

REVISTA PENSAMIENTO PENAL

VOL. 1 | NÚM. 3 | 2025

Dirección

Carlos H. González Bellene & Juan Manuel Almada

Coordinación de contenido

Alan Rodríguez

Lucía Troncoso

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>
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 3 – 2025

Artículos

La familiarización de la pena y la conformación de la familia en cárceles bonaerenses 1

JAVIER PISCITELLI

Hacia una noción conceptual de los delitos informáticos en el Derecho penal argentino 27

JUAN IGNACIO DIAZ

Ser mujer, maternar y estar presa: la tormenta perfecta 40

SILVIA ZEGA

Entre la espada y la pared: inminencia de la agresión de la legítima defensa en casos de violencia de género 54

SANTIAGO JOSÉ NAÍM

Cartapacio ~ Reseñas bibliográficas y jurisprudencia comentada

La Corte Suprema, firme contra el narcomenudeo. *Comentario al fallo «Loyola, Sergio Alejandro» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ...* 68

ANDRÉS BACIGALUPO

Columnas & Opinión

¿Reinserción o reseteo? El futuro penal en manos de la neurotecnología 72

NOELIA GALERA

30 de julio, día mundial contra la trata de personas. *Un recordatorio al compromiso de lucha y reconocimiento a sus víctimas* 109

MELINA JUAN

Ejecutabilidad de una sentencia penal firme	114
LUCIA LAPORTE	
Entre prohibiciones y esperanzas: el cannabis medicinal frente a la Ley de estupefacientes en Argentina	119
LEILA NOEL GONZÁLEZ REY	
Ley de reiterancia delictiva: garantías en peligro	127
NAYLA SANTISTEBAN	

La familiarización de la pena y la conformación de la familia en cárceles bonaerenses

Javier Piscitelli¹

Resumen

Este artículo aborda el impacto del encarcelamiento en las familias de las personas privadas de libertad, centrándose especialmente en aquellas redes afectivas y de cuidado en el medio libre. Se observan los efectos de la cárcel sobre estas redes, entendiéndolos como la familiarización de la condena carcelaria, a través del análisis de experiencias y testimonios de aquellos familiares detenidos. Se visibiliza el rol central que asumen estas familias, en su mayoría mujeres, quienes no solo sostienen el vínculo con los detenidos, sino que también cargan con las consecuencias materiales, emocionales y simbólicas del encierro. El trabajo destaca cómo la prisión extiende su alcance a entornos familiares, pero también examina las formas en que se consolidan redes familiares desde el encierro, y aunque de forma simbólica, también dentro de los pabellones. Asimismo, se problematiza la feminización de las tareas de acompañamiento y de cuidado poco reconocidas en medios de comunicación y contextos académicos. A partir de una aproximación cualitativa en las experiencias convivenciales en los pabellones de rugby de Fundación Espartanos, el estudio propone reflexionar sobre la dimensión familiar del castigo penal y plantea la necesidad de ampliar el enfoque investigativo hacia estas redes históricamente invisibilizadas.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Contextualización y encuadre institucional | 3.- Contexto de investigación: Unión Rugby Club, familia, encierro y respeto | 4.- La familiarización de la pena y los trabajos de cuidado | 5.- «Formar familia» en un «club de rugby» carcelario: el impacto sobre la familia afuera | 6.- La familia desde el encierro y las «pibas sanas» | 7.- Reflexiones en torno a estos hallazgos | 8.- Bibliografía

Palabras clave

criminología del sur – etnografía – prisiones – familiares – Fundación Espartanos

¹ Licenciado en Trabajo Social por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, entrenador y coordinador en la Unidad N°46 desde el 2016. Correo electrónico: javierpiscitelli.ts@gmail.com

1. Introducción

Hablar de prisiones supone hablar de personas encarceladas, de personal penitenciario y de víctimas en el medio libre. Pero este contexto ineludiblemente implica la existencia de redes familiares, muchas de las cuales no aparecen en los medios de comunicación y que son invisibilizadas, afectadas por el castigo y el encierro de un familiar. Aunque en las puertas de los penales bonaerenses se extienden largas filas de personas con bolsas para ingresar –casi siempre mujeres y menores de edad– poco se habla, poco se investiga y poco se piensa de esas familias víctimas colaterales de la privación de la libertad.

Desde el momento que se produce la detención de una persona comienzan los profundos cambios en la vida de sus familias, implicando «*más trabajo, menos dinero, mucho cansancio*» (RIMUF, 2022, p. 18) y una carga estigmatizante, tanto para quien pierde su libertad como su familia (Dughetti, 2019). Estas transformaciones y reconfiguraciones, en la mayoría de las instancias, involucran que el acompañamiento y que muchos de los trabajos de cuidado hacia las personas detenidas sean asumidas por las familias en libertad, es decir, mayoritariamente por mujeres. Es esencial pensar que 9 de 10 personas que visitan las cárceles en provincia de Buenos Aires son mujeres, evidenciando una feminización de los cuidados y de la visita carcelaria (Chironda, 2021; Daroqui et al, 2006).

Reconociendo la invisibilización de esta situación es que se abordan los efectos del encierro que llegan a las familias, o en los términos que se encontrarán en esta investigación, cuando la condena se familiariza. Hay una vacancia teórica sobre cómo viven y qué piensan los varones encarcelados sobre las familias que les acompañan incesante e incansablemente. Sobre esta familiarización de la condena y su reconocimiento por los varones detenidos tiene un impacto significativo la participación en los pabellones “*clubes*” de rugby de Fundación Espartanos. Por lo tanto, es pertinente pensar que las cárceles interactúan y dialogan a diario con las personas, las instituciones y las organizaciones del medio libre, adoptando una perspectiva descarcerarizada, contrapuesta a una mirada cárcel-céntrica (Ferreccio, 2017, 2021). Esas relaciones afectan la vida cotidiana de la cárcel y las necesidades de quienes allí viven, y por consiguiente, las demandas que pueden surgir hacia sus familias².

El corriente artículo se organiza en seis partes: en la primera se presenta el encuadre institucional y el contexto de investigación. En el segundo y tercer apartado se exponen el enfoque y los procedimientos metodológicos de la investigación, como también se examinan y definen conceptos medulares para el presente artículo. La cuarta sección explora la relevancia de la familia en la vida cotidiana carcelaria a la vez que se explora la consolidación de una forma de vida familiar dentro de los pabellones, apuntando e incorporando insumos y testimonios. El quinto momento concentra testimonios del trabajo de campo y examina las concepciones sobre la familia –la de origen y la conformada– en relación a sus idearios sobre las mujeres que acompañan el tiempo de encierro. El inciso final reflexiona sobre las experiencias familiares dentro y fuera de los muros, los trabajos de cuidado y el impacto de la convivencia lograda sostenidamente en los espacios de trabajo de Fundación Espartanos, esbozando cursos de acción e

² Estas relaciones incluyen además de las visitas cotidianas de familias, la presencia de docentes, voluntarixs de organizaciones civiles, agentes del servicio penitenciario y profesionales que desempeñan sus trabajos en las prisiones, sea para el Servicio Penitenciario, para organismos de derechos humanos, el poder judicial, universidades, entre otros.

interrogantes para seguir desarrollando en este entramado complejo y problemático, y ante todo, vacante de profundas investigaciones locales.

2. Contextualización y encuadre institucional

a. Introducción al sistema penitenciario de provincia de Buenos Aires

A modo de inicio, es fundamental describir brevemente ciertos indicadores que atañen a las condiciones de vida de las personas detenidas y los propósitos de la administración penitenciaria de la provincia de Buenos Aires. Los informes anuales de la Comisión Provincial Por la Memoria y sus datos estadísticos (Informe CPM, 2022) esbozan el progresivo aumento de la sobrepoblación y hechos de violencia, alcanzando récords del alza de la tasa de encarcelamiento. Para dar cuenta de esto, el informe citado indica que en los últimos 20 años la tasa general de encarcelamiento aumentó un 93% en la provincia de Buenos Aires: la tasa de encarcelamiento cada 100 mil habitantes en la provincia en el año 2000 era de 161 personas y se registra para 2022 que el número casi se duplica (excluyen Marcos Paz y Ezeiza, que son cárceles federales dentro de la provincia de Buenos Aires). Para ese mismo año, se observa un aumento en la tasa de 311 personas privadas de su libertad cada 100 mil habitantes (Informe CPM, 2022). Se crean plazas para personas detenidas, pero no obstante aumenta en mayor medida la población. Se plasma en que durante el 2021 “en 66 establecimientos con capacidad total para alojar 22.060 personas se registró una sobrepoblación de 111%” (Informe CPM, 2022, p. 30). Se puede afirmar de esta manera, que las condiciones de habitabilidad, salud y de acceso a la justicia han empeorado con los años, redundando en una situación crítica de las condiciones de vida carcelarias.

En lo que concierne al Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB de ahora en adelante) se constata una ocupación que supera su capacidad por 200% (CELS, 2022) pese a que son casi 2 décadas del *«fallo Verbitsky»* de 2005. Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Nación es un precedente de enorme relevancia jurídica y trascendencia institucional, expresando que el hacinamiento provoca violaciones a los derechos humanos y a la integridad física de las personas detenidas. Siendo el trasfondo de este aumento exponencial la implementación de una política criminal punitiva que se centra en el uso del encarcelamiento como única respuesta a una gama amplia de problemas (CELS, 2021), el fallo Verbitsky establece ciertos parámetros para buscar una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación (la creación de alcaldías y cárceles, entre otras), pero al día de hoy tanto desde la Corte de Justicia bonaerense como el poder ejecutivo provincial, no promueven la adopción de medidas suficientes que permitan una solución a esta situación (CPM, 2021).

b. Inserción institucional: Fundación Espartanos

Inicialmente es instrumental describir el trabajo de Fundación Espartanos. Sintéticamente, esta organización realiza intervenciones y aproximaciones a instituciones de encierro desde el año 2009. Espartanos desarrolla un modelo de trabajo y de acompañamiento a las personas privadas de su libertad que se replica en diferentes cárceles del país y que crece año a año. Actualmente, el programa que proponen funciona

en 21 provincias de la Argentina y en 6 países: Chile, El Salvador, Perú, Uruguay, España y Kenia. El trabajo conjunto con organizaciones civiles en las cárceles (ejemplos de esto serían Fundación Vincular o Moksha Yoga) y las alianzas con empresas configuran lo que se denomina «*la comunidad Espartana*» que hace posible este modelo de trabajo³.

El programa integral o Modelo Espartano se desarrolla en pabellones específicos dentro de distintas unidades penitenciarias, cuyos integrantes practican rugby. El mismo se centra en el deporte, la formación educativa y laboral, y el acompañamiento espiritual⁴ y grupal. En estos pabellones —o “*clubes*”⁵— se fomenta que las personas privadas de su libertad participen de las iniciativas que propone Fundación Espartanos y se organicen internamente como un plantel de jugadores de rugby⁶. La Fundación Espartanos tiene un discurso institucional que fomenta la reinserción y el tratamiento penitenciario, promoviendo la integración social de personas privadas de su libertad, buscando bajar los niveles de violencia intramuros y lograr la reinserción social de quienes participan de los proyectos (educativos, laborales y recreativos) en cuestión. El resultado del Modelo Espartano se refleja en la reducción de violencias, el acceso a oportunidades y formaciones laborales y, por ende, en el descenso de la tasa de reincidencia.

