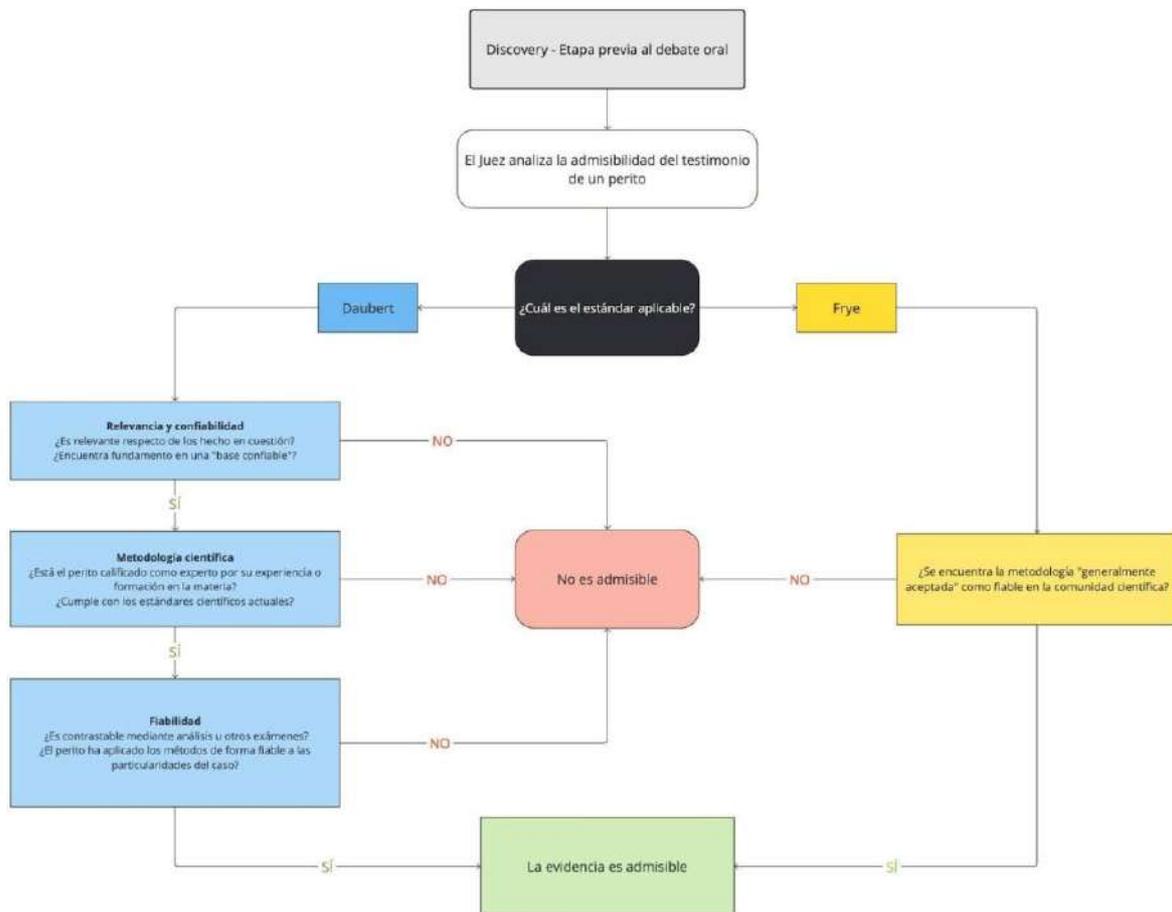


Gráfico: Tomás Pomar

Resulta interesante reflexionar que, hipotéticamente, la aplicación del estándar Daubert en este caso podría haber ofrecido un marco más robusto para evaluar la admisibilidad de la prueba científica. Daubert, al asignar al juez un rol activo como «guardián» de la evidencia, permite un análisis más amplio y crítico de los métodos empleados y su confiabilidad, en lugar de depender exclusivamente de la aceptación general por parte de la comunidad científica. En contraste, bajo Frye, aunque el juez mantiene la decisión final sobre la admisión de la prueba, esta se ve significativamente influenciada por la opinión de la comunidad científica relevante.

En este caso particular, el peso otorgado a la comunidad informática plantea un desafío adicional, ya que la misma está representada en gran medida por actores vinculados directamente con el desarrollo del software *TrueAllele*. El Dr. Perlin, creador del software y testigo experto propuesto por la Fiscalía, encarna esta dualidad al ser el desarrollador de la herramienta licenciada bajo software propietario y, al mismo tiempo, el responsable de defender su fiabilidad. Este conflicto de intereses podría haber sido abordado de manera más adecuada de haberse aplicado el estándar Daubert y, así, exigir un análisis que trascienda la mera aceptación general y contemple cuestiones como la imparcialidad, los métodos empleados y la replicabilidad de los resultados.

7. Planteos de las partes

a. Argumentos de la defensa

Es importante recordar que los jueces del estado de Nueva Jersey, donde se desarrolla el proceso, aplican el antes descrito estándar *Frye* para evaluar el testimonio de peritos; el testigo experto en genética forense fue el Dr. Perlin, cofundador de la empresa Cybergenetics, desarrolladora de *TrueAllele*. Dicho software fue utilizado para analizar muestras de material genético insuficientes para ser procesadas mediante métodos tradicionales. El modelo de genotipificación probabilística implementado estimó que el ADN del acusado coincidía con las muestras recolectadas, constituyendo así la base de la acusación.

Ante la falta de precedentes que avalaran la confiabilidad de *TrueAllele* en la jurisprudencia local, el Juez fijó una audiencia bajo el estándar *Frye* a fines de determinar su admisibilidad en el proceso. En esta audiencia, el testigo experto debía demostrar que el método de análisis empleado era generalmente aceptado por la comunidad científica de genética forense, a la cual pertenece.

La defensa, en ejercicio del derecho del imputado a controvertir las pruebas presentadas en su contra, solicitó acceso al código fuente del software *TrueAllele*. Según argumentó, el pleno acceso a esta información era un requisito esencial en un sistema contradictorio, ya que resultaba indispensable para realizar un contraexamen efectivo del testimonio del testigo experto. La defensa también enfatizó que sin dicho acceso no podía evaluar ni cuestionar adecuadamente las afirmaciones de la fiscalía.

En concreto, la solicitud incluía «todas las dependencias de software, como bibliotecas de código de terceros, cajas de herramientas y *plug-ins*», así como «materiales de ingeniería y desarrollo de software que describieran el desarrollo, despliegue y mantenimiento» del programa. Este acceso, argumentaba la defensa, era necesario para examinar si el software implementaba correctamente los modelos de genotipificación probabilística y para determinar la fiabilidad de los resultados obtenidos.

Mediante el acceso a esta información la Defensa pretendía poder cuestionar las afirmaciones del Dr. Perlin relativas a la fiabilidad del uso del software de genotipado probabilístico, negándose a aceptar los estudios de validación provistos por la propia empresa. Respecto a este punto, la Defensa de Pickett subrayó que los estudios de validación presentados por la empresa no cumplían con los estándares exigidos por el *President's Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST), ya que ninguno de ellos era independiente ni evaluaba si *TrueAllele* implementó correctamente los métodos estadísticos subyacentes. Según el informe del PCAST, los estudios independientes son esenciales para garantizar que los sistemas de genotipificación probabilística cumplan con estándares científicos robustos y generen resultados confiables. En ausencia de estos estudios, la defensa consideró que aceptar ciegamente los datos proporcionados por la empresa desarrolladora sería incompatible con las garantías procesales.

Asimismo, en respaldo a su postura, la Defensa presentó una declaración escrita por Nathaniel Adams, ingeniero de sistemas contratado como perito de parte. Adams señaló que los cálculos de verosimilitud en *TrueAllele* dependían de modelos estadísticos subyacentes al software, cuya calidad estaba influida y afectaba necesariamente la verosimilitud de los cálculos y, en última instancia, la verosimilitud de los resultados comunicados. Además, destacó que el análisis forense de ADN carece de normas

específicas para el desarrollo y validación de software de genotipificación probabilística, lo que hace indispensable una auditoría exhaustiva del código fuente.

Ante estas presentaciones, Cybergenetics ofreció permitir la inspección del software bajo una «orden de protección» (*protective order*), condicionada a un acuerdo de no divulgación (NDA) dirigido a minimizar la posibilidad de la defensa de argumentar con base al código fuente del sistema *TrueAllele* en juicio público. Sin embargo, la defensa rechazó los términos impuestos, argumentando que las restricciones incluían prohibiciones como tomar notas digitales, acceder a Internet o compilar el código fuente, lo que obstaculizaba una revisión efectiva. Además, se señaló que estas condiciones limitaban la posibilidad de consultas con expertos en áreas relacionadas, como biología, estadística y desarrollo de software, necesarias para evaluar adecuadamente el programa.

Frente a este escenario, la Defensa propuso otra orden de protección que establecía que el material seguiría siendo confidencial y se utilizaría únicamente para preparar la defensa del demandado en este caso. Asimismo se comprometió a que «ningún destinatario podría revelar, utilizar o divulgar ninguna parte». El código fuente se pondría a disposición en un formato accesible especificado en un ordenador autónomo proporcionado por *Cybergenetics* para que el experto lo revisara y, en caso imperioso, «realizara notas de inspección, utilizara el software necesario y creara fragmentos o capturas de pantalla de las líneas de código pertinentes para utilizarlas en su informe». La empresa se negó a aceptar estos términos y se mantuvo firme en sus restricciones al amparo de su derecho al secreto del código fuente del sistema.

b. Contraargumentos de la Fiscalía

Frente a la solicitud de la defensa de acceder al código fuente de *TrueAllele*, la fiscalía presentó una declaración técnica de 78 párrafos elaborada por su testigo experto, el Dr. Mark Perlin. Este documento detallaba los motivos para oponerse a la apertura del código, calificando el pedido como innecesario, irrazonable y contrario al interés de la justicia. Perlin defendió la confiabilidad de *TrueAllele*, destacando su validación dentro de la comunidad científica de genética forense mediante más de treinta estudios y publicaciones.

En su declaración, el Dr. Perlin argumentó que el acceso al código fuente era «inmaterial para el caso», ya que su revisión no aportaría elementos relevantes para determinar la fiabilidad del software. Además, consideró que el análisis del código era impracticable por su complejidad: *TrueAllele* cuenta con aproximadamente 170.000 líneas de código, escritas en MATLAB, un lenguaje de programación matemático especializado en algoritmos numéricos. Según Perlin, descifrar incluso unas pocas líneas de este «denso texto matemático» requeriría un esfuerzo descomunal. Estimó que, al ritmo de diez líneas por hora, una persona tardaría más de ocho años en analizar el código completo.

Sin perjuicio de esta oposición, *Cybergenetics* ofreció al acusado la posibilidad de «inspeccionar» el código fuente bajo un Acuerdo de No Divulgación (NDA). Tras negociaciones extensas, la empresa accedió a flexibilizar algunas condiciones iniciales del NDA, como la entrega de las notas tomadas durante la revisión, pero mantuvo la mayoría de las restricciones. A pesar de estas modificaciones, las partes no lograron un consenso sobre los términos y el alcance de la inspección.

El juez de primera instancia interpretó que la disposición de *Cybergenetics* para permitir un acceso limitado sugería que la principal objeción de la empresa no residía en la entrega

del código en sí, sino en los parámetros que rodearían dicha inspección. No obstante, la defensa sostuvo que incluso los términos revisados seguían siendo excesivamente gravosos y restringían de manera significativa el derecho del acusado a ejercer su defensa.

c. El derecho a la competencia comercial como oposición

Uno de los argumentos más recurrentes presentados por la fiscalía, respaldado por el Dr. Mark Perlin, es la naturaleza del «entorno comercial altamente competitivo» en el que opera *Cybergenetics*. Según Perlin, al menos diez empresas o grupos han desarrollado herramientas similares a *TrueAllele*, como STRmix o FST, lo que subraya la necesidad de preservar la confidencialidad del código fuente. Este planteo se basa en que, en el ámbito comercial, mantener el secreto sobre el código constituye una ventaja estratégica crucial frente a los competidores.