Es significativo describir un código de interacción propio de las cárceles bonaerenses, indistinto del pabellón⁷, atinente a la segregación y el trato que reciben ciertas poblaciones que atraviesan la privación de su libertad en estos establecimientos. Aquellas personas que expresen una identidad de género disidente al binomio varón/mujer o una orientación sexual no heterosexual, así como policías encarcelados, y en mayor volumen, los varones detenidos por delitos sexuales, delitos en contra de la mujer o hacia las niñas, atraviesan esta segregación. Existen códigos y tratos específicos para estas poblaciones y a veces tampoco comparten la convivencia en los mismos pabellones que otras poblaciones detenidas⁸, y tienen numerosas limitaciones en sus interacciones con otros varones detenidos (Montero, 2021; Piscitelli, 2024a).

³ Las empresas que acompañan esta «*comunidad*» trabajan en diversos campos. Algunas son difusoras y realizan aportes económicos a Fundación Espartanos y otras activamente participan en sus programas y dan oportunidades laborales a quienes recuperan su libertad.

⁴ Espacios comunitarios de «introspección y conexión con la espiritualidad y la fe religiosa, poniendo foco en el perdón hacia uno mismo y hacia el otro» (Fundación Espartanos, 2023, p. 8).

⁵ Bajo las comillas inglesas (“-”) referiré a los términos nativos propios de la cárcel o el campo de investigación; mientras que las comillas españolas o angulares («-») las emplearé para citas o palabras textuales: de las entrevistas y de los trabajos académicos, periodísticos e informativos incorporados.

Las palabras en *italica* refieren a términos y categorías propias o fundamentales del análisis del presente escrito.

⁶ Los equipos de los pabellones del Modelo Espartano, suelen subdividirse por niveles de juego (de principiantes a avanzados).

⁷ Existen diferentes categorías para los pabellones dependiendo de las actividades que allí se desarrollan, como puede ser de rugby, de yoga, o un pabellón de trabajadores, universitario, de evangelistas, entre otras variantes. La principal categoría serían los pabellones de «población» donde están la mayoría de las personas detenidas: sin distinción específica de actividad, oficio o rutina.

⁸ En algunas instancias incluso existen pabellones donde quienes allí residen y conviven son personas segregadas de esta forma como, por ejemplo, los pabellones «*de policías*».

3. Contexto de investigación: Unión Rugby Club, familia, encierro y respeto

a. Estrategia teórico-metodológica

El contexto de este trabajo se centra en dos pabellones masculinos de la Unidad N°46, una institución penitenciaria de seguridad media, población mixta y régimen cerrado inaugurada en 2006, perteneciente al Servicio Penitenciario Bonaerense, donde se desarrolla un espacio sociodeportivo, un “club” de rugby carcelario, de nombre Unión Rugby Club (URC de ahora en adelante), constituido en 2016, que forma parte de Fundación Espartanos y lleva adelante el denominado Modelo Espartano. Actualmente (2025), el “club” está constituido por 100 jugadores, contando con un manejo de participantes que no son jugadores. Esta población se compone de varones jóvenes cuya edad promedia los 27 años (la mayoría nacidos a comienzos o mediados de los años 90s), cuyo principal denominador común es la participación en el componente deportivo de los pabellones o el “club”.

Este escrito incorpora hallazgos del Trabajo de Investigación Final de grado para la obtención de título de Licenciatura en Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires⁹ y se inscribe en los lineamientos de una investigación cualitativa, con un carácter descriptivo y exploratorio, cuyas principales estrategias y técnicas de recolección de datos son la entrevista y la observación participante (Mendizábal, 2007; Messina & Varela, 2011; Piovani, 2018). En esta línea, cobran importancia la realización de entrevistas semi-estructuradas individuales y grupales (de entre 4 y 6 personas) dentro de URC por dos grupos de varones diferenciados¹⁰. La diferencia de estos grupos, se da en que dos de ellos están conformados por personas que ejercen la paternidad y el otro no.

Concerniente al muestreo de las entrevistas realizadas con los actuales participantes de URC, no se consideraron los delitos por los cuales se encuentran privados de su libertad, su situación procesal (prisión preventiva o condena firme), la cantidad de condenas previas ni su condición de migrantes, en caso de aplicar. Sin embargo, sí se tuvo en cuenta su trayectoria dentro de URC, dado que se considera pertinente que los entrevistados llevaran al menos seis meses en el “club”, persiguiendo que los entrevistados tengan un sentido de pertenencia y estén familiarizados con las dinámicas, reglas, rutinas y referentes de URC.

⁹ Piscitelli, J. (2024a). “La familia dentro y fuera de los muros. Familia y masculinidades dentro de espacios deportivos en cárceles bonaerenses.” Disponible en: <https://repositorio.sociales.uba.ar/items/show/4308> o su versión ampliada en:

(25) Piscitelli, J. (2024). La familia dentro y fuera de los muros. Familia y masculinidades dentro de espacios deportivos en cárceles bonaerenses.

¹⁰ Todos los testimonios y fragmentos de entrevistas consignados en este artículo están anonimizados correspondiente a los resguardos éticos del trabajo de investigación que implicó la firma de un consentimiento informado.

b. Familia y paradigma familista

En la cárcel se extrema la importancia de la familia porque adquiere importancia en la supervivencia de la persona detenida. Ferreccio señala que el aporte de las familias se torna decisivo para la protección y la convivencia de las personas detenidas, dado que colaboran en su subsistencia, en el ingreso de bienes y una posible *«perspectiva de retorno a algún lugar una vez que recuperen la libertad»* (Ferreccio, 2021, p. 45). Así la cárcel proyecta sobre ella su rol capaz de afectar la condena de la persona privada de su libertad (como la familia presente) pero denota que *«la reclusión parece agregarse a la escena familiar»* (Ferreccio, 2017, p. 129) en la organización diaria de la vida y sus rutinas, enfatizado sobre el universo familiar femenino.

Jelin (2012) define la familia como una institución social anclada en necesidades humanas universales. Se trata de una organización social con diferentes relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos. Sus miembros comparten un espacio social definido por relaciones de parentesco, conyugalidad y parentalidad (maternidad y paternidad); y se dan en ella tareas e intereses colectivos. Más todavía, la autora escruta que esta institución articula con otras esferas de la sociedad, y que la *«familia se constituye y acota en función de sus interrelaciones con las demás instituciones sociales (...) más que 'la familia' lo que existe son una serie de vínculos familiares»* (Jelin, 2012, p. 69). Tanto esta interrelación como los vínculos que componen las familias, responden a un carácter histórico de la institución familiar. En otras palabras, la familia *«es resultado de la práctica social»* y de los *«marcos normativos que son propuestos como modelos de comportamiento de la vida familiar»* (Grassi, 1996, p. 101-102).

Hay una sustancial importancia social y económica que recae en los trabajos de cuidado, siendo éstos indispensables para la reproducción social de la vida. Entiendo por tareas de cuidados todas las acciones que implican facilitar a los integrantes de un hogar, con preeminencia en niñeces o personas dependientes, en el desarrollo de sus actividades cotidianas, e incluye el trabajo doméstico invisible y no remunerado que se realiza en los hogares (Pombo, 2010). La categoría *«personas dependientes»* refiere a personas que requieren de terceros para realizar actividades básicas de la vida cotidiana (Comas-d'Argemir, 2016).

En el caso de los varones privados de su libertad, es la familia, mayoritariamente mujeres, quienes abordan los trabajos de cuidado para hacer frente a las condiciones de vida que caracterizan el encierro en las cárceles bonaerenses. Esto se ilustra en el informe conjunto del CELS, el Ministerio Público de Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación, donde se afirma que la visita cumple tanto una función “afectiva” y como también *«aportan una serie de recursos materiales que complementan o suplen problemas de mala alimentación, falta de suministro de elementos de higiene, vestimenta, etc., en los que incurre el Servicio Penitenciario»* (CELS et al, 2011, p. 52).

Las mujeres (parejas, concubinas, amantes y otras familiares directas) son el principal sostén afectivo, acompañando la condena, acercando y proveyendo comida, sustancias, ropa, frazadas y productos de higiene y limpieza, incluso colchones, muebles y electrodomésticos (Bazzoni & Cicerchia, 2022). Pereyra Iraola expresa que, para esas mujeres,

«[...] lograr que los bienes que traen a las unidades circulen dentro es representado, entonces, como una demostración de cuidado, de ser buena madre, buena esposa,

es lograr llevar a cabo sus obligaciones en las relaciones de cuidado con aquel que está adentro de la cárcel. [...] En el caso de las mujeres que visitan a personas en cárceles, llevar peso es descripto como un equivalente a cuidar [...] el alejamiento de las mujeres de sus hogares y el espacio privado y la movilidad de las mujeres ha sido históricamente regulado por normas morales sobre lo que 'debe ser' una mujer. [...] En el contexto carcelario, los viajes que son narrados por las mujeres que visitan como una manera de cuidar» (Pereyra Iraola, 2016, p. 104-105).

En esta línea, son relevantes los aportes de Santillán (2009), quien problematiza la noción de madres y padres frente a lo que es la parentalidad responsable. Ella expresa que la producción social de la parentalidad responsable es una construcción histórica y relacional. Esta producción se enfrenta con percepciones y obligaciones para las familias. Se refiere a una producción social de los prejuicios propios de los discursos sociales y académicos que perpetran la exclusión, imponiendo «obligaciones» y «responsabilidades» parentales en contextos atravesados por la desigualdad.

Es posible afirmar que existe un «*paradigma familista*», también referido como familismo¹¹, que regula las acciones de muchas instituciones con las que las familias articulan su vida cotidiana, como las instituciones educativas, de salud o de prestaciones sociales. Grassi (1996) refiere a este paradigma como una orientación general predominante en diferentes ámbitos y campos de intervención, con referencia directa a la familia, delimitando y definiendo las preocupaciones y los problemas comunes. Los trabajos de cuidado están (e históricamente han estado) signados por una orientación a ser cubiertos y resueltos por las familias de manera ampliada (con énfasis en la responsabilización femenina y maternalista). Jelin respalda esto argumentando que la consanguinidad y el parentesco «*han sido criterios básicos para definir las responsabilidades y obligaciones*» (2017, p. 69), pese a que ejerce presiones cruzadas sobre las familias, especialmente sobre las mujeres y sus responsabilidades de cuidado, y se evidencia en lo argumentado sobre las visitas carcelarias.

Si bien los hogares a cargo de mujeres existen en todos los grupos sociales, la irrupción de la privación de la libertad es un factor significativo que marca precedentes y afecta a las familias, transforma el cotidiano delimitando un antes y un después (Hoyos González et al, 2022). La realidad de algunas mujeres (madres, parejas/concubinas) frente a esta irrupción es que se convierten en el único pilar afectivo y financiero, asumiendo la doble o incluso triple responsabilidad dentro de su familia. Esto implica estar a cargo de la economía familiar, de las actividades domésticas y del cuidado de las infancias (Jelin, 2017). Asimismo, el encarcelamiento de una persona, en la mayoría de las situaciones, significa la pérdida del aporte económico en un sentido; y nuevos gastos y costos por otro, además de nuevos y más demandantes trabajos de cuidado (Ferreccio, 2017; Pérez Correa, 2015; RIMUF, 2022).

c. El respeto en la convivencia (o supervivencia) carcelaria: la herramienta para «*manejarse*», mostrarse y defender a la familia

Es imprescindible considerar el respeto como una forma de regular conductas y de articular legitimidad dentro de la cárcel (entre personas detenidas y entre ellas y la administración penitenciaria), probablemente la forma más favorecida en la cárcel. El «*respeto*» se construye y se acumula, aunque es dinámico como las relaciones entre las

¹¹ De aquí en adelante se refiere a esta postura o paradigma como «*familista*».

personas detenidas, así como también entre ellas y agentes del SPB (Bourgois, 2010; Galvani, 2015, 2016; Oleastro, 2022a, 2022b; Sennett, 2003). El sentido común sobre las cárceles instala la violencia como una herramienta a la que la población detenida concurre comúnmente, usándola circunstancialmente y como forma de participación en la pertenencia o los prestigios carcelarios, aunque lo hacen bajo ciertas pautas compartidas y mediada por reglas de convivencia, honrando el respeto y la autoridad de ciertas personas o grupos sobre otros (Oleastro, 2022b).

Toda disputa se resuelve principalmente a través de la pelea y está informalmente habilitado¹² pelear por la permanencia en el pabellón o por los objetos personales ajenos, pese a que es una transgresión a las normas institucionales que propician buenas conductas¹³ (Germán, 2015; Míguez, 2007; Motto, 2012). El respeto por la familia también involucra la violencia como obligación a modo de respuesta y quehacer práctico. Las relaciones dentro de la cárcel pueden verse tensionadas por los conflictos *«que tienen lugar en un afuera»* (Ferrecio, 2017, p. 45), como problemas entre familiares de personas detenidas, que luego se resuelven dentro de la cárcel. Existe una estrategia constante y dinámica, donde ganar o perder respeto es por excelencia *«la forma de sobrevivir»*. Se relaciona con *«saber qué exhibir y qué no, cómo hacer creer al resto que uno es de determinada manera y poner al descubierto ciertos aspectos de la personalidad mientras se ocultan otros»* (Oleastro, 2022a, p. 229).

4. La familiarización de la pena y los trabajos de cuidado

La investigación que da pie a este artículo aborda incógnitas sobre cómo afecta a los varones prisionizados y qué estrategias desarrollan durante sus condenas para mantener el contacto y sostener la conformación familiar que tenían antes de encontrarse detenidos. Sobre todo, al considerar datos como la estimación que cada persona privada de la libertad tiene en su entorno afectivo-familiar al menos a cinco personas (RIMUF, 2022). Pereyra Iraola, asevera cómo la privación de la libertad de los varones de las familias no solamente afecta a esa persona encerrada *«sino también a la vida cotidiana [...] de miles de mujeres que establecen contacto regular con las unidades penitenciarias a través de las visitas periódicas que realizan para ver a sus familiares»* (Pereyra Iraola, 2016, p. 97). Agrega que por cada preso *«existen un gran número de relaciones afectivas, familiares y sociales que se activan, promoviendo nuevas movilidades y procesos de circulación de bienes, personas y afectos que entran en contacto con el contexto carcelario»* (2016, p. 97). En sus investigaciones en la provincia de Buenos Aires sobre movilidad de mujeres hacia las cárceles, la autora señala que

«Para muchas familias en contextos carcelarios, estas relaciones de cuidado suelen extenderse – al menos en los primeros meses después de la detención – hacia el detenido que formaba parte del hogar antes de ser arrestado [...] los viajes que realizaban eran motivados por lo que identifican como sus ‘obligaciones’ de cuidado hacia los miembros del hogar que estaban presos» (Pereyra Iraola, 2016, p. 103).

Es importante examinar la terminología de la *«familiarización»* de la pena o de la condena que remite a todo aquello que atraviesan o realizan las familias y afectos de personas detenidas, lo que también se denomina como los efectos no deseados de la

¹² Directamente por las normas de muchos pabellones, e indirectamente por el SPB.

¹³ Así lo pondera el Capítulo IV de la Ley 24.660.

cárcel o los efectos extendidos del encierro (Hoyos González et al, 2022). Incluso hay estudios que consensuan que las familias y las infancias son «*víctimas secundarias o colaterales*» y se entiende que desde la mirada penitenciaria rara vez se las considera «*víctimas paralelas de los procesos penitenciarios*» (García Vita, 2015, p. 60). Esta transferencia o trascendencia de la pena coloca a las familias en la posición y responsabilidad de realizar todas las tareas de acompañamiento de su familiar detenidx y asumir todos los costos de ese acompañamiento, tanto sociales como materiales (Bessone, 2020; Ferreccio, 2017; Mancini, 2021; Pereyra Iraola, 2016; Politano, 2019). García Vita repone que la «*experiencia carcelaria ampliamente entendida induce a una confrontación personal entre los seres cercanos de los reclusos/as con las instituciones penitenciarias*» (2015, p. 110) redundando en un sufrimiento social para la familia, denotado en el impacto sobre la vida cotidiana, las relaciones y la identidad social. Esta llegada de la cárcel a las familias y los barrios implica también lo que Ferreccio (2017) llama «*socialización carcelaria*», que se entiende como el proceso de interiorización de reglas, etapas, nociones, conceptos, tabúes y giros expresivos propios de la cárcel y sus lógicas.

El Estado transfiere a la familia la responsabilidad del proceso de reinserción, pero sin atender a las necesidades de las diversas familias, lo que resulta en ser las únicas depositarias de la responsabilidad del éxito o fracaso de la reinserción (Ibàñez i Roig & Pedrosa, 2018; Ferreccio, 2017; The Urban Institute, 2005; Tryon, 2020). Inés Mancini expone que se atribuye la desviación delictiva a las familias y se las responsabiliza, pero pese a que «*la desviación puede ser interpretada a partir de límites de la socialización (...) estos límites no pueden ser circunscriptos exclusivamente a las familias*» (Mancini, 2021, p. 169). Sin embargo, la reincidencia penitenciaria no debe ser vista únicamente como un problema individual, sino como un fenómeno que refleja las dinámicas y prácticas del sistema penal (Bover, 2023; Nebra, 2023).

Se consolida entonces un sostén emocional y material ligado a la provisión y los cuidados llevados adelante por las familias hacia quienes están privados de su libertad. La feminización de los cuidados es algo que atañe no solo a los cuidados destinados a personas privadas de su libertad, y hay múltiples discusiones que de manera gradual se están dando en torno a la familia, la parentalidad, las masculinidades y sus roles en los trabajos de cuidados (Aguirre, 2007; Comas-d'Argemir, 2016; Herrera et al, 2018; Lamas, 2018; Pautassi, 2018; Pombo, 2010; Rodríguez Enriquez & Marzonetto, 2015). La irrupción de la privación de la libertad significa un reordenamiento de las formas de cuidado y de la participación familiar, en tanto las tareas que previamente se compartían en diferente grado se ven trasladadas exclusivamente a las mujeres. Así la detención de los varones implica una relación con los roles de cuidado y las mujeres, tanto en el hogar y luego como visita en la cárcel¹⁴ (Ferreccio, 2017).

Se recalca que los estudios sobre las madres de detenidos apuntan que el «*Estado [es] quien encarcela al mismo tiempo que se desresponsabiliza por la subsistencia de los presos, pero tampoco asume la responsabilidad de encauzar la ayuda que las mujeres producen*» (Mancini, 2021, p. 166). En este sentido, es posible argumentar que la «*familia*» es tenida como objeto de planes y programas, delimitando cómo se debería conformar la misma, y qué «*funciones, obligaciones y distribución de responsabilidades*» debería tener cada una de sus integrantes (Grassi, 1996, p. 105). Se hacen presente —de manera más o menos visible— en la prescripción de comportamientos, expectativas de roles, funciones, lealtades, transmisión de valores y normas (Grassi, 1996; Santillán, 2009), y la institución penitenciaria logra también influir

¹⁴ Lo que de forma nativa se llama en la cárcel, «*seguir*» a la persona detenida, «*seguir*» la condena.

en esas prescripciones e interacciones. En consecuencia, se espera que las familias acompañen, cuiden y provean material y afectivamente a sus integrantes que se encuentran privados de la libertad. Los esfuerzos de estas mujeres por mantener o restaurar sus vínculos familiares con sus parientes o parejas masculinas detenidos son indicadores de una reproducción de una estructura familiar e idea de hogar tradicional y patriarcal, en función del hombre: deben ser cuidados y sostenidos. En términos nativos: no se los puede dejar solos, se los debe “seguir”.

La extensión de la condena implica la extensión de los cuidados, por lo que se establece que «los familiares que se harán cargo son sujetos femeninos o feminizados que son conminados moralmente a hacerse cargo de los cuidados de los otros». Diferentes «estudios de la región demuestran que quienes mantienen la visita constante a las personas presas suelen ser casi en su totalidad mujeres: mamás, hermanas, primas, amigas» (Hoyos González et al, 2022, p. 4-5). Quienes llevan adelante estas tareas de cuidado entran en las lógicas de violencia propias del sistema penal, por lo que es atinado decir que las racionalidades de lo penal, superan los límites de los muros y se adentran en los barrios y sus instituciones, las calles, los hogares y sus familias (Montero, 2021; PPN, 2019). Esta red familiar o afectiva que se involucra en el acompañamiento de la persona detenida, pasan a ser también objetos de castigo, atravesando así nuevas problemáticas de diferentes índoles, como financieras y de organización (Calandra et al, 2021; Politano, 2019).

Adjunto a eso, las familias comienzan con itinerarios constantes y repetitivos de consultas a abogados, defensores, juzgados, y trabajadorxs sociales (Di Carlo, 2016). Ello implica una intensificación del trabajo, o el plausible microendeudamiento cotidiano y extendido. A su vez, transitan miedos, robos, desconocimiento, desconfianza, malos tratos, como así también sistemáticas interpelaciones morales a causa de su vínculo familiar con una persona privada de su libertad (Hoyos González et al, 2022), a modo de «estigma» que la persona detenida les transfiere (Ferreccio, 2017, p. 156). Todo ello termina siendo instancias donde se evidencia la extensión o trascendencia del castigo sobre las familias de los sujetos. Esta complejidad se refuerza con lo ilustrado por Inés Mancini, quien señala que:

«[...] los efectos de la prisión no se circunscriben únicamente a los penados (y procesados) sino que sus familiares son alcanzados por algunos de estos efectos. Entonces, paralelamente al incremento de la cantidad de presos, observamos el aumento de familiares afectados por las problemáticas inherentes a la prisión» (2021, p. 159).

Por ello, la participación de las familias tiene un impacto en la construcción del orden carcelario, persiguiendo un interés por una cárcel “quieta” (Ferreccio, 2014; Pérez Correa, 2015). Son ellas quienes realizan los sacrificios y soportan las condiciones de las visitas, con tal de sostener los vínculos familiares o afectivos (Arriaga y Luna, 2023), tolerando entonces todos los abusos del personal requisador, «limitando así la explosión de conflictos» de sus familiares detenidos (Ferreccio, 2017, p. 191). Una nota textual de un referente de URC, Samid, reflexiona sobre esta práctica del servicio penitenciario y sus hijxs: «prefiero verlos a través de un celular, antes que los revisen [...]».