Curiosamente el propio fiscal sostuvo que la revelación del código fuente podría comprometer la posición de *Cybergenetics* en el mercado, dado que las empresas con fines de lucro no suelen poner a disposición del público sus desarrollos tecnológicos. En palabras de Perlin, esta reserva no solo protege los intereses económicos de la empresa, sino que también permite a los desarrolladores mantener un liderazgo en innovación tecnológica frente a rivales en el sector. A su juicio, cualquier apertura indiscriminada del código supondría un daño irreparable para la empresa, otorgando una ventaja indebida a competidores que no comparten la misma información.

Adicionalmente, la defensa de la confidencialidad incluyó la afirmación de que ya se había proporcionado material suficiente para evaluar la fiabilidad del software. Entre los documentos entregados, se destacaron más de treinta estudios de validación y publicaciones científicas que, según la empresa, respaldaban la eficacia y precisión de *TrueAllele*. *Cybergenetics* argumentó que la apertura del código no sólo era innecesaria para el caso, sino que además vulneraba los derechos de propiedad intelectual que le asistían como desarrolladora del software. Por tanto, sostuvo que el material presentado debía considerarse suficiente para cumplir con los estándares judiciales de fiabilidad.

Finalmente, *Cybergenetics* reforzó su posición al señalar que, en un ecosistema donde la innovación tecnológica define el éxito comercial, la divulgación del código fuente representaría no solo una amenaza económica directa, sino también un golpe estructural a las bases competitivas del sector. Según la empresa, ceder en este punto no sólo comprometería sus intereses, sino que también sentaría un precedente peligroso para otros desarrolladores que, ante la posibilidad de verse obligados a exponer sus sistemas internos, podrían optar por abandonar el mercado o limitar sus inversiones en nuevas tecnologías. Así, la competencia comercial no se presenta como un elemento accesorio, sino como el eje principal de su negativa a permitir una inspección irrestricta.

d. Criterio adoptado por el tribunal

Tras analizar los hechos y los planteos de ambas partes, la Suprema Corte de Nueva Jersey se centró en los derechos en conflicto: por un lado, el secreto comercial de *Cybergenetics*; por el otro, el derecho del acusado a preparar una defensa efectiva. El eje de la decisión consistió en determinar si el acceso al código fuente del software *TrueAllele* resultaba indispensable para que la defensa pudiera contrainterrogar al testigo experto para determinar su admisibilidad en el juicio por jurados.

Si bien los jueces reconocieron la importancia de proteger la confidencialidad de los secretos comerciales, dejaron en claro que esta protección no puede prevalecer a costa de obstaculizar el derecho del acusado a una defensa justa. En el considerando V de su decisión, la Corte afirmó que, dado que el Estado había elegido presentar un software novedoso de genotipificación probabilística como prueba y elevarlo al rango de «testigo experto», también debía aceptar un escrutinio exhaustivo del programa. Según los magistrados, una vez que el acusado satisface la carga de demostrar una necesidad particularizada de acceso, el juez debe ordenar la apertura del código fuente y de toda documentación relacionada, como registros de diseño, pruebas, errores, cambios y requisitos técnicos, bajo una orden de protección adecuada.

Este razonamiento convirtió la carga de demostrar la necesidad de acceso en la «llave» para ingresar al análisis interno de un software incorporado al proceso penal. Por ello, la Corte estableció un estándar de cuatro criterios para evaluar si el acusado cumple con este requisito: primero, que exista una base racional para la solicitud, incluyendo el grado en que el testimonio del experto respalda la necesidad de divulgación; segundo, la especificidad de la información requerida; tercero, la existencia de medios disponibles para proteger la propiedad intelectual; y, cuarto, otros factores adicionales relevantes según las particularidades del caso.

En cuanto al primer criterio, la Corte consideró que la defensa presentó argumentos sólidos que justificaban la necesidad de acceso al código fuente. Citó precedentes relevantes, como los casos Chun y Ghigliotty, donde los tribunales reconocieron la importancia del código para validar la confiabilidad de los programas utilizados en procesos judiciales. Además, el tribunal subrayó la contradicción entre el testimonio del Dr. Perlín, quien afirmó que analizar el código llevaría más de ocho años, y la postura de la Fiscalía, que sostenía que las revisiones limitadas ofrecidas por *Cybergenetics* eran suficientes. La Corte resolvió que, aunque la base científica del ADN es válida, esto no garantiza automáticamente la confiabilidad del software que implementa dichos análisis. El código fuente debe ser verificado para garantizar que cumple con lo que *Cybergenetics* afirma.

Respecto al segundo criterio, el tribunal concluyó que la defensa limitó adecuadamente su pedido a la información estrictamente necesaria para una revisión independiente. Argumentó que la divulgación solicitada estaba diseñada para evaluar si el software *TrueAllele* opera según lo previsto y si su funcionamiento no ha sido afectado por errores o modificaciones. La especificidad de la solicitud fue clave para demostrar que el pedido no era arbitrario ni excesivo, sino proporcional a la necesidad de garantizar una defensa efectiva.

En relación con el tercer criterio, los jueces consideraron que las órdenes de protección propuestas por la empresa y la Fiscalía eran excesivamente restrictivas, especialmente por las sanciones automáticas y multas estipuladas en ellas. La Corte señaló que existen otros mecanismos menos gravosos para proteger los secretos comerciales, como sanciones genéricas civiles y penales en caso de incumplimiento. Citó ejemplos de otras jurisdicciones donde las órdenes de protección establecen sanciones proporcionales y genéricas, como suspensiones de licencias o acciones disciplinarias, en lugar de multas automáticas. Instruyó al juez a emitir una nueva orden equilibrada que salvaguarde los derechos de todas las partes y mantenga la jurisdicción necesaria para garantizar su cumplimiento.

Finalmente, en lo relativo al cuarto criterio, la Corte enfatizó que, dado que sistemas como TrueAllele integran disciplinas como informática, estadística y genética forense, su validación requiere un escrutinio multidisciplinario. Aunque el programa sea aceptado en la genética forense, ello no basta si no cuenta con aceptación en otras comunidades científicas relacionadas, especialmente la informática. Este punto es esencial, ya que el escrutinio técnico no debe limitarse a una única disciplina, sino abarcar todas las áreas involucradas en el desarrollo y funcionamiento del software. Esto resalta lo vital que resulta la apertura del código fuente, para así probar que el programa goza también de aceptación dentro de la comunidad informática en general, dentro de la cual también opera y se desarrolla.

En conclusión, la Corte consideró que la defensa cumplió con los cuatro requisitos establecidos para acceder al código fuente y demás información complementaria.

En el considerando VI, subrayó que, a medida que avanza la tecnología, los jueces deberán ejercer un «sano escepticismo» al evaluar herramientas novedosas en procesos penales, asegurando una defensa efectiva para los acusados. Recordó que los programas informáticos, al ser diseñados por humanos, están sujetos a errores, defectos y sesgos. Por ello, solo una revisión independiente y sin restricciones puede garantizar su confiabilidad bajo estándares como Frye o Daubert. Finalmente, la Corte ordenó revertir el fallo apelado y remitir el caso, instruyendo al juez a compeler la divulgación del código fuente y la documentación relacionada. Además, ordenó que el juez supervise el cumplimiento de la orden de protección y actúe como garante de un escrutinio efectivo en el marco de la audiencia bajo el estándar *Frye*.

8. Impacto y reflexiones

El caso *State v. Pickett* permite reflexionar respecto a un aspecto que ha adquirido una relevancia creciente para el derecho procesal: la relación e interacción entre la tecnología de uso judicial y la vigencia de las garantías procesales. La digitalización del sistema judicial y la incorporación de diversos tipos de herramientas algorítmicas transforman el modo en que se recolectan y valoran las pruebas, planteando nuevos desafíos y tensiones frente a determinados pilares perentorios del proceso como son la publicidad de los actos procesales, la igualdad de armas y el control de los medios probatorios. Si bien la modernización de la justicia es un fenómeno inevitable, no siempre queda claro hasta qué punto estos avances tecnológicos son compatibles con los principios que estructuran el proceso penal.

El problema que subyace en este caso no se reduce a la fiabilidad técnica de *TrueAllele* ni a su reconocimiento dentro de la comunidad forense, sino a una cuestión más amplia: la posibilidad de controlar y contradecir los medios de prueba presentados en juicio. En los sistemas acusatorios, la prueba no adquiere validez por su sola existencia, sino por su capacidad de ser sometida a debate y verificación. La pregunta que surge, entonces, es si puede considerarse plenamente válida una prueba cuyo funcionamiento interno no es accesible para las partes ni para el tribunal. La Corte de Nueva Jersey ha dado una respuesta afirmativa en este caso, al establecer que la defensa tenía derecho a conocer el código fuente del software utilizado en su contra. Sin embargo, la cuestión no está resuelta en términos generales y es probable que este tipo de debates continúe profundizándose en los próximos años.

Más allá de la solución concreta adoptada en este caso, la discusión refleja una tensión que va en aumento: el papel que deben tener las tecnologías privadas en la producción de prueba penal. La exclusión de la defensa y del tribunal en la evaluación de la estructura interna de estos sistemas genera un desequilibrio que es difícil de justificar en términos procesales. El derecho de defensa supone la posibilidad real de contraexaminar la prueba presentada en juicio, pero ¿Cómo se materializa este derecho cuando los fundamentos del análisis probatorio no pueden ser revisados? La respuesta no es sencilla, pero el problema no puede reducirse únicamente a una cuestión de conveniencia o de eficiencia en la administración de justicia.

Este caso también pone de relieve otro aspecto que no puede ser soslayado: la introducción de actores privados en la producción de prueba penal. A diferencia de los métodos tradicionales de evaluación pericial, que en su mayoría son llevados a cabo por organismos públicos, universidades o laboratorios forenses estatales, el uso de software privado implica delegar una función judicial clave en empresas que operan bajo una lógica comercial. Esto introduce un problema estructural, ya que el diseño y la implementación de estos sistemas responden a intereses de mercado que pueden entrar en tensión con las exigencias de imparcialidad, publicidad y control que rigen el proceso penal.

El caso aquí analizado muestra con claridad esta problemática. La negativa de *Cybergenetics* a revelar el código fuente de *TrueAllele* no se debió a razones técnicas ni científicas, sino a la necesidad de proteger su propiedad intelectual y su modelo de negocios. En otras palabras, el software no se presentó como una herramienta de conocimiento abierto y replicable, sino como un producto comercial cuyo funcionamiento debía mantenerse en secreto. Esto plantea una cuestión central: ¿Es compatible con los principios del proceso penal la introducción de tecnologías cuyo control efectivo se encuentra limitado por estrategias de mercado? La preocupación no es menor, ya que aceptar este modelo sin restricciones podría derivar en un escenario en el que la prueba digital se convierta en un insumo privatizado, cuyo acceso dependa de acuerdos comerciales entre el Estado y las empresas desarrolladoras.

Este punto adquiere aún mayor relevancia en la medida en que los sistemas de justicia comienzan a integrar herramientas de inteligencia artificial para la toma de decisiones. Modelos predictivos para evaluar la reincidencia, sistemas de reconocimiento facial para la identificación de sospechosos y algoritmos para la determinación de penas son solo algunas de las aplicaciones que han comenzado a desarrollarse. No obstante, el uso de estas herramientas plantea interrogantes sobre su impacto en los derechos fundamentales. La tendencia hacia la automatización de la justicia podría generar una ilusión de objetividad, cuando en realidad estos sistemas operan a partir de modelos contruidos por humanos, con sus propios sesgos y limitaciones. En este escenario, la exigencia de publicidad de los actos procesales adquiere una dimensión aún más relevante, pues sin la posibilidad de examinar y cuestionar los métodos utilizados, la presunción de imparcialidad y confiabilidad de estas tecnologías no es suficiente para garantizar su legitimidad.