5. «Formar familia» en un «club de rugby» carcelario: el impacto sobre la familia afuera

La expresión “*formar familia*” es común en las cárceles bonaerenses y se refiere a conformar una pareja con la idea de un compromiso familiar. En el contexto de URC, este se configura y asemeja la convivencia con una estructura similar a una familia –con reglas, interacciones y particularidades propias– diferentes a otros pabellones bonaerenses. Como señala Inés Oleastro (2022b), la vida en las cárceles no solo se define por la violencia, sino también por prácticas de cuidado, contención y solidaridad. Los varones detenidos dentro del “*club*” comparan la experiencia de su convivencia con la de una «*gran familia*», donde los conflictos se resuelven de manera distinta a otros pabellones. En este contexto, familia se refiere a aquellos que siguen las normas del pabellón, demuestran compromiso con el deporte, interés por el mismo y mantienen relaciones de respeto mutuo, independientemente de su desempeño deportivo.

A estas prácticas y la permanencia en URC los varones detenidos les otorgan una función de cuidado y prevención de conflictos. La mayoría de las veces los jugadores desarrollan un trato amistoso y de contención, habilitando la escucha activa y tolerando la privacidad de cada uno al teléfono con sus familias. Acá hay una vinculación con los talleres socio-afectivos que los jugadores pueden acceder (gracias al Modelo Espartano u otro medio) pero también con los espacios de exposición y compartición que hay en el “*club*”. Sea entrenar todos juntos; limpiar, pintar y lavar los materiales todos juntos; cantar y rezar todos juntos en las actividades espirituales (los rosarios); o hablar y contar de sus vidas, miedos y sueños frente a otrxs. La rutinización y asimilación de estas prácticas es característico de las instituciones totales, ya que implican un ciclo de experiencias cotidianas y conjuntas, como dormir, comer y compartir los espacios de recreación. Estas experiencias se alternan entre imposiciones de convivencia y la eliminación de ciertas oportunidades de comportamiento, así como la adquisición de otras (Goffman, 2001).

En adición a las anteriores, hay también situaciones compartidas y comunes para todos los jugadores donde el “*club*” cubre el rol familiar en cariz de festejo y acompañamiento. Las siguientes palabras son de Hooker, dirigidas al pabellón durante la actividad religiosa de los viernes y respalda la sustitución de la familia por el equipo en los festejos de cumpleaños:

«Hooker. (...) Capaz no tenés tu cumpleaños con tu familia, que te traigan una torta, pero tenés los viernes que viene la gente de la calle a pasarla, festejarla con nosotros el último viernes del mes. Yo hace más de 8 años que no paso mi cumpleaños con mi familia, nada mejor que pasar el cumpleaños acá en Unión con todos ustedes. [...]»

Sobre la familia en los pabellones de rugby Ugarte, un antiguo miembro aporta:

«Ugarte. Para mí una familia acá en la cárcel [...] Aquella persona con la que podés contar [...] No solamente para hacer cosas malas sino también para esa persona que te pueda dar un consejo, que está ahí cuando vos estás mal [...] Que le decís, ‘Che loco, me está pasando esto. Se me viene todo mal’. Y siempre hay alguien ahí que te dice, ‘Che Ugarte [...] Quedate tranquilo que en breve vienen las buenas. [...] Pensá en tu hijita [...] Pensá en esto [...]’ Y te sacan del pensamiento ese de que todo malo está pasando.

Javier. Y eso te pasaba también en el [pabellón S] [...]

Ugarte: [...] Me pasó un problema en el [pabellón S], por el cual me tuve que ir. Me fui [...] Yo te digo la verdad [...] Para mí los pibes [del pabellón S] siguen siendo como que si estoy viviendo con ellos. Yo voy a cancha y no voy enojado. Ningún problema, nada, al contrario. Los veo en cancha. Y yo me pongo contento. Vamos a jugar rugby [...] Es así. ¿Entendés?»

En virtud de eso se difuminan otras reglas y códigos del mundo carcelario, incluso aquellas lógicas que atañen a las familias y quienes visitan a las personas detenidas. En las cárceles bonaerenses, la visita no debe intercambiar miradas, palabras o gestos con otros detenidos; con otros familiares que ingresan; o personas detenidas que están con su visita en sus mesas (Ferreccio, 2014). De forma similar, existe un temor que preordena las conductas de los familiares referido a la vulneración que el familiar detenido puede padecer consecuencia de acciones de los familiares (y viceversa), hacia una evitación de los conflictos (Ferreccio, 2017). O mismo la responsabilidad ineludible de «*hacer respetar*» a «*la familia*»¹⁵ si es que entre familiares se pelean fuera de la unidad (Montero, 2021). Las lógicas trascienden los muros y llegan a los barrios y a «*la familia*» pero eso no significa que las lógicas del mundo de vida carcelario sean comprendidas y respetadas en su totalidad por estas personas que visitan esporádicamente las cárceles.

Otros entrevistados presentan discursos como los siguientes:

«*Juanma:* Eso depende de la persona que vos tengas al lado. Pasa que hay mujeres que vienen por primera vez y no entienden y quieren mirar, ¿entendés? Y es lógico porque no entienden el sistema carcelario. Tienen que estar concentrados en su mesa o en tu visita. La gente en la calle no tiene los mismos códigos que acá.

Immanuel: De la barrera para acá, mando yo; de la barrera para allá, maneja te vos.»

La visita¹⁶ en la Unidad N°46 se realiza en un gran salón (“SUM”) con mesas para cada visita y, por otro lado, un área de cocina donde calientan la comida y el agua. Hay una constante idea y postura machista que rige en estos espacios sobre la autoridad y posesividad que tienen los hombres sobre las mujeres que les visitan y el acatamiento de las reglas carcelarias. Pese a eso, el Millo, otro jugador entrevistado apunta

«*Millo:* En otros lados no se puede hacer eso, saludar a mesas ¿entendés? Este pabellón es muy particular, muy especial. [...] De julio, julio del 2021 que yo llegué acá me pasó eso. He visto cosas que en otro lado no pasan, por este tema de la visita, de estar corte muy, muy unido. (Actúa) ‘Hola, cómo está, hola, hola hermano, hola’, vamos para afuera está el Gitano con su madre. Y viene la doña te saluda: ‘hola hijo...’. La mamá del viejo Jujuy de la 3. ¿Entendés? Como que son las nonas del pabellón. Nosotros les decimos ‘las nonas de Unión’... Y en otro lado esas cosas no las ves, ¿entendés?»

No es casualidad entonces que muchos de los jugadores detenidos acerquen que en este pabellón tienen «*hermanos*», en vez de «*compañeros de celda*». Algunos lo remarcan en sus entrevistas,

¹⁵ Un entrevistado (René) lo sintetiza de esta forma «*Por eso se pinchaba siempre porque uno por su familia mata y muere*».

El verbo «*pinchar*» se refiere a que haya disputas violentas o revuelo generalizado por peleas grupales, casi siempre involucrando cuchilladas y heridas graves.

¹⁶ Para más información sobre las dinámicas de visita, ver Chironda, R., 2021; Ferreccio, V., 2021; Oleastro, I., 2018.

«Millo: Yo por ejemplo, por ejemplo acá con el Chino que es como un hermano [...]

Marcial: Ah, bueno, yo tengo un par de hermanos acá. Y viene y dice, como Donato, el pájaro, David, acá, algunos los conozco hace un montón [...] en la celda 3 también, entonces vienen, tomamos mate, alguna vez estás mal, alguna vez estás bien. Y vienen [...] ¿entendés? A veces yo puedo confiar en vos en contarte mis problemas, y después te podés quedar callado y escucharme, o me podés dar tu opinión ¿entendés?»

Este tipo de prácticas de estrecha solidaridad y de gestos comunales en el “club” pueden progresivamente influir en la «familiarización de la condena» de quienes integran los pabellones de rugby. La participación de URC y las redes de sociabilidad que se entretienen (entre detenidos; con voluntarios; con «Fundación Espartanos»; etc.) puede potencialmente disminuir la carga sobre las familias. Se encarna en cómo algunas compras, fletes y provisiones que fundamentalmente abordan las familias, empiezan a ser suplidas o abordadas a su vez por otras personas. A veces hay bienes materiales o insumos (personales o para los pabellones) que son donados por personas u organizaciones del medio libre, pero otras veces costean servicios privados de transporte o traslado gracias a los celulares (como, por ejemplo, fletes de pintura).

«Millo: Bueno, acá en este pabellón, es una familia igual eh. Pasan cosas que no pasan en otros lados. ¿Entendés?»

Esto trae a colación que, en estos pabellones, se dan convivencias tranquilas, y de esta forma sucede lo opuesto a lo que describe Brunela Germán (2015) en sus estudios. Ella apunta que en los penales bonaerenses es marginal o escasa la comunicación, el diálogo, la solidaridad o el descanso. Contrariamente, en URC la comunicación no es acotada; se encuentran canales para dialogar y tener expresiones de camaradería, solidaridad o afecto; está la posibilidad de descansar (dormir) y no estar a la defensiva constantemente; no es necesario suprimir la sensibilidad y reforzar una figura de delincuente, que construye cada sujeto de forma previa a su detención. Una nota de campo que ilustra esto es del entrevistado Ugarte, en conversación durante un entrenamiento: «*Ya la cárcel no es lo que era antes, ahora podés descansar tranquilo.*» o sobre el mismo eje, lo que expresa Jonathan en una disertación frente al pabellón durante una actividad espiritual (un rosario católico): «*Yo duermo tranquilo.*» Es más, la mayoría apunta a construir una figura deportiva y alejada de la violencia, con fuertes preocupaciones por el “club” y sus compañeros (Liberatore, 2022).

«Garrote: Como dicen las frases, ‘tackle o mono’. Hasta yo lo hago. Yo me golpeo, yo salgo a entrenar, yo estoy ahí, segundeo al capi [el capitán del “club”], como siempre. Soy el ejemplo, ¿no? Y hoy viene a ser capitán del equipo, así que estamos con él. [...]

Garrote: En el rosario [actividad espiritual semanal], rezamos mucho a los problemas que tenemos nosotros. [...] Hay expresión. Hay de todo. Vos te pones un viernes acá y... Como que descarga todo ahí, bo’. Ahí se ve que lo que... Sí, es diferente porque acá se cuentan sus problemas y ya se hacen techo¹⁷ uno a otro, bueno.

¹⁷ Esta expresión es nativa a los pabellones deportivos de rugby, y es la forma análoga a un término del deporte que es «el ruck» o el acto de «ruckear». Los varones detenidos se lo apropian para remitir al cuidado entre todos, a defenderse y soportar los problemas de forma conjunta y en equipo.

Ugarte: Cuando jugábamos rugby y se notaba (...) Porque nos apoyábamos en todo. Te das cuenta que [...] Cómo te motiva. ¿No? A seguir [...] Porque donde vos menos encontrás; de quien menos vos te lo esperás, muchas veces está ahí para darte la mano así [...] 'Levantate, dale. Vamos [...] Seguí [...]' Y es verdad [...] Siempre el que menos te lo esperás, es el que más te da, siempre.