El avance de la inteligencia artificial y los sistemas algorítmicos en el derecho penal plantea un desafío que no puede reducirse a una cuestión de eficiencia o rapidez en el procesamiento de información. La creciente centralidad de estas herramientas en el desenvolvimiento del proceso exige que su implementación se haga bajo criterios que aseguren su plena compatibilidad con las garantías constitucionales. No se trata únicamente de regular su uso, sino de definir con precisión qué condiciones deben

cumplirse para que su aplicación en el proceso penal no genere desigualdades estructurales ni debilite el derecho de defensa. El problema no radica en la incorporación de tecnología en la justicia, sino en permitir que estas herramientas operen bajo esquemas opacos o con limitaciones que impidan su control efectivo. Sin estándares claros que regulen su diseño y uso, el riesgo no es solo la consolidación de mecanismos de prueba de difícil impugnación, sino la progresiva erosión de los principios que sostienen la legitimidad del proceso.

El debate abierto por este fallo no se agotará en la cuestión específica de *True Allele* ni en el problema del acceso al código fuente. Más bien, constituye un punto de partida para repensar cómo debe estructurarse la relación entre derecho y tecnología en los procesos judiciales. La modernización de la justicia no puede interpretarse como un simple proceso de incorporación de nuevas herramientas, sino como un desafío que obliga a evaluar continua y críticamente el impacto de estas innovaciones en la forma en que se administra la prueba, se garantizan los derechos y se equilibra el poder entre las partes. Lo que está en juego no es solo la publicidad de un software en particular, sino el sentido mismo de la contradicción y del control de la prueba en el sistema penal.

Casos como este trazan una línea clara sobre cómo debe pensarse la integración de tecnología en el derecho procesal penal, no solo desde el análisis de su impacto en las garantías individuales, sino también desde su diseño e implementación en la esfera pública. Resulta imperativo que los Consejos de la Magistratura elaboren planes de contratación pública de tecnología desarrolladas específicamente para la particular función de impartir justicia. La adquisición y desarrollo de software con impacto procesal no puede ser regulada bajo los mismos parámetros que para los servicios comerciales, sino que debe responder a criterios específicos que garanticen el respeto irrestricto de las garantías constitucionales para, así, respetar los principios que estructuran el proceso y evitar nulidades. Esto implica garantizar la explicabilidad de los sistemas o, en su defecto, la adopción de estándares de auditoría independientes, asegurando que las herramientas utilizadas en el proceso penal no introduzcan restricciones que vulneren el derecho de defensa ni comprometan la imparcialidad de las decisiones judiciales. La tecnología puede aportar mucho al derecho penal, pero su integración debe realizarse con pleno respeto a los principios que rigen el proceso, asegurando que las herramientas del futuro se diseñen no sólo para ser eficientes, sino, ante todo, para ser justas.

9. Bibliografía

- Busaniche, B. (s.f.). *El dilema del copyright en el campo del software*. Fundación Vía Libre. <https://vialibre.org.ar>
- Capellino, A. (2024). 10 de junio. The Frye Standard in Expert Testimony. *Expert Institute*.
<https://www.expertinstitute.com/resources/insights/admitting-expert-testimony-under-the-frye-standard-the-ultimate-guide/>
- Culebro Juárez, M., Gómez Herrera, W. G., & Torres Sánchez, S. (2006, mayo). *Software libre vs software propietario: Ventajas y desventajas*. Creative Commons.
- Giostra, G. (1989). *Processo penale e informazione* (2ª ed.). Giuffrè.

Kirchner, L. (2017). Thousands of Criminal Cases in New York Relied on Disputed DNA Testing Techniques. *ProPublica*, 4 de septiembre.

<https://www.propublica.org/article/thousands-of-criminal-cases-in-new-york-relied-on-disputed-dna-testing-techniques>

Morozov, E. (2016). *La locura del solucionismo tecnológico*. Katz.

Pomar, T. F. (2022, marzo 16). Acceso a la información pública y software: Hacia la plena publicidad de los códigos fuente empleados por el Estado. *Revista Pensamiento Penal*.

Pomar, T. F. (2023). *Algoritmos judiciales, un nuevo velo de la justicia*. En *Garantizando la independencia de la justicia: El papel del Consejo de la Magistratura* (Dossier). Buenos Aires: ADC.

Jurisprudencia:

Pennsylvania Superior Court, «*Kevin James Foley*», 2012. 38 A.3d 882, 889–890.

Crown Court (UK), «*Colin Pitchfork*», 1988.

State of New Jersey, «*Corey Pickett*», Exp. No. A-4207-19T4 (págs. 14, 15 in fine, 16, 16–17, 18, 18 in fine, 21, 21 in fine).

United States Supreme Court (USSC), «*Brady v. Maryland*», 1963.

La proporcionalidad de la pena en los delitos de lesa humanidad

La lucha contra la impunidad y el caso «Vega González y otros vs Chile», de la Corte IDH

Martina Barraza Orsini¹ &
Lucía Barrera Berbén²

Resumen

Este artículo analiza el caso «*Vega Gonzalez y otros vs. Chile*» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, centrado en la aplicación de la media prescripción en causas sobre crímenes de lesa humanidad y en las medidas de reparación ordenadas, especialmente la de revisión de sentencias internas. Examina los desafíos que implica para el debido proceso. Este trabajo es una aproximación enmarcada en un debate mucho más amplio sobre los alcances de las facultades del tribunal interamericano y sobre los límites convencionales en la ejecución de sus sentencias, particularmente cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Sobre la figura de la media prescripción o prescripción gradual en el derecho penal chileno y su aplicación a delitos de lesa humanidad | 3.- Reparaciones ordenadas por la Corte IDH en su sentencia | 4.- Votos disidentes y razonados, a. Sobre el cumplimiento efectivo de la medida de reparación objeto de controversia | 5.- Conclusiones | 6.- Bibliografía

Fallo comentado

Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Vega González y otros vs Chile» Sentencia del 12 de marzo de 2024.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos – lesa humanidad – proporcionalidad – dictadura chilena – graves violaciones a los derechos humanos

¹ Abogada, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. Especialización en aplicación del Derecho Internacional en perspectiva comparada, Universidad de Mendoza / Universidad Autónoma de Madrid. Secretaría de Litigio Estratégico Internacional, Xumek – Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Correo: barrazaorsinim@gmail.com

² Abogada, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, especializada en Litigación ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Res. Consejo Directivo No 55/2019), investigadora y docente universitaria, Universidad de Congreso, Mendoza. Correo: luciabarreraberben@gmail.com

1. Introducción

El 12 de marzo de 2024, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal. Los hechos afectan a 44 víctimas de desaparición forzada, 5 víctimas de ejecución extrajudicial y sus familiares, se trata de diversas peticiones que fueron acumuladas por el organismo regional para su tratamiento conjunto. Estas violaciones, derivaron de decisiones adoptadas entre 2007 y 2010 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema chilena que, a lo largo de catorce procesos penales, aplicó la figura de la media prescripción, prevista en el artículo 103 de su Código Penal, en procesos por delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, reduciendo de manera considerable las penas de los condenados. En el presente caso, y por la aplicación de dicha figura, ninguna de las condenas por homicidio calificado y secuestro calificado alcanzó el mínimo legal previsto.

La institución procesal de la prescripción gradual, dispone la reducción de la pena a prisión que se le impone a un responsable de un delito en los casos en que este se presente o sea puesto a disposición del tribunal después de haber transcurrido la mitad o más de la mitad del tiempo asignado para la prescripción de la acción penal o de la pena. Cabe mencionar que la Corte IDH aclara que, a diferencia de otros casos analizados, su aplicación no se realizó en el contexto de un sistema de justicia transicional.

Así, y en virtud de esta aplicación, los delitos fueron considerados sin agravantes y con dos atenuantes muy calificadas por la justicia chilena, conduciendo a una rebaja sustancial en la gradación de la pena. Como consecuencia, los condenados cumplieron penas muy bajas, con un promedio de entre tres y siete años. La Corte IDH determinó que la aplicación de esta norma permitió la reducción sustantiva de las penas y actuó como un factor de impunidad, resultando incompatible con las obligaciones internacionales del Estado de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad.

En el presente caso, el Estado chileno realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad, en el sentido en que la aplicación de la media prescripción vulneró el deber de sancionar los delitos de lesa humanidad cometidos en el presente caso y el derecho a la integridad personal de las víctimas, en su calidad de familiares de las víctimas de desapariciones forzadas, y en algunos casos de ejecuciones extrajudiciales. Ante ello, la Corte IDH decidió pronunciarse no sólo sobre los hechos y derechos que continuaban controvertidos, sino que, además, dada la gravedad de las violaciones alegadas, consideró necesario expedirse sobre cuestiones objeto del reconocimiento, en pos de contribuir a la reparación de las víctimas y evitar la repetición de hechos similares.

Asimismo, la Corte IDH reafirmó la idea de que los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar adecuadamente las graves violaciones de derechos humanos, absteniéndose de aplicar reducciones de penas en casos de crímenes de lesa humanidad, en cumplimiento de los estándares internacionales. Se enfatizó que la persecución de conductas ilícitas debe ser consecuente con el deber de garantía estatal, evitando medidas ilusorias que aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad exige imponer penas que contribuyan a prevenir la impunidad, considerando las características del delito, la participación y la culpabilidad del acusado.

Aunque no le correspondía calificar la graduación y cálculo de las condenas impuestas a nivel interno, la Corte IDH expresó preocupación por la baja entidad de las sanciones

aplicadas frente a delitos de extrema gravedad. Se advirtió que, en este caso, la regulación y los efectos generados por la aplicación de la media prescripción impactaron negativamente en el proceso de impartir justicia.

2. Sobre la figura de la media prescripción o prescripción gradual en el derecho penal chileno y su aplicación a delitos de lesa humanidad

Lo cierto es que no existe unanimidad acerca de la naturaleza jurídica de este instituto, si se trata de un atenuante o bien de una forma de manifestación de la prescripción general en estadios previos. Tal como indica el jurista Francisco Parra Núñez, nos inclinamos por esta segunda posición, ello fundado en que esta figura -que no encuentra equivalencia en otros ordenamientos jurídicos de la región- funciona como una sub institución de la prescripción total ya que comparten el mismo presupuesto de procedencia: el transcurso del tiempo. Todo ello sin dejar de tener en cuenta que los efectos jurídicos de ambas figuras son sustancialmente distintos: la prescripción extingue la responsabilidad penal, mientras que la prescripción gradual confiere al juez un poder discrecional para atenuar la pena

Si bien existen múltiples teorías acerca del fundamento de la media prescripción, la mayoría de ellas coincide en la idea de que la necesidad del castigo penal disminuye gradualmente y de forma paulatina con el transcurso del tiempo y no de un momento a otro, hasta desaparecer en su totalidad al alcanzar el plazo total de prescripción.

En cuanto al acogimiento jurisprudencial de la figura en casos de graves violaciones a derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de Chile (en adelante CSJC), en un primer momento sostuvo que los delitos cometidos en casos de derechos humanos durante la dictadura eran imprescriptibles y que la prohibición de formas de autoexoneración, como la amnistía y la prescripción encuentra sustento en reglas imperativas del Derecho internacional que el Estado chileno no puede desconocer bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, hacia mediados del año 2007, el Máximo Tribunal chileno abrió una nueva línea jurisprudencial, conocida como doctrina Dolmestch, al aplicar la media prescripción en la causa por el homicidio de Juan Luis Rivera Matus, ocurrido durante la dictadura militar chilena, que extendió luego a casos de desaparición forzada de personas -entre los que se encuentra el caso Vega González-. En ese entonces, para poder aplicar esta figura a delitos de ejecución continuada en los que no resultaba viable establecer una fecha de finalización de la consumación para iniciar el cómputo de los plazos de prescripción, la CSJC en algunos casos recalificó los hechos de secuestro a homicidio calificado, en otros consideró consumado el delito de secuestro al prolongarse el encierro o detención por más de noventa días considerando que resulta viable su aplicación en este tipo de delitos en los que el bien jurídico lesionado era de menor enjundia.