Javier: ¿Y viste eso en otros lados de la cárcel?

Ugarte: Sí. Gente que fue así... Sí... Que lo haya visto en general... No. [...]

Ugarte: El rugby te enseña que hay que perseverar [...] Así como decimos en una cancha que nos hacemos techo [...] Que damos tackle, nos dan tackle, recibimos como lo tenemos que recibir. Pero acompañamos el equipo [...] Te digo la verdad [...] En ningún otro lado lo vi... Más que en los pabellones de rugby, porque la convivencia que hay acá [...]

Todos estos hechos se contraponen con la realidad de la mayoría de los pabellones y con numerosos estudios de la temática dado que las otras formas de vincularse entre las personas detenidas típicamente están constreñidas a medios como la violencia.

6. La familia desde el encierro y las «*pibas sanas*»

Los testimonios de los sujetos entrevistados indican que la familia —aquella en el medio libre y que les visita— es un sostén, «*un pilar*», y resulta de «*mucho importancia, mucho valor*». Muchos argumentan que todo lo que han acumulado y construido en el medio libre es para sus familias: propiedades y bienes materiales (como vehículos) a nombre de sus parejas y sus hijos en común. También expresan que, con la familia y la visita, «*salem*» del contexto carcelario; «*descuelgan*» y «*recuerdan*» lo vivido. Ellos rectifican que el tiempo de encierro les invita u obliga a la reflexión sobre esas relaciones afectadas por su encierro. Más de uno puntualiza que los acompañamientos y consejos «*antes no lo sabía[n] valorar*».

«*Paulo:* Hoy en día, vos ves el esfuerzo que vienen, cómo vienen cargadas, a la hora que vienen, en el tiempo que vienen, porque sea frío o a veces 40 grados de calor se vienen cargados, con tal de venir a traerte unas cosas a vos, o venir a compartir algo con vos, sabiendo que vos acá estás en un paso del SUM, y ellos tienen que volver, viajar, gastar en un viaje de vuelta, comerse el calor o el frío.

Juanse: El viaje [...] La lluvia [...]

Javier: [...] ¿qué significa la familia para vos?

Marcial: No, no, esto es un pilar, que no bajas los brazos; que sigas adelante. Esto [el encierro] no es para siempre pero también yo me pongo en el lugar de ellos y digo por mis errores tienen que pagar todo. Porque al final de cuentas no pagamos nosotros. [...] por eso [la cárcel] afecta, pero también une.

Garrote: Yo también mucho de lo que estoy haciendo bien [...]. Una por un lado por mi hija, también. Esa es la que da la fuerza.

Hooker: Si tu mamá está viva, tu mamá siempre va a estar. Si no querés que te lleve comida, te lleva igual. 'No querés que vaya, voy igual.' Otras personas que van a venir 2, 3, 4 veces pero después se convierte en un gasto.»

Todos estos relatos se suman a anteriores que se sustraen de las entrevistas y a incontables otros que los sujetos participantes de URC comparten durante las actividades espirituales, y proporcionan un punto de vista consciente de «la familiarización de la condena», pero otorgándole al mismo tiempo una función fundamental en ese sostén emocional. No se descarta que también colocan una noción idealizada de presentismo abnegado a «la familia». Agregan que los voluntarios y la “gente de la calle” también se consolidan como pilares en ese sostén, como una forma de morigerar «la extensión» de estas lógicas de la cárcel a los hogares y las familias, tanto como figuras de contención y de apoyo.

En este contexto, el entendimiento de «familia» y la concepción de haber «formado» una familia al asumir un fuerte compromiso amoroso –independientemente de si comparten hijxs en común– se vuelve central. A pesar de contar con el apoyo de un núcleo familiar extendido (padre, madre, hermanxs, tíxs, etc.), se destaca el rol primordial del compromiso con la familia «formada» como un acto de responsabilidad. Ugarte respalda esta visión, indicando que la preeminencia de este otro tipo de familia, trasciende las estructuras tradicionales y se convierte en el soporte emocional fundamental.

«Ugarte: [...] Pero ahora yo tengo una responsabilidad. Mi familia son [...] Mi señora y mis hijos».

En esa misma entrevista, este jugador resalta que su madre reprochaba las instancias que él buscaba a su hijo con su ex-pareja, acompañado de su pareja actual. Sin embargo, es diferente si el compromiso con una actual compañera afectiva está signada por el matrimonio, y de esta forma se entiende ese compromiso a «formar familia» en la entrevista:

«Ugarte: Te digo la verdad, no me gustaría que mi señora me caiga con un macho de ella a buscarme mi hijo.

Javier: Pero así es la vida, hermano.

Ugarte: Sí, pero mejor así, más discreto. Después, quizás más adelante...

Javier: ¿Pero qué pasa si te casás con esa persona?

Ugarte: Bueno, sí, no. Ya si te casás y formás una familia, yo ahí sí lo veo de otra manera».

En otro orden de elementos pero que también atañen a la visita, hay una contracara a las visitas de la familia. Hay un hilo conductor en lo que concierne a la reticencia de los varones detenidos de que vengan algunos familiares a verles en visita: a ciertos familiares y a las personas adultas mayores. Algunos testimonios durante conversaciones y entrevistas que dan cuenta de esta reticencia son los siguientes:

«Paulo: No quiero. Mi vieja quiere venir y todo, pero yo mismo le digo que no.

Tití: [...] ahora el domingo mi abuela viene. Yo no quiero que venga. Pero bueno. Hace rato que no la veo, así que quiere venir ella.

Marcial: [...] Me quiere venir a visitar mi suegro pero yo no lo dejo, la verdad ¿no? [...] mi mamá ahora ya está grande. Yo a veces mi mamá se enoja conmigo porque ella me quiere venir a visitar, me quiere venir a ver y yo le digo que no. Porque ya renegó mucho anduvimos por todos lados. Con mi hermano, ¿viste? Por todos lados siguiéndonos[...] Y [...] y mi mamá ya está grande y no quiero que sufra más.

Hooker: Son varias familias. Pero yo estando acá no quiero arrastrar a nadie acá. Yo puedo contar con ellos pero no quiero que se metan en estos contextos. [...] Por ahí esas personas no están acostumbrados a ésto, a una vida así. Podrán venir una vez, dos veces. Pero después se dan cuenta que no es vida, tener que estar a las 3 de la mañana haciendo la fila. [...] Pero tenemos un cariño mutuo que hoy en día soy el padrino de su hija.

Javier: ¿No te visita?

Hooker: No, no, yo no quiero.

Ugarte: Mi mamá, mi papá, vinieron mis hermanos. Hasta un cierto tiempo que yo ya me cansé y le dije, ‘fue, no vengan más’.

Javier: ¿Por qué te cansaste?

Ugarte: Porque [...] Sentía que era al pedo que vengan ellos. Yo tenía mi familia. Para mí mi familia hoy en día es mi mujer y mis hijos. Está bien, parte de mi familia son mis hermanos, mi mamá y mi papá.»

Estos recortes indican que, si bien la idea de familia implica un mantenido acompañamiento y sostenimiento de las personas detenidas, hay intersticios donde ésto se altera. En primera instancia, puedo dar cuenta de una relación entre la «*extensión de la condena y la familiarización*» (y feminización) de la misma. De los casi 20 entrevistados, la mayoría son visitados exclusivamente por familiares mujeres y excepcionalmente algunos de ellos visitaron a una mujer detenida, aunque no como concubinos o parejas estables llevando la provisión que requiere una persona detenida («*el bagallo*»). A pesar de ello, algunos insisten en solo mantener vínculo constante con sus parejas sexuales, para no importunar o «*molestar*» a las familias, dada una sensación de saturación, y esto coincide con algunos testimonios de las etnografías realizadas por Ferreccio (2017).

En segunda instancia, hay para estos varones encarcelados una idea de familia como «*propia*» y emancipada de la red familiar inicial al «*formar familia*» con una mujer y tener hijxs. En completa coincidencia con muchos de los estudios relevados, estas mujeres (madres, hermanas, abuelas, etc.) sostienen el acompañamiento, pero muchas veces son las parejas amorosas quienes desisten en hacerlo. Por lo recolectado durante mis pláticas y entrevistas con la población de URC, son escasas las oportunidades en que un hombre detenido es acompañado («*seguido*») por su cónyuge o novia durante toda su condena. La excepción suele ser que una pareja afectiva sostenga la compañía y el seguimiento –con todas sus implicancias– durante todo el lapso del encierro. En sincronía con lo destacado en la mayoría de los testimonios, los varones detenidos estipulan que las parejas “los siguen” por un tiempo, pero que eventualmente desisten: por la soledad, por condicionantes económicos y también por el costo social que les significa el encierro. Los varones detenidos sobre esta faceta de la visita, declaran que:

«*Ugarte:* En parte sí, a mi mamá le dije que no venga más. Porque siempre que venía a visita se ponía mal.

Millo: [...] me pasó eso, ¿viste? Los primeros meses cuando caí en cana me venía a ver mi suegra, mi cuñado, con la mujer, con la hija. A los primeros meses. Ya después del año viste...

Javier: Bien. ¿Y alguno de ustedes estaba en pareja al quedar detenido?

Juanma: Sí, yo tenía dos novias. Una se volvió con el ex y la otra me siguió [...] Y la otra me siguió un tiempito y después se cansó. Porque justo caí en pandemia, y me dijo que ella necesitaba tener una vida activa.

Javier: Y una vez que cayeron presos y estaban juntados, ¿se separaron?

Barba: Sí, al año y medio.

Tino: Estaba separado. Y cuando se enteró que caí preso, vino. Siguió seis meses con las nenas.

Imanuel: Yo me separé en la calle y junté en la cárcel.

Javier: ¿Con la misma o con la otra?

Imanuel: Con otra. [...]

Brighton: Y porque, por ahí a veces la familia no te quiere, te dejan... Pero afuera pasan cosas. La vida continúa y nosotros estamos acá, detenidos en el tiempo.

Juanma: O se cansan directamente. [...] Es como que la arrastras a que esté presa con vos [...]

Pola: Me siguieron un tiempo hasta que me dijo 'Mirá que ya me está chupando la cárcel. Y no [...] No quiero, no puedo. Ya no es para mí esto.'

Barba: No, dijo que se cansó, ya fue. [...] 12 años estuve juntado. Y no bancó, yo sabía igual.

Pola: Se cansan de [...] Se cansó de estar ahí.»

Seguido de esos diálogos el Polaco espeta la frase «*Y tenés que poner en balanza también*» que refiere a todo lo invertido, realizado y atravesado por estas personas que optan por otro estilo de vida y estar acompañadas por otros hombres. Estas declaraciones reafirman que la cárcel y sus lógicas del encierro llegan a los barrios y a las familias: la condena se extiende y se «*familiariza*». Similarmente, otro entrevistado apunta su reflexión sobre el compromiso con su pareja, y lo trascendente que este compromiso, su contención y acompañamiento se restituye.