Posteriormente, desde el año 2012 la propia CSJC ha repudiado la aplicación de la media prescripción entendiendo que la naturaleza del delito de lesa humanidad impide reconocerla porque comparte fundamentos estrechos con la prescripción común.

Respecto al caso analizado por la Corte IDH, nos resulta imperioso remarcar que los delitos cuyas penas se atenuaron a través de la aplicación de la media prescripción se

produjeron en un contexto de dictadura militar, es decir, en un contexto de múltiples violaciones a derechos humanos. Es decir, las desapariciones, secuestros y ejecuciones son perpetradas por agentes del Estado o bajo su amparo, lo que configura un plan sistemático que apareja asimismo la negativa de acceso a la justicia para identificar a los responsables, el temor de denunciar y la inercia del propio Estado a investigar. La historia ha demostrado que el camino hacia el esclarecimiento de los hechos cometidos durante estos períodos de oscuridad ha iniciado siempre de la mano con el retorno de la democracia.

Bajo este entendimiento, resulta alejado de toda lógica pensar que mediante estas figuras penales el transcurso del tiempo acabe beneficiando a los responsables por estos delitos cuando la realidad es que en el contexto en que se cometieron, no se garantizó en ningún momento el derecho de acceso a la justicia que permitiera su oportuna investigación y enjuiciamiento, sino transcurrido mucho tiempo después.

En palabras de Ferrer Mc Gregor y Mudrovitsch, la imposibilidad de obtener tutela judicial en el momento en que se produjeron las violaciones, por la misma razón que legitima el régimen de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, implica también la inevitable prohibición de la media prescripción de estos delitos. Los crímenes más brutales cometidos quedarían impunes o serían castigados con penas irrisorias debido única y exclusivamente a la inercia del propio Estado, el Estado en cuyo nombre se llevaron a cabo las violaciones.

La aplicación de esta figura se traduce en penas irrisorias para delitos que por su gravedad afectan a la comunidad toda y así son calificados por el Derecho Internacional, alejando a las sanciones de toda proporcionalidad, exigida para una correcta administración de justicia.

3. Reparaciones ordenadas por la Corte IDH en su sentencia

En cuanto a las reparaciones, se ordenó al Estado revisar y/o anular las reducciones de penas que hubieran derivado de la aplicación de la media prescripción en los casos objeto de análisis. También se estableció que la aplicación del artículo 103 del Código Penal chileno, en los términos que se analizaron, era incompatible con las obligaciones convencionales, por lo que impuso al Estado la obligación de adecuar su normativa interna, debiendo aplicar el control de convencionalidad hasta tanto se efectivice dicha modificación.

En relación a las medidas de rehabilitación, la Corte IDH dispuso que el Estado brindara gratuitamente a través de instituciones de salud públicas especializadas o personal de salud especializado, y de forma inmediata, prioritaria, adecuada y efectiva, el tratamiento psicológico, psiquiátrico y/o psicosocial a las víctimas que así lo soliciten, previo consentimiento informado, incluyendo el suministro gratuito de medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en cuenta los padecimientos de cada una de ellas.

Además, se ordenó al Estado de Chile publicar, en un plazo de seis meses desde la notificación de la sentencia, un resumen oficial de la misma en el Diario Oficial y en un medio de comunicación nacional, además del texto completo en los sitios web de la Corte Suprema, el Ministerio de Justicia y el Poder Judicial durante un año. También deberá

difundir la sentencia al menos cinco veces en sus redes sociales oficiales, indicando la responsabilidad internacional del Estado y el enlace al fallo completo. En el mismo sentido, el Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional sobre las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia.

Finalmente, se dispuso que, en cumplimiento de esta sentencia, los órganos de administración de justicia no deberán aplicar la media prescripción en casos futuros relacionados con delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, respetando sus competencias y las regulaciones procesales correspondientes

4. El contenido del plenario

Otra de las particularidades del caso dictado por la Corte IDH es que más de la mitad de su extensión está dedicada al desarrollo de las disidencias y votos razonados de la y los magistrados intervinientes.

Estos votos, entre otros puntos interesantes, versan en su mayoría sobre la medida de reparación ordenada en el punto 10 del resolutivo de la sentencia, que ordena al Estado chileno revisar y/o anular las reducciones de las penas que hubieran derivado de la aplicación inconvencional de la media prescripción, por entender la Corte IDH que, en los casos examinados, la cosa juzgada debe ceder (párrafo 290).

Por un lado, los jueces Ferrer Mc Gregor y Mudrovitsch no disienten con la medida adoptada, sin embargo consideraron imperativo aprovechar la oportunidad para distinguir entre cosa juzgada fraudulenta y cosa juzgada aparente en sentido estricto, entendiendo que la primera es el resultado de la colusión, fraude o dolo de los agentes de la justicia interna y que la segunda se configura cuando, aun no existiendo el fraude efectivo de los agentes estatales, la sentencia adolece de graves vicios de inconvencionalidad. Es en este último supuesto en el que consideran que se encuadra el caso chileno, sosteniendo que no hubo fraude, pero sí un grave vicio que empaña el proceso penal en concreto que es la reducción de las penas por la aplicación inconvencional de la media prescripción a delitos de lesa humanidad, el cual se plasma en la impunidad de los responsables de las violaciones.

Por su parte, el juez Pérez Manrique en su voto concurrente expresa que, en el presente caso, los procesos penales internos juzgaban delitos de lesa humanidad, que lesionan a los miembros de la humanidad toda y remarca que tanto la prohibición de cometer delitos de este tipo como la obligación de sancionar a los responsables de cometerlos, constituyen normas imperativas del derecho internacional (normas de *ius cogens*). Y es dentro de esos parámetros que ha de analizarse la proporcionalidad y adecuación de la pena impuesta. Sostiene el magistrado que las sentencias internas resultan nulas, porque contrarían una norma de *ius cogens*, entiende que el valor de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede invocarse cuando ésta desconoce una norma imperativa de derecho internacional, por lo que, verificada la contrariedad, es preciso revisar la sentencia para retomar la armonía con todo el ordenamiento jurídico; por lo que, en el caso concreto, no se configura cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Por otro lado, la jueza Hernández sostiene la inviabilidad práctica de la medida ordenada por no configurarse el supuesto de cosa juzgada fraudulenta que habilitaría la revisión, ya que la misma Corte IDH señaló que las sentencias internas no carecen de

motivación. En su opinión, el hecho de que 14 condenados hayan fallecido, 23 condenados se encuentren cumpliendo condenas por otras causas, el tiempo transcurrido y la edad de los sentenciados adiciona claras dificultades prácticas para cumplir con la reparación ordenada y la torna inidónea.

Finalmente, el juez Sierra Porto, explica también su disidencia frente a este punto alegando que, en el caso concreto, no se presentan los supuestos necesarios para ordenar esta medida de reparación y que no sólo no beneficia necesariamente a las víctimas del caso, sino que además afecta a terceros que no fueron parte del proceso ante la Corte IDH. El juez también se refirió a la inviabilidad fáctica de la medida y resaltó que, para hacerla efectiva, el Estado chileno se verá forzado a levantar la cosa juzgada existente e iniciar un nuevo proceso en donde se deban revisar los mismos hechos, lo que consideró contrario a los propios precedentes de la Corte IDH, más aún al entender que el presente caso no se encuadra en ninguna de las hipótesis de cosa juzgada fraudulenta. Sostuvo que, si bien las sentencias emitidas por la CSJC aplicaron inconventionalmente la figura de la media prescripción, las mismas tuvieron un soporte procesal válido y establecieron responsabilidades penales por los hechos, entendiendo de esta manera que hubo una intención real de someter a los responsables de los hechos a la acción de la justicia.

a. Sobre el cumplimiento efectivo de la medida de reparación objeto de controversia

Las disidencias de los magistrados desarrolladas anteriormente se inscriben en un debate más amplio que ha sido objeto de atención tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por ejemplo, a partir del caso «Bulacio vs. Argentina» y la posterior aplicación del fallo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Espósito»³. Allí, la CSJN, en un intento por dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, resolvió reabrir un proceso penal ya prescrito, pero dejando en claras sus objeciones al criterio impuesto por la Corte IDH. En un fallo cargado de tensión institucional, la CSJN sostuvo expresamente que «sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana», y aclaró que no coincidía con la solución adoptada por el tribunal internacional. De manera enfática, advirtió que dicha decisión implicaba restringir derechos fundamentales de los imputados, y que ese camino podía socavar principios esenciales del debido proceso.

En el caso «Bulacio vs. Argentina», la Corte IDH ordenó la reanudación del proceso penal contra un funcionario estatal, entendiendo que la prescripción había operado como un obstáculo ilegítimo al deber de sancionar. Pero ese proceso estuvo plagado de dilaciones, inacción judicial y falta de impulso estatal. Es decir, el supuesto de cosa juzgada fraudulenta o aparente sí podía configurarse.

Un ejemplo paradigmático en el que también se configuró la cosa juzgada aparente es el caso «Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala», donde la Corte IDH consideró que la ejecución extrajudicial de un dirigente político y su comitiva por parte de una patrulla de las llamadas autodefensas de Guatemala, no había sido investigada ni juzgada

³ CSJN, «Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa» 23/12/2004, Fallos 327:5668.

adecuadamente, constituyendo una negación flagrante de justicia. Allí, la Corte IDH habilitó la revisión del proceso y rechazó el valor de cosa juzgada invocado por el Estado.

En cambio, en el caso chileno y de conformidad con las consideraciones de la Corte IDH, no resulta probado que las decisiones judiciales internas hayan sido dictadas con la intención de evitar la responsabilidad penal ni que existan defectos graves ocurridos durante el proceso judicial desarrollado. El verdadero problema radica en que la figura de la media prescripción fue aplicada a delitos calificados como graves violaciones a los derechos humanos, lo que resulta incompatible con las obligaciones internacionales en materia de justicia, verdad y reparación.

Tal como advierte Francisco Parra Núñez, la reducción de penas por el mero paso del tiempo no puede operar en casos de crímenes de lesa humanidad sin vaciar de contenido el deber estatal de sancionar adecuadamente estos hechos. Los procesos penales existieron, sin irregularidades y se impusieron condenas mediante la aplicación de una figura regulada en el derecho interno vigente, aunque desde una mirada crítica actual, podemos afirmar que resulta incompatible con los estándares internacionales.

En este marco, surge una preocupación legítima en cuanto al cumplimiento de la medida de reparación controvertida: ¿qué hacer cuando el proceso penal ha sido formalmente válido, pero ha culminado en una sentencia cuya aplicación de ciertos institutos (como la media prescripción) permite una forma indirecta de impunidad? No se puede desconocer que el uso inconventional de ciertos mecanismos, aún sin fraude, puede conducir a penas irrisorias o desproporcionadas, sin cumplir los fines de justicia en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Sin embargo, ello no habilita sin más a modificar sentencias que han adquirido calidad de cosa juzgada. Hacerlo implicaría desconocer principios fundamentales del estado de derecho como la legalidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, *ne bis in idem* y la seguridad jurídica, transformando a la Corte IDH en una cuarta instancia, lo que colisiona directamente con su legítima función. Es por ello que consideramos que el Tribunal Interamericano yerra al no explicitar a través de un fundamento robusto el por qué deberían revisarse las penas impuestas en aplicación de la prescripción gradual o bien indicar si existe o no cosa juzgada fraudulenta que lo habilite y se limita a manifestar escuetamente que la «cosa juzgada debe ceder». Consideramos que pierde una valiosa oportunidad de profundizar los estándares sobre este punto, más aun teniendo en cuenta que la cosa juzgada es asimismo una garantía individual que se encuentra protegida convencionalmente.

La necesidad de una argumentación sólida se sustenta además en que, en el caso concreto, el cumplimiento de la medida de reparación ordenada por la Corte IDH se traduciría inevitablemente en el agravamiento de las penas impuestas sobre los condenados, sujetos que, además, no han sido parte del proceso ante el SIDH.

No cabe duda entonces que la figura de la media prescripción no puede aplicarse en casos de delitos de lesa humanidad, como señala Parra Nuñez «siempre que pueda ser procedente la prescripción total debe ser procedente también la media prescripción y, por el contrario, la negación de la primera inexorablemente impide acceder a la segunda» (Revista de Derecho (Concepción) vol. 87. nro. 246, año 2019). Como así también que la falta de sanción del delito, proporcionada y suficiente, afecta el derecho de las víctimas a obtener verdad y reparación.

Ahora bien, el problema radica no sólo en la falta de argumentación suficiente por parte de la Corte IDH para remover la cosa juzgada, sino además en el modo en el que el Estado le dará cumplimiento a la medida de reparación que ordena revisar y/o anular las reducciones de pena sin violentar principios y derechos que hacen a la seguridad jurídica de la comunidad y son asimismo garantías convencionales de los procesados, más aún cuando las revisiones ordenadas se orientan inevitablemente a la imposición de penas más severas. Es decir, de qué manera resulta viable el cumplimiento de la sentencia interamericana sin que ello implique incurrir, paradójicamente, en responsabilidad internacional del Estado.

Podría pensarse en el mecanismo utilizado por el Estado chileno para dar cumplimiento a la medida de reparación que ordenó dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias, dispuesta por la Corte IDH en el año 2014 en el caso «*Norin Catriman vs. Chile*», en el que la CSJC en Pleno, realizó un pronunciamiento estimando que la subsistencia de las decisiones condenatorias suponía la permanencia de actuaciones que han sido declaradas por el Tribunal Internacional competente como conductas lesivas de las garantías fundamentales, por lo que declaró que los fallos condenatorios habían perdido los efectos que le son propios. Sin embargo, a diferencia del caso chileno, el cumplimiento de la medida no se reflejaba en perjuicio de los condenados, sino muy por el contrario, en su beneficio y absolución.

Una posible vía intermedia ante este planteo es la propuesta en el propio análisis del caso Bulacio por parte de la doctrina crítica: reservar la revisión o reapertura penal para supuestos en que se verifique efectivamente una cosa juzgada fraudulenta, con pruebas claras de que el proceso estuvo dirigido a garantizar impunidad y, para el resto de los casos -como el chileno-, ordenar reformas estructurales, declarar la responsabilidad internacional del Estado y disponer reparaciones adecuadas reconociendo el derecho de las víctimas, sin afectar retroactivamente los derechos procesales de los condenados.

5. Conclusión

Si bien no existe un paralelismo de la figura de la media prescripción en otros países de la región, en este caso, la Corte IDH reforzó su línea jurisprudencial al entender que la regla de proporcionalidad le exige a los Estados imponer penas que contribuyan a la prevención de la impunidad tomando en cuenta las características del delito, la participación y la culpabilidad del acusado, sosteniendo que las penas deben ser acordes a la gravedad de la violación a los derechos humanos ocurrida. Esta visión obliga a revisar las figuras procesales existentes en el derecho interno para evitar que su aplicación las convierta en mecanismos de impunidad.

Si bien consideramos que la Corte IDH podría haber fundado más acabadamente el por qué debe proceder la revisión de las sentencias internas como medida de reparación para despejar cualquier interrogante, teniendo en cuenta que no existe fraude procesal demostrado y que el accionar inconvencional se produce al momento de la determinación de la pena, no caben dudas que cuando se trata de delitos de lesa humanidad resulta inaplicable la prescripción, como así también cualquier figura derivada de ella que posea los mismos presupuestos de procedencia.

Sin embargo, a pesar de que resulta evidente la falta de proporcionalidad de las penas aplicadas por los tribunales chilenos en relación a la gravedad de las violaciones

cometidas, no puede soslayarse que la medida de reparación ordenada por la Corte IDH implica para el Estado chileno un verdadero desafío, en el que deberá escoger el mecanismo institucional más adecuado para cumplirla respetando las garantías procesales de los condenados. Lo que abre un nuevo debate sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH que, atento a los antecedentes del sistema, aún no está superado.

6. Bibliografía

- Fernández Neira, K., & Prieto Sferrazza Taibi. (2009). La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*.
- Lecour, L. (2016). El caso Bulacio: el deber de investigar y sancionar. *República y Derecho*, 1(1), 1–32.
<https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/58>
- Parra Núñez, F. (2019). Los efectos de la media prescripción penal. *Revista de Derecho Concepción*, 87(246), 247–285.
- Ottaviano, S. (2006). ¿Subordinación o valoración? La posición de la CSJN frente a los órganos internacionales de derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, 2006/A.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 18 de septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de mayo de 2014.

Dolor y derechos humanos

Por Lucas Crisafulli¹

Esta columna explora la relación entre el dolor y los derechos humanos desde una perspectiva crítica, filosófica y política. A partir de los aportes de Judith Butler, Michel Foucault, Byung-Chul Han, Susan Sontag, Didier Fassin y otros autores contemporáneos, se argumenta que el dolor no es una experiencia meramente individual ni natural, sino una construcción social atravesada por relaciones de poder. Se propone que el sufrimiento, cuando es colectivamente tematizado y politizado, puede convertirse en motor de lucha y conquista de derechos. En contraposición, el neoliberalismo promueve una lógica algofóbica que individualiza los padecimientos y obstaculiza su transformación en conflicto político. Esta gestión despolitizante del dolor —a través del discurso de la autoayuda, el pensamiento positivo y la razón humanitaria— debilita la potencia colectiva del sufrimiento como vehículo para la organización social. Frente a ello, se sostiene que repolitizar el dolor es una tarea urgente para visibilizar las injusticias estructurales, disputar sentidos y reactivar procesos emancipatorios. Los derechos no se conceden: se conquistan, y toda conquista comienza con la transformación del dolor en palabra pública y acción colectiva.

dolor – derechos humanos – repolitización – neoliberalismo – precariedad.

a. Introducción

Existen múltiples formas de analizar la relación entre el dolor y los derechos humanos y, quizás, la más elemental sea comprender que los derechos humanos, así como la anestesia o la penicilina, son una creación humana que intenta evitar el sufrimiento y salvar vidas. Hay una condición compartida por todas las vidas humanas en todo tiempo y lugar: el carácter precario propio de una existencia finita. Todas las personas nos encontramos

amenazadas por la acción -e incluso por la omisión- de otras personas. Nuestros cuerpos son susceptibles a la violencia y, por lo tanto, la precariedad parece ser una condición constitutiva de nuestra existencia. Esto es lo que Judith Butler (2010) denomina «*precariousness*», traducido al español como «precariedad».

Pero Butler (2010) también aclara que no todos los cuerpos se encuentran igualmente expuestos a las amenazas: existen condiciones impuestas políticamente que hacen que algunos cuerpos sean más vulnerables que otros, no por una condición

¹ Abogado (UNC). Docente del Seminario Introducción a los Derechos Humanos (Facultad de Derecho de la UNC). Director del Programa de Violencia Institucional del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED). Profesor de posgrado de varias 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. Autor de varios libros y artículos sobre derechos humanos y el sistema penal y contravencional. Correo electrónico: lucascrisafulli100@gmail.com

de origen biológico, sino político. A esta segunda característica la llama «*precarity*», que se traduce como «precariedad». No existe ningún elemento ontológico que haga más vulnerable a unas personas que a otras; por el contrario, es el sistema político el que distribuye desigualmente la precariedad. Los pobres, las mujeres y disidencias, y las personas no blancas se encuentran más expuestas a la violencia, no porque haya algo «natural» en su condición, sino porque existen formas políticas vinculadas con la clase, el género y la raza que así lo imponen. En otras palabras, el capitalismo, el cisheteropatriarcado y el racismo son dispositivos de poder impuestos políticamente que tornan la vida de estas personas más precaria y más vulnerable al sufrimiento. Esta vulnerabilidad no sólo se refiere al dolor causado por otras personas (como la violencia directa), sino también al generado por fenómenos naturales: no existe el mismo nivel de vulnerabilidad frente a un ciclón para quien vive en un asentamiento que para quien vive en una casa de material.

También existe otra posible relación entre dolor y derechos humanos, planteada en un viejo texto de Michel Foucault (2001). La forma moderna de comprender el sufrimiento humano son las violaciones a los derechos humanos. En este sentido, Foucault afirma que la contracara de los derechos humanos es el sufrimiento humano:

«El sufrimiento de los hombres nunca debe ser un mudo residuo de la política, sino que, por el contrario, constituye el fundamento de un derecho absoluto a levantarse y a dirigirse a aquellos que detentan el poder» (Foucault, 2001, p. 19).

Pero hay una tercera posible relación entre el dolor y los derechos humanos, aún más compleja y menos evidente, que se vincula con los procesos de lucha y conquista de derechos. Podría enunciarse de manera sencilla del siguiente modo: no hay derechos adquiridos si previamente no existió sufrimiento. Sin embargo, es engañoso afirmar que todo sufrimiento produce derechos. ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que los

sufrimientos generen derechos? ¿Es el sufrimiento un requisito necesario en los procesos históricos de conquista de derechos? ¿Es suficiente?

b. Hacia una hermenéutica del dolor

«La relación que tenemos con el dolor refleja el tipo de sociedad en que vivimos», plantea Byung-Chul Han (2021, p. 17). El dolor y el sufrimiento son tan antiguos como la existencia humana. En toda sociedad se han experimentado dolores físicos, psíquicos, emocionales, así como sufrimientos vinculados a las privaciones de comida, vivienda o abrigo. Lo que se transforma a lo largo de la historia es el tipo de relación que se mantiene con el dolor. Ernst Jünger escribe «[E]l dolor es una de esas llaves con que abrimos las puertas no sólo de lo más íntimo, sino a la vez del mundo» (Jünger, 2003, p. 24).

Simplificando al extremo, la obra *Vigilar y castigar* de Michel Foucault (2000) explica cómo el castigo muta del sufrimiento del cuerpo a otra forma más refinada: el sufrimiento del alma. En palabras de Foucault «*El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insostenibles a una economía de los derechos suspendidos*» (Foucault, 2000, p. 28).

Del castigo corporal en el patíbulo a una nueva forma de sufrimiento del alma en la prisión (una economía de los derechos suspendidos), surge una nueva relación con el dolor. No se castiga menos, se castiga de otro modo. No se administra menos dolor, sino que se lo distribuye en el tiempo.

Beccaria (2004), gran reformador del sistema penal e impulsor de la prisión como alternativa al cadalso y la pena de muerte, lo sabía:

«No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido» (Beccaria, 2004, p. 113).

Una persona privada de libertad, convertida en bestia de servicio, padece una forma distinta de sufrimiento respecto de la pena de muerte, pero no por ello menos dolorosa. Es una forma más «civilizada» en los términos del Iluminismo; más refinada, en términos foucaultianos.

Los derechos se conquistan a través del sufrimiento. ¿Por qué? Porque los procesos de lucha colectiva por la conquista de derechos están motivados por los dolores. Sin embargo, no es el mero sufrimiento el que origina la lucha, sino aquellos dolores que han podido ser socialmente tematizados y políticamente articulados. La jornada de ocho horas, el voto femenino, el matrimonio igualitario, la paz, la democracia, la república, la independencia, el medio ambiente sano, la prohibición de la tortura, la abolición de la esclavitud y la igualdad entre varones y mujeres son derechos conquistados en procesos históricos de lucha. No son meras concesiones motivadas por el sentido moral de los opresores, sino conquistas arrebatadas en confrontaciones conflictivas, motivadas en el sufrimiento de los oprimidos. Es decir, en los dolores de quienes no tenían esos derechos y pelearon -a veces con el derramamiento de su sangre- para conquistarlos. Cuando los dolores son descifrados como injustos y pueden ser politizados, es decir, desanclados del sufrimiento individual para ser comprendidos como consecuencia de estructuras sociales injustas, adquieren un enorme potencial como motores de la acción colectiva.

c. *Dolor, injusticia y acción colectiva*

Antes ¿Qué sucede hoy con los sufrimientos? Byung-Chul Han (2021) plantea que las sociedades actuales son algobólicas, es decir, fóbicas al dolor, lo que produce una batería de acciones y estrategias individualistas para paliarlos. Se trata de una compleja ingeniería social dispuesta para producir una analgesia del dolor.