«*Juanma:* Eso me pasó a mí. Yo en el transcurso de la condena. Me vi con cuatro minas. [...] Venían. Una bancó¹⁸ seis meses. [...] Y ahora lo último que estoy con mi señora. Ella vino y me planteó que quería algo serio, que si iba a estar conmigo que no quería boludear. Que ella no me iba a fallar. Que iba a venir. Que iba a estar. Y me demostró otra cosa. Me cambió el pensamiento. Me di cuenta que no necesitaba ni droga ni mercadería ni nada, sino más que una compañera. Porque no se basaba solo en las cosas lindas o ricas que me traía, en el hecho de que se tome el trabajo, como dicen los pibes, de comerse la hora de viaje; del frío; acarrear las bolsas... Para verte un ratito.

¹⁸ Entre tantas paráfrasis del mundo carcelario, «bancar» es un sinónimo de «seguir» en referencia al acompañamiento y sostén familiar desde el medio libre.

Javier: Sí, lo hablamos el otro día que te dijo ‘Voy a comprar la carne que está lloviendo...’¹⁹.

Juanma: Es muy valorable de este lado porque vos decís ‘la concha la lora, yo estoy acá tirado en la cama. Esperando que sean las seis para ir a bañarme. Y la chabona está despierta a las cinco de la mañana arreglándose, que va a venir un par de horas’.»

Los varones encarcelados listan y expresan diferentes atributos o ideas deseables en las mujeres, persiguiendo esta idea de “*formar familia*”. Existen ciertas categorías nativas y cotidianas que suelen estar fuertemente vinculadas al género femenino, categorías que son homologables e intercambiables y explican el mundo de aquellas personas que no se relacionan con la delincuencia, que «*no hablan tumbero*» o «*villero*» y que cumplen otros requisitos que les distinguen y diferencian de la cultura delictiva. Estas son “*ser sano*”, el adjetivo “*bien*”, “*derecho*” o “*derechito*”, y son las “*pibas sanas*” quienes condensan esas categorías. Sobre esta distinción, yo interrogo a los entrevistados sobre ella y sus «*requisitos*», fuertemente ligados con el hogar, la familia, lo privado y el trabajo.

«*Javier:* ¿Qué es lo sano que dijeron, una piba bien?

Pola: Que trabaje, de casa, que no se drogue.

Barba: Una piba trabajadora, de familia, que no se droga.

Pola: Que no tenga ese vocabulario, digamos.

Barba: Un acento villero.

Pola: Que no quiera estar tumbándose. Una piba sana.

Javier: ¿Las pibas sanas pueden ser tóxicas también?

Pola: Sí, no...

Javier: No quita una cosa a la otra

Pola: Una piba sana, que trabaja...

Juanma: Que no esté involucrada en el sistema de la delincuencia... [...]

Juanma: Que sea de familia

Javier: ¿Qué significa eso?

Juanma: Una piba familiar, ¿entendés? Que tenga otros valores. Que no esté tan... Viste que hoy en día las pibas son callejeras²⁰, les gusta la joda, estar con las amigas.

¹⁹ Una nota textual de este momento inicial previo a la entrevista con Juanma es la siguiente: «*me estaba por “poner el moño”, como dicen acá, con una piba re rica. Pero mirá este mensaje. Es de la chica que me sigue hace 2 años. ‘Me tengo que apurar a comprar la carne porque va a llover’. Con lluvia y todo, ella me sigue*». “Ponerse el moño” indica ofender a alguien o transgredir una regla; en este ejemplo, ser infiel con su pareja.

²⁰ Siguiendo a Nebra (2023), la calle da cuenta de un lugar y de ciertos tipos de prácticas, con un lado valorativo que permite apropiarse del espacio público y configura espacios de vida alternativos a otros donde se viven experiencias indeseadas. Ferreccio (2017) expone que “*la vida callejera*” es entendida entre las personas detenidas y sus familias como una vida fuera del seno familiar y que está innegablemente ligado a “*las malas juntas*” (p. 184) que propician prácticas delictivas.

Y después hay pibas que le gusta más, no sé, salir a la colectora a tomar un mate, ir a visitar a las tías, más de familia.

Javier: Y tranca...

Immanuel: Que no le deje el pibe a su mamá y se vaya de joda. Que diga ‘no, tengo mi criatura. Me quedo en casa’, ¿entendés?»

De una forma comparable, Federico cuenta cómo su ex-pareja y madre de su hijo, pasó a ser una «piba sana». Incluso comenta que su ex-suegra le sigue agradeciendo y que le tiene mucho cariño a él, por “dejarle” a la hija “derecha”.

«Fede: Yo dije que no me servía una mujer drogadicta. Porque si yo ya era drogadicto y una mujer drogadicta, no íbamos a llegar ni a la esquina (...) Y bueno, dejó todo. Dejó todo, cambió, se hizo una ama de casa.»

El ideario alrededor de las “*pibas sanas*”²¹ parece reafirmar o rigidizar el paradigma familista de cuidados, como además los roles de géneros tradicionales. Los varones detenidos denotan una aspiración por ser «*seguidos*» o «*formar familia*» con mujeres con estas características, y sostengo que puede ser funcional a seguir manteniendo cierto estilo de vida (Jones, 2022). Estando acompañados de estas mujeres, hay ciertas “*garantías*” para estos hombres en que gran parte de la crianza y los trabajos de cuidados los llevarán adelante esas mujeres con hábitos y comportamientos «*sanos*», alejadas tanto del mundo de la delincuencia y del circuito carcelario, como del ámbito público. Por ello, Ugarte afirma que son más «*fieles*» y Federico esboza que se pueden encargar de la casa (en sus palabras, ser «*una ama de casa*»), fortaleciendo los roles que históricamente se le han asignado a lo femenino y a las mujeres.

Con esto en consideración, queda claro que las “*pibas sanas*” representan un nexo con el medio libre alejado de elementos típicos de la cárcel, dado que se les caracteriza como independientes y «*sanos en todos los sentidos*». Sin hábitos de consumo de sustancias, sin hábitos de vida nocturna y que no conocen la cárcel —es decir, que no tienen familiares detenidxs, y/o que no visitaron a personas detenidas en relaciones amorosas— pero ésto implica entonces una familiarización de la condena diferente. La investigación que da pie a este artículo indica que la enorme mayoría de los varones entrevistados tienen una vinculación temprana con el sistema penal, tanto por tener familiares encarceladxs como por la masculinización del conflicto penal (Nebra, 2023). Dicho ésto, para las familias de los participantes de URC entrevistados, la cárcel (bonaerense en este caso) y sus lógicas, no conforma un hito novedoso en sus vidas, y por contraposición, las “*pibas sanas*” no están en esas mismas circunstancias. Dado que suele ser el primer acercamiento con el sistema penal, «*la familiarización de la pena*» se torna más evidente y por ende, menos soportable. Por tanto, los jugadores argumentan que son “*las primeras en cansarse*”, dada esta implicación de la cárcel y sus efectos. En el discurso de Ugarte ésto queda esclarecido:

«Ugarte: Sana en el sentido que [...] nunca pasó por un tema así. De estar con alguien que estuvo preso. De estar con una pareja que sea así como nosotros, bardo. ¿Entendés? Son más fieles. Pero bueno son las primeras que se cansan, al no vivir

²¹ La alteridad masculina de las “*pibas sanas*», es decir, cuando esos atributos los cumplen los varones, se los contrasta con otras categorías, como «*caretas*», y en algunas instancias, el adjetivo se transforma a «*derechito*».

toda la experiencia esta, todo, son las primeras que dicen cuando pasan los 6 meses: ‘estoy cansada’, ‘esto no es para mí’.»

Se construye esta caracterización de las “*pibas sanas*” anhelada y en cierta forma contrapuesta con la historia de vida «*típica*» de los varones encarcelados, como indica el recorte anterior, de personas que son «*bardo*». Las trayectorias de vida ligadas a la «*calles*», la «*noche*» y las prácticas delictivas implican una socialización carcelaria, sobretudo pensando en las crianzas en barrios con cotidianas intervenciones policiales, el público consumo de sustancias y el ineludible contacto con la cárcel por vecinxs o familiares detenidxs. Estos recorridos comunes y frecuentes por los varones entrevistados difieren sustancialmente con aquellos de estas mujeres que rotulan como las “*pibas sanas*”. La socialización carcelaria que para ellos es parte de sus vidas desde edades tempranas, muchas veces con visitas a cárceles e ingresos a comisarías (Ferreccio, 2017; Medina, 2018; Nebra, 2023), tiene un decidido impacto sobre quienes no acostumbran a relacionarse con la cárcel y sus lógicas. Así, más de un detenido entrevistado argumenta que las “*pibas sanas*” no toleran el acompañamiento durante mucho tiempo, es decir, no toleran la socialización carcelaria y la «*familiarización*» de la pena.

7. Reflexiones en torno a estos hallazgos

Para concluir, es necesario retomar lo aportado por Comas-d’Argemir (2016) y Mancini (2021) sobre el rol del Estado como aquel que ejerce su control y el castigo sobre las familias, dado que se hacen efectivas las privaciones de la libertad pero no se concretan vías para acompañar a las familias en los esfuerzos que realizan. Las condiciones de vida en las cárceles son los síntomas de una desresponsabilización del Estado, que desemboca en una implícita familiarización de los cuidados y la provisión material. La desigualdad y las problemáticas que las familias atraviesan se agudizan en tanto están cada vez más obligadas a reacomodar sus vidas y sus ingresos hacia la cárcel.

Asimismo, el modelo de trabajo de Fundación Espartanos propone una convivencia sustentable con bajos niveles de violencia, impacta en la familiarización de la condena y la extensión de los efectos no deseados del encierro, ya que hay menores niveles de malestar y estas familias no deben procurar incesantemente dinero, celulares, ropa y otros bienes que se disputan en otros pabellones con lógicas cotidianas de interacciones a través de la violencia. El caso de Unión Rugby Club ilustra, en sus testimonios y en las prácticas sostenidas durante los años por su población y sus referentes, que es posible lograr prácticas de solidaridad, de cuidado y contención grupal. Estas lógicas son colectivas en estos pabellones porque las entrelazan con una idea de equipo y unión, propia del “*club*”, y decididamente entonces, del rugby. La disminución de la violencia posibilita una proyección a futuro de una estadía carcelaria o condena más estable (con menos luchas y amplio diálogo), con gastos compartidos, elementos y bienes de consumo que se comparten o prestan.

Queda en evidencia la difusión de la categoría de “*pibas sanas*” y el consenso sobre lo “*apropiado*” de la misma devela algunas ideas sobre los atributos de la feminidad y lo que buscan los varones detenidos entrevistados en las mujeres. Se trata de una construcción de nuevas visitas persiguiendo mujeres con ciertos ideales sobre la crianza, los cuidados y una escasa socialización carcelaria (Ferreccio, 2017), estrechamente ligado a una feminización de los cuidados y de la visita. Este hecho es uno de muchos que dan cuenta de la manifestación del paradigma familista.

Queda manifiesto en los discursos de los varones entrevistados los anhelos de ser visitados por mujeres que estén alejadas del circuito carcelario y delincucional (Rodríguez Alzueta, 2015). Relatan que no es habitual relacionarse con estas mujeres que no tienen vínculos previos con el sistema carcelario y que muchas veces no “soportan” los cuidados y el desgaste que implica el acompañamiento a un varón detenido (los efectos extendidos del encierro hacia ellas). Sin embargo, lo que anhelan son mujeres que estén dispuestas a realizar los sacrificios, los gastos y soportar los efectos no deseados del encierro, depositando así una cualidad valorable en tanto reproducen un rol de cuidadoras incansables y pilar de sostenimiento familiar. Proyectan entonces un futuro con esas mujeres como ideales para “*formar familia*”.

Por ello es que es posible reflexionar sobre una relación entre el sostenimiento y la reproducción del paradigma familista con la feminización de los cuidados en los contextos de encierro. Esta discusión está largamente relegada, y atañe tanto a la familia comprendida como aquella consolidada durante el encierro como a la familia de crianza de la persona detenida. Es necesario dar discusiones para crear programas que hagan más efectivas las inversiones en bienestar dentro de las cárceles, tendientes a una posible reinserción (Fernández Díaz, 2015), reconociendo las vías y acompañamientos ya existentes de las familias. Si existiesen formas de encauzar la provisión que realizan esas familias y mejorar las condiciones de vida de las cárceles, se lograría desfamiliarizar la provisión de cuidados (Comas-d’Argemir, 2016) y virar la tendencia de la relación de la cárcel con las redes familiares, a desfavorecer el paradigma familista.

8. Bibliografía

- Aguirre, R. (2007). Los cuidados familiares como problema público y objeto de políticas. CEPAL. (Trabajo presentado en el seminario realizado el 28 y 29 de junio de 2005).
- Ángel, L. A. (2021). El rol del “limpieza” y los pabellones de “población” en la construcción social del orden carcelario. En V. Ferreccio (Comp.), *Papeles de CICSA: Investigaciones especiales en las cárceles 2016-2020* (pp. 22–34). UNR Editora.
- Arriaga, V. R., & Luna, P. E. (2023). Impacto de los estereotipos de género en condiciones de privación de la libertad. Iztapalapa. *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (94), 1–23.
- Bazzoni, C., & Cicerchia, M. L. (2022a). Las visitantes. Historias de mujeres que cuidan a los presos [Informe especial *Revista La Capital*]. Juan Escobar, Editor. Recuperado de <http://df.lacapital.com.ar/lasvisitantes/site/>
- Bessone, N. M. (2020). La justicia penal frente a la conflictividad carcelaria en épocas de pandemia. En LESyC, ASJP & APP (Comps.), *Pandemia y justicia penal. Apuntes actuales para discusiones emergentes* (pp. 1–15).
- Bourgois, P. (2010). *En busca del respeto: Vendiendo crack en Harlem*. Siglo Veintiuno Editores.
- Bover, T. (2023). Sobre la reincidencia penitenciaria bonaerense: Entre la recirculación penitenciaria y la expansión punitiva. *Revista Escuela Judicial*, (4), 1–25.
- Calandra, N., Díaz, D., Marrello, P., Paleo, A., Palumbo, C., & Senatore, A. (2021). *Feminización de la pobreza y feminización del encierro*. Primer Congreso

- Latinoamericano de Trabajo Social de la UNVM. VII Jornadas Regionales de Trabajo Social IAPCS.
- Casco, P., & Maccarrone, L. (2022). El impacto de la cárcel en las mujeres familiares y las afectaciones a sus derechos humanos. Red Internacional de Mujeres Familiares de Personas Privadas de la Libertad.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2011). Mujeres en prisión: Los alcances del castigo. Siglo Veintiuno Editores.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2021, 13 de mayo). La CSJN le ordenó a la suprema corte bonaerense que tome medidas de fondo contra el hacinamiento en el sistema carcelario. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-csjn-le-ordeno-a-la-suprema-corte-bonaerense-que-tome-medidas-de-fondo-contra-el-hacinamiento-en-el-sistema-de-encierro/>
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2022, 12 de mayo). Sobrepoblación en cárceles bonaerenses: Para la suprema corte provincial, las personas privadas de su libertad están viviendo en un “estado de cosas inconstitucional”. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2022/05/sobrepoblacion-en-carceles-bonaerenses-para-la-suprema-corte-provincial-las-personas-privadas-de-su-libertad-estan-viviendo-en-un-estado-de-cosas-inconstitucional/>
- Chironda, R. (2021). Mujeres familiares de personas privadas de su libertad y reproducción de la vida: Un análisis de las visitas desde la economía del cuidado. XII Jornadas de Investigación, Docencia, Extensión y Ejercicio Profesional (pp. 697–702).
- Comas-d'Argemir, M. D. (2016). Hombres cuidadores: Barreras de género y modelos emergentes. *Psicoperspectivas*, 15(1), 1–12.
- Comisión Provincial por la Memoria (CPM). (2021). Los traslados como práctica de tortura en las cárceles bonaerenses. Comisión Provincial por la Memoria.
- Comisión Provincial por la Memoria (CPM). (2022). Informe anual 2022: El sistema de la crueldad XVI: Sobre lugares de encierro, políticas de seguridad, salud mental y niñez en la provincia de Buenos Aires. Coordinación general: R. Cipriano García & S. Raggio. Comisión Provincial por la Memoria.
- Daroqui, A., Anguillesi, C., Cesaroni, C., Fridman, D., Maggio, N., Mosconi, G., Mouzo, K., & Rangugni, V. (2006). Voces del encierro: Mujeres y jóvenes encarceladas en la Argentina. Una investigación sociojurídica. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Di Carlo, M. J. (2016). ¿Clasificar o castigar? Un estudio sobre el rol de los profesionales en el Servicio Penitenciario Bonaerense (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Quilmes, Argentina.
- Dughetti, L. A. (2019, 6 de mayo). “La sociedad de los cautivos”: Los defectos del sistema penitenciario bonaerense. *Revista Pensamiento Penal*.
- Fernández Díaz, C. R. (2015). Las relaciones del interno con el mundo exterior y su importancia para la reeducación y reinserción social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(07), 1–26.
- Ferreccio, V. (2014). El espacio corporal como espacio de sospecha: Los familiares de detenidos frente a la requisa corporal. *Delito y Sociedad*, 39(1), 50–71.

- Ferreccio, V. (2017). *La larga sombra de la prisión: Una etnografía de los efectos extendidos del encarcelamiento*. Prometeo Libros.
- Ferreccio, V. (2021). La prisión hétero-determinada: La participación del “afuera” en la construcción del orden carcelario. En V. Ferreccio (Comp.), *Papeles de CICSA: Investigaciones especiales en las cárceles 2016-2020* (pp. 35–48). UNR Editora.
- Fuentes, S. G. (2021). *Cuerpos de elite: Educación, masculinidad y moral en el rugby argentino*. Prometeo Libros.
- Fundación Espartanos. (2023). Folleto informativo – Presentación. Fundación Espartanos.
- Galvani, I. H. (2015). En busca de respeto en el penal: Conversaciones con el personal subalterno del SPB. En E. Rodríguez Alzueta et al. (Comps.), *Circuitos carcelarios: Estudios sobre la cárcel argentina* (pp. 173–200). Universidad Nacional de La Plata. (Trabajo original publicado en 2012).
- Galvani, I. H. (2016). *Entre la arbitrariedad y la inflexibilidad: El personal penitenciario bonaerense y su relación con las reglas* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de San Martín. Repositorio Institucional UNSAM.
- García Vita, M. del M. (2015). *Redes de apoyo y entornos sociofamiliares en mujeres reclusas: Análisis de las relaciones con las drogas, el acompañamiento en prisión y los procesos hacia la reinserción social* (Tesis de licenciatura). Universidad de Granada.
- Germán, B. (2015). “Ser tumbero y ser humano”: Las identidades en las cárceles bonaerenses a partir de las experiencias en educación y trabajo. En E. Rodríguez Alzueta et al. (Comps.), *Circuitos carcelarios: Estudios sobre la cárcel argentina* (pp. 201–220). Universidad Nacional de La Plata.
- Goffman, E. (2001). *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu. (Trabajo original publicado en 1961).
- Grassi, E. (1996). La familia: Un objeto polémico. Cambios en la dinámica de la vida familiar y cambios en el orden social. En M. R. Neufeld et al. (Comps.), *Antropología social y política. Hegemonía y poder: El mundo en movimiento* (pp. 101–125). EUDEBA.
- Herrera, F., Aguayo, F., & Goldsmith Weil, J. (2018). Proveer, cuidar y criar: Evidencias, discursos y experiencias sobre paternidad en América Latina. *Polis. Revista Latinoamericana*, 50, 1–12.
- Hoyos González, P., Gutiérrez Gallardo, N. P., Santoyo Ramos del Carmen, C., & Escobedo Conde, F. J. (2022). En el calvario del encierro penitenciario: Análisis metafórico y esbozo de acompañamiento psicosocial a partir de las experiencias de mujeres familiares de personas privadas de la libertad en Jalisco. *Psicología Iberoamericana*, 30(3), 1–15.
- Ibàñez i Roig, A., & Pedrosa, A. (2018). Cárcel y familiarismo: ¿Usamos a las familias como agencias de reinserción? *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 16, 1–17.
- Jelin, E. (2012). La familia en la Argentina: Trayectorias históricas y realidades contemporáneas. En V. Esquivel, E. Faur, & E. Jelin (Comps.), *Las lógicas del cuidado infantil: Entre las familias, el Estado y el mercado* (pp. 45–72). IDES.

- Jelin, E. (2017). Familia: Un modelo para desarmar. En E. Faur (Comp.), *Mujeres y varones en la Argentina de hoy* (pp. 51–74). Siglo Veintiuno Editores.
- Jones, D. (2022). Varones en deconstrucción: Límites y potencialidades. En D. Jones (Comp.), *La masculinidad*. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Lamas, M. (2018). División del trabajo, igualdad de género y calidad de vida. En M. Ferreyra (Comp.), *El trabajo de cuidados: Una cuestión de derechos humanos y políticas públicas* (pp. 12–23). ONU Mujeres.
- Ley N.º 24.660. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Liberatore, C. (2022). La incidencia del acercamiento de actores sociales participantes del medio libre al individuo en contexto carcelario y sus efectos en el surgimiento de la preocupación por el otro (Tesis de grado). Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- Mancini, I. (2021). Las vidas de las madres de los detenidos en el AMBA. En V. Ferreccio (Comp.), *Papeles de CICSA: Investigaciones especiales en las cárceles 2016-2020* (pp. 158–176). UNR Editora.
- Medina, F. (2018). Recorridos frecuentes: Una perspectiva etnográfica sobre las interacciones de jóvenes en el barrio, las comisarías y los tribunales de justicia en Santiago del Estero, Argentina. *Dilemas: Revista de Estudios del Conflicto y el Control Social*, 3(11), 453–473.
- Mendizábal, N. (2007). Los componentes del diseño flexible en la investigación cualitativa. En I. Vasilachis (Coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (pp. 65–105).
- Messina, L., & Varela, C. (2011). El encuadre teórico-metodológico de la entrevista como dispositivo de producción de información. En *Epistemología fronteriza: Puntuaciones sobre teoría, método y técnicas en ciencias sociales*. EUDEBA.
- Míguez, D. (2007). Reciprocidad y poder en el sistema penal argentino: Del “pitufeo” al motín de Sierra Chica. En A. Isla (Comp.), *En los márgenes de la ley: Inseguridad y violencia en el Cono Sur*. Paidós.
- Montero, M. E. (2021). *Carcelandia: Una etnografía sobre masculinidad y “gubernamentalidad” en un penal del conurbano bonaerense* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de San Martín. Repositorio Institucional UNSAM.
- Motto, C. (2012). Los usos de la violencia en el gobierno penitenciario de los espacios carcelarios. *Cuestiones en Línea*, 1(36), 69–80.
- Nebra, J. (2023). Los pibes en el barrio: Juventudes, territorio y políticas sociopenales desde un enfoque interseccional. La Hendija Ediciones.
- Oleastro, I. (2018). Derecho a sentir: Visita íntima y sexualidades en cárceles de varones de la Provincia de Buenos Aires. *Etnografías Contemporáneas*, 4(8), 123–140.
- Oleastro, I. (2022a). Una cuestión de imagen: Un estudio sobre masculinidades en cárceles bonaerenses. En I. H. Galvani (Coord.), *Etnografías de las cárceles bonaerenses* (pp. 219–254). Universidad Nacional de La Plata.