La ensayista norteamericana Barbara Ehrenreich (2011, p. 206), lo explica con claridad:

«En vísperas de la crisis económica mundial de los años veinte, con sus extremas contradicciones sociales, había muchos representantes de trabajadores y activistas radicales que denunciaban los excesos de los ricos y la miseria de los pobres. Frente a eso, en el siglo XXI una camada muy distinta y mucho más numerosa de ideólogos propagaba lo contrario: que en nuestra sociedad profundamente desigual todo estaría en orden y que a todo aquel que se esforzara le iría muchísimo mejor. Los motivadores y otros representantes del pensamiento positivo traían una buena nueva para las personas que, a causa de las permanentes convulsiones del mercado laboral, se hallaban al borde de la ruina económica: dad la bienvenida a todo «cambio», por mucho que asuste, y vedlo como una oportunidad».

Ahora, los padecimientos subjetivos son vividos individual e individualizadamente como errores personales por no esforzarse lo suficiente y lo que se ensaya para paliarlos es psicología positiva, mindfulness y técnicas de motivación y liderazgo. Sin embargo, no se puede hacer terapia contra la precariedad laboral, ni mindfulness contra la desigualdad social ni técnicas de respiración para pagar el alquiler, pues lo que hay que mejorar no son los estados anímicos sino la distribución de la renta, la que jamás podrá ser modificada bajo la filosofía «*new age*» de «si sucede, conviene». Quizás no necesitas un psicólogo, necesitas un sindicato que no te traicione.

La entronización de la felicidad como valor absoluto promovida por una banalización occidental de técnicas orientales antiguas, invisibiliza las injusticias sociales al hacer responsable del bienestar de manera exclusiva al propio individuo, olvidando, no ingenuamente, cómo la desigualdad social produce dolores. Como plantea Han (2021), la obligación de ser felices nos compele a una constante introspección anímica. Cada quien es absoluto responsable de su bienestar, lo que no solo impide ver las estructuras sociales opresivas sino también conmoverse por el dolor ajeno y coligarse para luchar por la transformación

social. Esto se complementa con el culto hedonista al cuerpo que se gusta y se disfruta a sí mismo sin ninguna otra función social más allá de ser exhibido y admirado por las redes sociales, expuesto como objeto de goce que los dietarios de la salud corporal lo identifican con lo sano.

La fórmula paradójica de dominación es ahora «sé libre» de la cual no hay escapatoria aparente posible, porque si se cumple el mandato, se deja de ser libre mientras que si no se cumple tampoco se es libre. La libertad es así un imposible.

Allí proliferan una enorme cantidad de frases motivacionales con el mandato de felicidad impresas en remeras, tazas, cuadros o videos de Tik Tok que obligan a la felicidad y hacen responsable únicamente al individuo de su propio bienestar. La autoexplotación para ser más productivos impide cualquier forma de resistencia, pues el explotado jamás es consciente de su sometimiento a las lógicas de rendimiento. «*El imperativo de ser feliz genera una presión que es más devastadora que el imperativo de ser obediente*» (Han, 2021, p. 23).

El problema de las sociedades algofóbicas, por los menos en América Latina, no es que producen menos sufrimientos. Quizás para Han (2021) sea posible mirar en Europa que la fobia contemporánea al dolor produzca una sociedad que evita sufrimientos. Sin embargo, en América Latina solo se ha producido una despolitización de los dolores y, sin politicidad no hay posibilidad de transformación de las estructuras que oprimen a los pueblos. El mayor inconveniente en nuestras latitudes es que la individuación del dolor evita la acción colectiva, pues se experimentan los sufrimientos como padecimientos particulares y no como males sociales.

El problema radica en que no todo dolor puede ser socialmente tematizado como injusticia. Existen sistemas sociales que bloquean el pasaje del sufrimiento a la acción. El neoliberalismo contemporáneo es uno de ellos. Porque cuando todo el dolor es interpretado como una falla individual, como un error de cálculo, como una mala decisión o una deuda personal, se impide

que ese dolor se transforme en conflicto político. El neoliberalismo, tal como lo analiza Wendy Brown (2015), transforma a los sujetos en empresas de sí mismos. Y una empresa fracasada no reclama, sino que se culpa.

Como escribió Deleuze (2006), «*el hombre encerrado ha sido sustituido por el hombre endeudado*». Este pasaje histórico ha transformado el carácter del sufrimiento. Ya no se trata de una pena infligida por el Estado, sino de una forma de sufrimiento autoadministrado. El neoliberalismo impide que el dolor se convierta en conflicto y que se comprenda como injusticia. En lugar de producir acción, produce culpa. No hay una repolitización del dolor, sino un ensimismamiento narcisista y ególatra.

d. La individuación

Los intentos por individualizar los sufrimientos colectivos han sido una estrategia utilizada desde hace siglos. Cuando el antropólogo Marvin Harris analiza la Inquisición, propone una hipótesis que vincula este fenómeno con una forma de desviar la atención de las estructuras sociales hacia los problemas individuales:

«El significado práctico de la manía de las brujas consistió, así, en desplazar la responsabilidad de la crisis de la sociedad medieval tardía desde la Iglesia y el Estado hacia demonios imaginarios con forma humana. Preocupadas por las actividades fantásticas de estos demonios, las masas depauperadas, alienadas, enloquecidas, atribuyeron sus males al desenfreno del Diablo en vez de a la corrupción del clero y la rapacidad de la nobleza. La Iglesia y el Estado no sólo se libraron de toda inculpación, sino que se convirtieron en elementos indispensables. El clero y la nobleza se presentaron como los grandes protectores de la humanidad frente a un enemigo omnipresente pero difícil de detectar. Aquí había, por fin, una buena razón para pagar diezmos y someterse al recaudador de impuestos» (Harris, 2007, p. 214).

Con el nazismo se podría trazar una explicación semejante. La profunda crisis económica que atravesó Alemania en los años veinte y principios de los treinta no era

atribuida, en los discursos de Hitler, al Tratado de Versalles ni a la desastrosa decisión de participar en la Primera Guerra Mundial. La causa, según su narrativa, era la avaricia de los judíos que controlaban las finanzas.

Hipótesis similares pueden aplicarse a la interpretación dominante de la violencia en Argentina durante los años setenta. Por ejemplo, en el prólogo del informe Nunca Más, la violencia estatal es presentada como una reacción –desproporcionada, se admite– frente a la violencia insurgente. Esta visión establece una falsa equivalencia entre ambas formas de violencia. ¿Por qué? «Porque uno empezó y eso fue peor, y el otro, al responder, fue peor que el que empezó, lo cual los iguala» (Feierstein, 2025).

Decir que la violencia estatal fue una respuesta a la insurgencia invisibiliza la violencia estructural desplegada desde 1955 en adelante, y sobre todo impide comprender los verdaderos fines del terrorismo de Estado: transformar la identidad del pueblo argentino, destruir los vínculos de empatía, solidaridad y cooperación, y reemplazarlos por lógicas de competencia, meritocracia y delación (Crisafulli, 2024).

En la actualidad, esta estrategia de inculpación se ha individualizado aún más. El oprimido se convierte en el único responsable de su situación. Ya no se culpa a minorías étnicas, religiosas o políticas, sino a los propios perdedores de la cadena de consumo. El nuevo dogma es claro, brutal y ampliamente difundido: “El pobre es pobre porque quiere”. Según esta lógica, lo que necesita el pobre no es justicia social, sino motivación, fuerza de voluntad y más trabajo para “sacar adelante al país”. No puede reclamar mejores salarios ni condiciones laborales más dignas: sólo debe esforzarse más, incluso si gana menos.

e. Conclusión: repolitizar el dolor, conquistar derechos

Resulta casi obvio afirmar que una de las pocas formas efectivas de resistir a las injusticias sociales es repolitizar los dolores y transformarlos en sufrimientos colectivos

antes que personales. Pero, como plantea Susan Sontag (2003), «*la compasión es una emoción inestable. Necesita traducirse en acciones o se marchita. La pregunta es qué hacer con las emociones que han despertado, con el saber que se ha comunicado*» (Sontag, 2003, p. 44). Entonces, ¿cómo traducir una emoción tan inestable como la compasión en acciones colectivas?

Didier Fassin (2016) advierte que vivimos en una época en la que la compasión ha sido institucionalizada a través del discurso humanitario. La gestión del dolor ajeno ya no se produce desde una ética de la justicia, sino desde una moral de la piedad. Esta lógica, que él denomina “la razón humanitaria”, desplaza las luchas por derechos hacia acciones caritativas que no cuestionan el orden que produce ese sufrimiento.

El problema de esta forma de gestionar el dolor es que ofrece alivio, pero no transformación. Se reconoce el sufrimiento, pero se lo despolitiza. En lugar de asumirlo como una injusticia que exige reparación estructural, se lo administra como una necesidad humanitaria que requiere asistencia.

Este giro moralizante del sufrimiento ha debilitado la potencia política del dolor como motor de transformación social. En lugar de producir sujetos políticos que luchan por derechos, produce víctimas que reciben asistencia. Como advierte Fassin, no se trata de negar la importancia de la ayuda humanitaria, sino de señalar sus límites políticos, pues al no visibilizar la injusticia, se reemplaza la política por la compasión (Fassin, 2016, p. 20).

Si el dolor ha sido históricamente gestionado por dispositivos que buscan despolitizarlo -ya sea reduciéndolo a una experiencia individual, desplazando sus causas hacia enemigos imaginarios o administrándolo desde una lógica humanitaria desmovilizante-, entonces la tarea política urgente es devolverle su potencia colectiva. Repolitizar el dolor implica hacer visibles las condiciones estructurales que lo producen, nombrar las injusticias que lo causan y articularlo con demandas de transformación social.

El dolor no debe ser silenciado ni simplemente asistido: debe ser escuchado como síntoma de lo que no funciona en el orden social y convertido en motor de organización y lucha. Repolitizar el sufrimiento no es instrumentalizarlo, sino devolverle su sentido público: permitir que quienes lo padecen dejen de ser tratados como víctimas pasivas y se reconozcan como sujetos de derechos activos.

Las estrategias para conquistar derechos humanos no pueden reducirse a la compasión, la caridad o la moralización del sufrimiento. Exigen, en cambio, procesos colectivos de visibilización, articulación de demandas, construcción de alianzas y confrontación con las estructuras que producen la desigualdad. Implican, también, disputar el sentido de los discursos dominantes: desnaturalizar la culpabilización de los oprimidos, desmontar las narrativas que igualan opresores y oprimidos, y construir nuevas formas de solidaridad horizontal.

Como enseña la historia, los derechos no se conceden: se conquistan. Y esa conquista siempre empieza por hacer del dolor una palabra pública, una memoria compartida y una exigencia de justicia.

f. Bibliografía

- Beccaria, C. (1764 [2004]). *De los delitos y las penas*. Losada.
- Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo*. Malpasso.
- Butler, Judith (2010):. *Marcos de Guerra. Vidas lloradas*, Buenos Aires, Paidós.
- Crisafulli, L. (2024). GENOCIDIO(S). *Heterotopías*, 7(13), 1-13. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/heterotopias/article/view/45379>
- Ehrenreich, B. (2011). *Sonríe o muere. La trampa del pensamiento positivo*. Turner.
- Fassin, D. (2016). *La razón humanitaria: Una historia moral del tiempo presente*. Fondo de Cultura Económica.
- Feierstein, D. (2025, 7 de abril). La categoría genocidio rompe con la equivalencia de los dos demonios [Entrevista por Lucas Crisafulli]. *La tinta*. <https://latinta.com.ar/2025/04/07/daniel-feierstein-categoria-genocidio-rompe-equivalencia-dos-demonios/>
- Deleuze, G. (2006). *Conversaciones*. Pre-Textos.
- Foucault, M. (1975 [2000]). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (2.^a ed.). Siglo XXI.
- Foucault, M. (2001). *La vida de los hombres infames*. Altamira.
- Han, B.-C. (2021). *La sociedad paliativa*. Taurus.
- Jünger, E. (1934 [2003]). *Sobre el dolor*. Tusquets.

Análisis de la ley 27.786 y del delito de asociación ilícita a la luz de los principios constitucionales del Derecho penal

Por Sofía Andrea Curatolo¹

La columna analiza la ley 27.786 de organizaciones criminales y ofrece una comparación con el delito de asociación ilícita; con el objetivo de vincular los principios constitucionales del derecho penal que se hallan en juego y en peligro, para plantear la inconstitucionalidad de esta figura de nuestro Código Penal.

organizaciones criminales – orden público – inconstitucionalidad – principio de legalidad – estado de derecho

* * * * *

contenidos bajo la rúbrica del título “*delitos contra el orden público*”.

a. Introducción

En este trabajo analizaremos, respecto de la ley 27.786 promulgada el día 10 de marzo de 2025, determinadas cuestiones vinculadas al delito de asociación ilícita, a la problemática constitucional que se plantea en torno a ciertos principios y a que se ha agravado con la sanción de la mentada ley.

A dichos efectos, abordaremos los artículos que hacen mención a las “organizaciones criminales” como asociación ilícita, sobre qué delitos son aplicables y las modificaciones al Código Penal.

Por último, adelantamos, como explicaremos a continuación que la problemática del delito de asociación ilícita no es única de aquel sino de todos aquellos

b. Desarrollo

i. Cuestionamientos al bien jurídico lesionado

A modo de inicio, antes de adentrarnos en la norma, analizaremos el bien jurídico protegido, o, mejor dicho, lesionado, en el caso del delito de asociación ilícita que es “orden público”.

Para Pacilio, hay una perspectiva subjetivante en las formulaciones tanto de orden público como de los autores que sostienen la modificación a tranquilidad pública que no parece correcta. Ziffer expresa que la represión queda sujeta a las sensaciones sociales, pero la percepción

¹ Abogada, Diploma de Honor, Especialista en Derecho Penal, Doctoranda y Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cumpliendo funciones en el Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación Argentina de Profesoras/es de Derecho Penal, de la Red Mujeres para la Justicia, y Miembro Honoraria del Instituto Dos Advogados Brasileiros. Correo electrónico: soficuratolo@gmail.com

social de los hechos es puramente aleatoria y nada dice acerca de la legitimidad de la sanción.²

Además, la “tranquilidad pública” no es contemplada expresamente por la Constitución Nacional como un interés digno de tutela por parte del derecho. Es por esa razón que no encuentra legitimación ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derecho humanos, lo cual implica una necesidad de explicar el motivo por el cual su legislación como bien jurídico se encuentra justificada.

Las fórmulas de “orden público”, “tranquilidad pública”, “interés público” son vagas y dan lugar a esconder o tapar el abuso o desviación de poder en su invocación y en su uso. Además, si nadie conoce la existencia de la asociación ilícita, ¿cómo es posible que aquella lesione el bien jurídico orden público? Pues bien, en el hipotético caso de que trascendiera la existencia de la asociación ilícita y se pudiera argumentar una lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico orden público, se estaría aplicando una pena por la mera manifestación de voluntad, intención de cometer delitos, algo que sólo puede reprocharse moral y éticamente, pero no penalmente. Es por ello que, debemos tener en consideración que esta figura no exige como requisito la consumación o tentativa de algún delito en particular, sino que basta con el hecho de ser miembro de la asociación o banda.³

Lo que podemos observar es una clara indeterminación del bien jurídico penalmente tutelado.

Esta indeterminación en el concreto interés jurídico afectado por la mera asociación con fines ilícitos, que parece remitir a sensaciones subjetivas de los/as miembros de la comunidad muchas veces cambiantes ya resulta suficiente motivo para catalogar a esta figura como contraria al principio de lesividad.

Ziffer señala que la interpretación de que el delito se consuma con el sólo hecho de

formar parte de la asociación amplía excesivamente los límites del tipo. Afirmar que quien adhiere a los fines de la organización resulta punible, explica, es penar una mera tendencia interna que convertiría a la prohibición en un mero derecho penal de ánimo. Por ello, para que la figura sea legítima es necesario exigir que el carácter de miembro se haya exteriorizado en un aporte concreto dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta. Tomar parte significa participar o colaborar de alguna forma con las actividades de la asociación, no basta con ser miembro.⁴

A su vez, como deja muy en claro Castex, probar que existe la finalidad de cometer delitos, es decir, hallar actos que evidencien actos preparatorios es prácticamente imposible. Por lo que la utilización de figuras como la asociación ilícita no sólo permite al Estado entender como potencial peligro, y de este modo entrometerse, cualquier conducta grupal asociada, ya sea para la protección de bienes jurídicos o para mantener la vigencia de la norma.

ii. Texto de la norma

La ley 27.786 “Organizaciones criminales” promulgada por el gobierno el día 10 de marzo de 2025 introduce los siguientes conceptos.

En su artículo 1°: “La presente ley tiene por objeto brindar al Estado herramientas útiles en materia de investigación y sanción de las organizaciones criminales, entendiéndose por tales a los grupos de tres (3) o más personas que durante cierto tiempo, en áreas geográficas determinadas y bajo ciertas modalidades operativas, actúan concertadamente con el propósito de cometer delitos especialmente graves”.

En su artículo 2°: “La presente ley es aplicable en los casos de la comisión de los delitos tipificados en las leyes 23.737, 25.188, 25.246, 26.683 y 27.447, y sus respectivas modificatorias, y en los artículos 79, 80, 89, 90, 91, 92, 125, 126, 127, 128, 140, 141, 142, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146,

⁴ Ziffer, 2005.

² Pacilio, 2016.

³ Curatolo, 2024.

147, 164, 165, 166, 167, 167 bis, 168, 170, 189 bis, 259, 261, 265, 266, 267, 268, 268 (1), 268 (2), 277 y 279 del Código Penal, cuando cualquiera de ellos estuviere verosímelmente vinculado con una organización criminal”.

En su artículo 7°: “Modificación al Capítulo II del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal- Incorpórase al Capítulo II “Asociación ilícita” del Título VIII “Delitos contra el orden público” del Libro Segundo “De los delitos” del Código Penal, como artículo 210 ter, el siguiente: “Artículo 210 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de ocho (8) a veinte (20) años el que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita dedicada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en las leyes 23.737, 25.188, 25.246, 26.683 y 27.447, y sus respectivas modificatorias, y en los artículos 79, 80, 89, 90, 91, 92, 125, 126, 127, 128, 140, 141, 142, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146, 147, 164, 165, 166, 167, 167 bis, 168, 170, 189 bis, 259, 261, 265, 266, 267, 268, 268 (1), 268 (2), 277 y 279 de este Código, pese a que la organización no reúna las características del artículo 210 bis, y en concurso real con las penas previstas para los delitos cometidos individualmente como miembro de la organización, las que se agravarán en el doble del mínimo y del máximo. Las condiciones especiales de participación establecidas en los artículos 46 y 47 de este Código no serán aplicables a los efectos de lo dispuesto en este artículo”.

En su artículo 8° lo que dice es: “Incorpórase al Capítulo II “Asociación ilícita” del Título VIII “Delitos contra el orden público” del libro segundo “De los delitos” del Código Penal”, como artículo 210 quáter, lo que establece es lo siguiente: “Será reprimido con la pena que correspondiera al delito más grave cometido por la organización a la que se refiere el artículo 210 ter, cualquiera de los miembros de dicha organización, cuando la misma reuniera alguna de las siguientes condiciones: a) Se valiera de la violencia física o de amenazas para el cumplimiento de sus fines; b) Los hechos se produjeran de manera reiterada y ostensible en beneficio de la organización; c) Los hechos se cometieren para el desplazamiento o

aniquilación de otra organización; d) Los hechos se produjeran para amedrentar a la población en general o a ciertos sectores de la población, o para intimidar a las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales, o a las fuerzas armadas, fuerzas policiales y de seguridad; e) Resultare evidente que se busca asegurar el control de un territorio para la comisión de nuevos ilícitos, para continuar ejecutando los que ya se estuvieren cometiendo, o para la sustracción de ese territorio del control de las autoridades nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las condiciones especiales de participación establecidas en los artículos 46 y 47 de este Código no serán aplicables a los efectos de lo dispuesto en este artículo. Se considerará “delito más grave cometido por la organización criminal” al que hubiera sido perpetrado por cualquiera de sus miembros y que tenga la pena más alta. Artículo 9°- La tipificación y las penas establecidas en los artículos 7° y 8° que se incorporan al Código Penal resultarán independientes de la situación prevista en el Capítulo II de esta ley”.

iii. Análisis de la norma y del delito de asociación ilícita

En el primer artículo se hace una mención explícita al delito de “asociación ilícita” del artículo 210 del Código Penal que tipifica de la siguiente manera a saber: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

Consideramos fundamental recordar y brevemente analizar el delito de asociación ilícita. La asociación para delinquir se denomina “asociación ilícita” y se encuentra dentro de los delitos contra el orden público. El artículo 210 del Código Penal considera una asociación ilícita aquella formada por tres o más personas y que está destinada a la comisión de delitos (en

general, no uno en particular, ni los señalados en el artículo 2).

En primer lugar, “el que tomare parte” lo que implica es ser miembro de la asociación. Ello no exige, una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el acuerdo delictivo que se forma o unirse al que ya se encuentra formado; es decir, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos delictivos de la asociación.

En segundo lugar, es requisito que el mínimo de personas de esa asociación sea de tres. Cabe señalar que la mayoría de la doctrina se ha expedido en el sentido de que es necesario que el mínimo esté integrado por personas capaces desde el punto de vista penal. También se entiende que no es preciso que se logre la condena de los tres. Así, por ejemplo, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional tiene dicho que si bien resulta indispensable que la acción esté dirigida cuanto menos contra tres sujetos activos, cabe la posibilidad de su evasión o que se hubiera operado la prescripción a favor de uno de ellos y, por ello, la imposibilidad de dictar condena contra uno de los integrantes no impide la sanción de los restantes.⁵

En tercer lugar, que esté destinada a cometer delitos por el sólo hecho de ser miembro de la asociación.

Lo que establece el presente artículo es que es requisito una organización estable a los efectos de la comisión de delitos indeterminados, ante lo cual se debe tener en cuenta que indeterminados son los planes que, para cometer los delitos determinados, acuerdan los miembros de la asociación o banda.

Asimismo, es dable destacar que no cualquier acuerdo en torno a la comisión de delitos constituirá una asociación ilícita, sino el que sea indicativo de una relativa permanencia, y se forme con la voluntad de los/as intervinientes de moverse dentro de un cierto grado de organización. La

permanencia es uno de los requisitos que hace a la esencia de la asociación ilícita.

Como señala Pacilio, la prueba del acuerdo criminal se realiza a través del método inductivo, es decir, partiendo desde los casos delictivos realizados hacia atrás, donde se encuentra la faz ideológica de esos planes individualmente considerados.⁶

iv. Análisis del delito de asociación ilícita y, por ende, de las “organizaciones criminales” a la luz de la Constitución Nacional

Con este delito, consideramos que hay violación de principios constitucionales: legalidad -máxima taxatividad legal e interpretativa-, lesividad, reserva y proporcionalidad de la pena.

La ley penal se expresa en palabras y muchas veces éstas dan lugar a dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir a los/as legisladores/as el mayor esfuerzo de precisión semántica: los jueces/zas deben exigir la máxima taxatividad legal, es decir la legalidad estricta⁷.

Zaffaroni, Alagia y Slokar en torno al principio de máxima taxatividad legal e interpretativa sostienen que: “[...] cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa”.

Cuando se escoge por la segunda opción se entiende el texto normativo en la forma más restrictiva de poder punitivo posible. Este principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición de la analogía *in malam partem*.

Asimismo, este mismo principio de interpretación restrictiva se pone de manifiesto en un segundo momento en que

⁵ CNCC, Sala V, Bagala, Roberto y otros, rta. 11 de agosto de 1989, LL, 2000-B-181.

⁶ Pacilio, 2016.

⁷ Zaffaroni *et al.*, 2007.

es puramente interpretativo: dentro del alcance de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización, en atención al principio procesal de *in dubio pro reo*⁸.

En cuanto al tipo penal de asociación ilícita corresponde señalar que en la causa “Giraudi”, la minoría declaró la inconstitucionalidad de la figura legal. En su voto, el Dr. Federico expuso que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 210 del CP, dado que la indeterminación del tipo y la escasa o nula determinación del bien jurídico protegido que surge se su texto contraría gravemente el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la CN.

La pena que se establece en el artículo es de entre tres a diez años de prisión. Atendiendo a que se trata de un delito de peligro abstracto, que no se ocasiona lesiones a tercerxs, habida cuenta sólo basta con tomar parte de la organización, entendemos que la tutela de la “tranquilidad pública” tiene una escala penal muy alta y desproporcionada con relación a otros delitos contra las personas, contra la integridad sexual, contra la libertad en los cuales se ha consumado o tentado la lesión contra una persona, por lo que existe una lesividad en concreto.

Por otra parte, el principio de lesividad se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Este principio debe operar como limitador del poder punitivo a los efectos de

evitar su expansión. Constituye de esta manera un límite al *ius puniendi* del Estado.

Ponen de relieve Zaffaroni, Alagia y Slokar que la asociación ilícita es de constitucionalidad harto dudosa, dado que releva una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad.

La asociación ilícita, como nos explican Zaffaroni y Croxatto es un tipo penal abiertamente inconstitucional porque viola el principio de lesividad, base del derecho penal, de dos maneras diferentes.

En primer lugar, porque es un delito de peligro abstracto, esto es, se procesa a alguien por su mera (íncapable y siempre basada en una arbitraria sospecha) peligrosidad, algo vedado por nuestro ordenamiento y, en segundo lugar, porque la misma se consumaría sin lesión alguna (o en cuyo caso la ejecución es un delito independiente y tipificado, pero distinto de la mera asociación ilícita), lo cual viola la lesividad en sentido directo, por un lado, y también el debido proceso, que prohíbe ser procesado dos veces por el mismo hecho, por el otro .

Las conductas que son ilícitas son aquellas tipificadas como tales y que causan lesiones concretas a bienes jurídicos protegidos (no a deberes morales abstractos). Es por esa razón, que ninguna asociación lesiona un bien jurídico por el mero hecho de ser una asociación (la cual en los tiempos actuales podemos evidenciar que siempre es política).

Esta figura no requiere ninguna acción lesiva de derechos de terceros, sino que se penan meros acuerdos, integrantes del fuero íntimo de las personas, resguardados por el principio de reserva del artículo 19 de la CN.

Esta lesión es, en definitiva, abstracta, dado que por la mera conformación de la misma no se ha lesionado ningún bien

⁸ Zaffaroni *et. al.*, 2007.

jurídico en concreto, más allá de que se justifique que amenaza el orden público.

Como señalan los dos autores mencionados *ut supra*, parece que se ha reemplazado el término asociación política por asociación ilícita, y ahora, por organización criminal -aunque no se haya modificado el CP en tal sentido, sí se sancionó una ley con ese nombre.

La gravedad del análisis de este tipo penal en las causas es que la asociación ilícita se presume a posteriori y debe ser probada para existir como tal, con prescindencia de los actos que hoy se le imputan como su base.

Es por ello que consideramos, al igual que los autores, que la asociación ilícita es una figura penal inconstitucional y con fines persecutorios, que han empleado casi todos los regímenes dictatoriales para acallar opositores, por el mero hecho de serlo: por el hecho de estar juntos (“asociarse”) eran “ilícitos”, y peligrosos, pero con prescindencia de su conducta ilícita o adicionalmente a ella, ya que la conducta ilícita configura siempre (cuando existe) otro delito que se prueba con independencia de la asociación en cuanto tal.

Concordamos con el sector de la doctrina que entiende que la asociación ilícita es inconstitucional, y que además oculta una petición de principio, que es formalmente insuperable en democracia, ya que la única manera de superar esa petición es vulnerando y deteriorando el principio de lesividad, probando que la asociación ilícita produce lesiones punibles que son abstractas, no concretas. Por eso es una figura que emplean los regímenes autoritarios, que persiguen y acallan el disenso⁹.

Podemos decir que el delito de asociación ilícita es una figura autónoma respecto de los delitos que aquella pudiera cometer, los cuales si llegaran a realizarse terminarían en un concurso real, pero el problema es que para que se configure la conducta típica de asociación ilícita no es

necesario que la asociación ejecute algún delito planificado, alcanza simplemente con el acuerdo de tres o más personas para cometer delitos indeterminados. Es por tal razón que entendemos que en ese estado de situación es bastante improbable que pueda lesionarse el “bien jurídico” que la norma intenta tutelar que es el orden público.

Es por esa razón, que precisamente entendemos que la asociación ilícita es inconstitucional -debe derogarse- al igual que la ley sancionada que pretende aplicarse respecto de artículos del CP y de leyes penales. Ya existen figuras autónomas respecto de cada delito que una asociación pudiera cometer y existen penas establecidas.

El principio de lesividad debe cumplir su función de limitar el poder punitivo. Pero en casos como el del delito que nos encontramos tratando, se observa que es utilizado para legitimar la penalización de acciones que lejos están de generar un riesgo concreto para algún bien jurídico determinado. La justificación se basa en cuestiones de índole de política criminal, en este caso el “orden público” concepto cuya vaguedad es evidente.

De por sí, el bien jurídico tutelado en el título es un término, como hemos manifestado anteriormente, muy impreciso, por lo que se torna extremadamente dificultoso comprobar un riesgo o lesión del mismo, ya que la afectación de la tranquilidad y paz social resulta ser, una cuestión netamente subjetiva.

Es por ello que podemos afirmar que la figura penal de asociación ilícita no supera el test de constitucionalidad en relación a la lesividad. Como explica Castex, la mera inmoralidad de una conducta que no ocasione daño a terceros no habilita el poder punitivo del Estado a interferir, quedando tales acciones exentas de toda injerencia estatal, conforme el artículo 19 de la CN¹⁰.

Permitir la actuación estatal, cuando no hay afectaciones a bienes jurídicos de terceros, sino meros acuerdos, ideas trae

⁹ Zaffaroni y Croxatto, 2020.

¹⁰ Castex, 2025.

aparejada la expansión del ejercicio irracional del poder punitivo.

La asociación ilícita se fundamenta en una anticipación de la punibilidad partiendo de una simple afectación a una normal penal, una voluntad no debida, dado que no hay acciones dirigidas a afectar bienes de terceros.

Pues bien, en el segundo artículo podemos observar que “la ley es aplicable en los casos de la comisión de los delitos tipificados en las leyes 23.737, 25.188, 25.246, 26.683 y 27.447, y sus respectivas modificatorias, y en los artículos 79, 80, 89, 90, 91, 92, 125, 126, 127, 128, 140, 141, 142, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146, 147, 164, 165, 166, 167, 167 bis, 168, 170, 189 bis, 259, 261, 265, 266, 267, 268, 268 (1), 268 (2), 277 y 279 del Código Penal, cuando cualquiera de ellos estuviere verosímilmente vinculado con una organización criminal”. A grandes rasgos, narcotráfico, trata y explotación de personas, homicidio, prostitución, lavado de activos, delitos contra la administración pública, etc. Lo que consideramos es que todos estos artículos y leyes penales TIPIFICAN delitos, y contienen agravantes.

Pensemos, el homicidio del artículo 80, en su inciso 6° ya contiene “con el concurso premeditado de dos o más personas”. Plantea la posibilidad del acuerdo previo, de dos o más personas. La prisión en este caso es perpetua, no es de 8 a 20 años como modifican el CP. Es aún más grave, al parecer hay escasez de lectura de la normativa actual. ¿Será muy compleja la redacción?

En el art. 145 ter el inc. 5° establece: “en la comisión del delito participaren tres (3) o más personas”. Por supuesto, pueden ser coautores/as y/o partícipes, pero para ello, se entiende que hubo una coautoría funcional, en la que medió un plan de quienes participaron, una división de tareas y funciones, con lo cual al parecer tampoco leyeron este inciso.

¿A qué vamos con esto? Ya existen los delitos, se encuentran tipificados. A quienes los cometan se debe investigar y sancionar por ello.

La sanción de esta ley de “organizaciones criminales” no es más que una excusa del gobierno para introducir la zona sujeta a investigación especial y otorgar más poder a las fuerzas de seguridad. Éstas podrán “detener a una persona hasta por cuarenta y ocho (48) horas por una averiguación por la comisión de los delitos a los que se refiere el artículo 2° con autorización del Ministerio Público Fiscal y siempre que exista urgencia fundada, dando aviso inmediato a la autoridad judicial competente”.

¿Estamos leyendo bien? ¿Autorización del MPF y aviso a la autoridad judicial? ¿Acaso no es al revés? Están leyendo bien, no hay orden judicial de detención. Asimismo, es completamente cuestionable desde el punto de vista de las garantías constitucionales -el derecho al debido proceso- que una persona se halle detenida por dos días por una averiguación de comisión de delitos. Esto es otorgar poder en manos de las fuerzas de seguridad. En términos de Zaffaroni, es un avance del poder punitivo.

Por otra parte, se observa respecto de la modificación del CP del 210 *quáter* los incisos como “Los hechos se cometieren para el desplazamiento o aniquilación de otra organización”, ¿qué es este concepto completamente vago a nivel del principio de legalidad para el delito de asociación ilícita? No tiene absolutamente nada que ver.

Reiteramos la vulneración del principio de proporcionalidad con la pena de 8 a 20 años en la modificación de la ley en el art. 2°.

c. Conclusiones

La toma de postura es clara: el delito de asociación ilícita es inconstitucional porque viola los principios de legalidad, -máxima taxatividad legal e interpretativa- de lesividad, proporcionalidad y reserva y porque siempre es y fue utilizado para perseguir opositores al gobierno.

Por lo tanto, debemos sostener lo mismo de esta ley de “organizaciones criminales”. Conlleva las mismas críticas que el delito de asociación ilícita y encima se le adiciona las

graves violaciones a garantías constitucionales producto de la “zona sujeta a investigación especial” que es prácticamente donde se vulnera la garantía del debido proceso como mencionamos anteriormente: se puede detener a una persona sin orden judicial.

Como siempre sostengo, estas modificaciones, que conllevan otorgarle más poder a las agencias policiales, que implican un avance del poder punitivo sobre el Estado de Derecho, van a conllevar, de aplicarse como está redactado y ejecutarse, una violación del Estado Argentino de obligaciones asumidas en tratados internacionales de derechos humanos.

d. Bibliografía

- Castex, F. (2005). Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal. Revista Lecciones y Ensayos. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/asociacion-ilcita-y-principios-constitucionales-del-derecho-penal.pdf>.
- Bagala, R., y otros. (1989, 11 de agosto). CNCC, Sala V, rta. LL, 2000-B-181.
- Curatolo, S. A. (2024). Teoría del delito, Parte Especial y Criminología Latinoamericana y Feminista. Llanes Ediciones.
- Pacilio, N. (2016). Delitos contra el Orden Público y Constitución Nacional. Editorial Ad Hoc.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2007). Manual de Derecho Penal Parte General (p. 106). Ediar.
- Zaffaroni, E.R. y Croxatto, G. (2020) La asociación ilícita como método de clonación de procesos. *Vox Iuris*, 38(1).
<https://doi.org/10.24265/voxxuris.2020.v38n1.03>
- Ziffer, P. (2005). El delito de asociación ilícita. Ad-Hoc.