- Oleastro, I. (2022b). Poner el cuerpo: Una etnografía de la experiencia política en cárceles de varones en la provincia de Buenos Aires (Tesis doctoral). Universidad Nacional de San Martín, EIDAES.
- Pautassi, L. (2018). El cuidado: De cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción. En M. Ferreyra (Comp.), *El trabajo de cuidados: Una cuestión de derechos humanos y políticas públicas* (pp. 175–188). ONU Mujeres.
- Pereyra Iraola, V. (2016). (In)movilidades en torno al espacio carcelario: Relaciones de género y gobernabilidad en cárceles federales en Buenos Aires, Argentina. *Revista Transporte y Territorio*, (16), 93–111.
- Pérez Correa, C. (2015). Las mujeres invisibles: Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres (Documento para discusión N.º IDB-DP-405). Banco Interamericano de Desarrollo.
- Piscitelli, J. (2024a). La familia dentro y fuera de los muros: Familia y masculinidades dentro de espacios deportivos en cárceles bonaerenses (Tesina de trabajo social). Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Piscitelli, J. (2024b). Efectos y usos de los celulares en cárceles bonaerenses en la post-pandemia: La experiencia de los “clubes” de rugby en la unidad N.º 46 de San Martín. *Revista Pensamiento Penal*.
- Politano, P. (2019). Las penas son compartidas: La extensión del castigo hacia el núcleo familiar de personas privadas de su libertad. *Actas de Periodismo y Comunicación*, 5(1).
- Pombo, M. G. (2010). El trabajo doméstico y de cuidados no remunerado desde la perspectiva de las mujeres del Barrio Charrúa: Desigualdades y resistencias en el ámbito de la domesticidad y la reproducción. *Prácticas de Oficio: Investigación y Reflexión en Ciencias Sociales*, (6).
- Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN). (2019). Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro. Procuración Penitenciaria de la Nación.
- Rodríguez Alzueta, E., & Viegas Barriga, F. (2015). Circuitos carcelarios: Estudios sobre la cárcel argentina. Universidad Nacional de La Plata.
- Rodríguez Enríquez, C., & Marzonetto, G. (2015). Organización social del cuidado y desigualdad: El déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina. *Perspectivas de Políticas Públicas*, 4(8), 103–134.
- Santillán, L. (2009). Antropología de la crianza: La producción social de “un padre responsable” en barrios populares del Gran Buenos Aires. *Etnográfica*, 13(2), 265–289.
- Sennett, R. (2003). *El respeto: Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*. Editorial Anagrama.
- The Urban Institute. (2005). Examining the effect of incarceration and in-prison family contact on prisoners’ family relationships. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21(4), 313–335.

Tryon, A. (2020). Keep the family close: Analyzing the impact of family visitation on outcomes for young adult offenders. *Administrative Law Review Journal*, American University.

Hacia una noción conceptual de los delitos informáticos en el Derecho penal argentino

Juan Ignacio Díaz¹

Resumen

En este trabajo se analizarán las distintas definiciones y clasificaciones de los delitos informáticos, con el fin de proponer una noción conceptual uniforme en el derecho penal argentino. Se relevará la normativa nacional e internacional vigente, dado que el Código Penal argentino no contempla una definición ni un título específico sobre esta materia. El objetivo es establecer una definición clara y operativa que oriente la competencia y la investigación penal especializada. En definitiva, se busca arribar a una conclusión crítica y fundamentada sobre la conceptualización de los delitos informáticos en el ámbito de la criminalidad cibernética.

Sumario

1. Introducción | 2. La normativa nacional e internacional referente a los delitos informáticos | 3. Los diferentes conceptualizaciones y clasificaciones de los delitos informáticos | 4. Hacia una definición y clasificación de los delitos informáticos | 5. El estado actual de los delitos informáticos en el Código Penal argentino | 6. Propuesta de reforma al Código Penal: «delitos informáticos» | 7. Conclusión | 8. Referencias bibliográficas.

Palabras clave

Código Penal de la Nación – delitos complejos – delitos informáticos – criminalidad cibernética – reforma legislativa

¹ Abogado, especialista en derecho penal, especialista en docencia universitaria; profesor adjunto de derecho penal especial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC), Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina. Correo electrónico: juanignaciodyazok@gmail.com
El presente trabajo surge en el marco del Proyecto de Investigación: «Un Análisis Constitucional de los Delitos Informáticos en el Código Penal Argentino» (UCP, Resolución N° 920/23, Fecha: 23/11/2023), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC), Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina. Agradezco especialmente la colaboración y la destacada contribución a la Dra. Adriana Belén Pujol en el desarrollo del presente trabajo.

1. Introducción

En el presente trabajo se abordarán las distintas definiciones y clasificaciones de los delitos informáticos² a fin de llegar a una noción conceptual uniforme en el derecho penal argentino. En ese marco se efectuará un relevamiento de la normativa nacional e internacional referente a la temática de los delitos informáticos. Este estado de cosas a indagar resulta importante debido a que el Código Penal argentino no brinda una definición de delitos informáticos, ni tampoco existe en dicho cuerpo normativo un título dedicado exclusivamente sobre este tema.

La finalidad de este trabajo no es solamente teórica, sino también práctica. Se busca alcanzar una noción conceptual de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, delimitando su alcance y contenido indispensable para orientar y determinar la competencia necesaria para llevar a cabo una correcta investigación penal especializada.

Al mismo tiempo, resulta importante diferenciar cuando estamos frente a un delito ordinario (homicidio, lesiones, abuso sexual, robo, etc.) y un delito informático. Determinar la existencia de un delito informático y su tipo permite entre otras cuestiones: a) que la recolección de evidencia digital esté confiada a organismos especializados en la temática (fiscalías especializadas en cibercriminales³; fuerzas de seguridad y policiales⁴, etc.); b) utilizar herramientas exclusivas para garantizar una adecuada seguridad informática; c) asegurar la intimidad personal, privacidad y datos de la presunta víctima.

Por otro lado, la informática es un tema cada vez más importante en la sociedad actual, ya que el aumento de la tecnología y su impacto en las vidas de las personas resulta sustancial, y casi imprescindible. Hoy, por ejemplo, los relevamientos nos muestran que existen más celulares -en funcionamiento- que personas en Argentina⁵. El celular con acceso a internet y las diferentes aplicaciones (apps) se han convertido en un brazo más del individuo para vivir.

En el mundo de la informática se encuentran todas las posibilidades, ya sea para realizar trabajos remotos (home office) y también para lesionar o dañar a personas, inclusive para lucrar de forma ilícita. En este submundo, llamado «*ciberspacio*», surgen los «*ciberdelincuentes*» que con el correr de los años fueron desarrollando sus habilidades técnicas para cometer distintas clases de delitos. Un dato, el derecho penal en este campo viene corriendo de atrás, es decir que existen varias conductas no tipificadas en el Código Penal, o bien que datan de una reciente sanción positiva.

En efecto, se ha señalado que la delincuencia informática tiene varios años de gestación, desarrollo y práctica. Dichas prácticas están destinadas generalmente a lucrar de forma no convencional, es decir, de una forma no legal (ilícita). En conclusión, los

² Indistintamente, se emplearán como sinónimos de «*delitos informáticos*» las expresiones: «*ciberdelitos*», «*delitos cibernéticos*», «*delitos electrónicos*», «*delitos telemáticos*», «*delitos computacionales*» y «*delitos del ciberspacio*».

³ En Argentina, mediante la Resolución PGN N.º 3743/15, el Ministerio Público Fiscal de la Nación creó la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECI), organismo encargado de la prevención, detección e investigación de delitos informáticos. Recuperado el 01/05/2024 de: <https://www.mpf.gob.ar/ufeci/>

⁴ A través de la Resolución N.º 234/2016, el Ministerio de Seguridad aprobó el *Protocolo General de Actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad en la Investigación y Proceso de Recolección de Pruebas en Ciberdelitos*. Recuperado el 02/05/2024 de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-234-2016-262787>

⁵ Según un informe periodístico, «Argentina tiene 59 millones de celulares activos: 9 de cada 10 son prepagos» (*Cadena 3*, 01/06/2024). Recuperado de: https://www.cadena3.com/noticia/tecnologia/argentina-tiene-59-millones-de-celulares-activos-9-de-cada-10-son-prepagos_356551

delitos informáticos ya son parte del fenómeno criminal, no obstante, no deja de sorprender cómo viene creciendo la ciberdelincuencia (Temperini, 2018).

Retomando, la dogmática penal se ha encontrado con un novedoso desafío que es definir y clasificar las modalidades delictivas que se dan en el círculo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). En este sentido, las llamadas TIC se han definido como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones (app), redes y medios que admiten la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como, por ejemplo: voz, datos, texto, video e imágenes, etc.⁶

En términos generales, se entiende con razón que el delito informático es aquella acción ilícita que se realiza usando los medios de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Estos delitos pueden ser variados y comprenden desde el robo de datos personales hasta la violación de la intimidad, traspasando por el daño informáticos de un sistema de datos, así como también el acceso no autorizado a sistemas informáticos. En este contexto, se debe expresar que no existe uniformidad en la definición de delitos informáticos, ni tampoco en su clasificación como tal.

Con la finalidad de diferenciar la criminalidad cibernética en el ámbito del derecho penal, se establecerá una definición y clasificación de los delitos informáticos, basándose en las responsabilidades que Argentina ha adquirido para prevenir, investigar, reprimir y erradicar este tipo de delitos. En definitiva, el propósito es arribar a una conclusión razonada y crítica sobre la conceptualización de los llamados «delitos informáticos» en el derecho penal argentino

2. La normativa nacional e internacional referente a los delitos informáticos

En Argentina, el Código Penal de la Nación fue sancionado en el año 1921 y entró en vigencia en 1922, con el devenir de los años el cuerpo normativo mencionado ha sufrido innumerables modificaciones. Estas reformas del Código Penal obedecieron a diferentes motivos, entre ellas, obligaciones internacionales que el Estado argentino se ha comprometido a cumplir.

Así, el Convenio sobre Cibercriminalidad registrado en Budapest el 23 de noviembre del año 2001, fue incorporado al ordenamiento jurídico argentino a través de la Ley N° 27.411, y publicado en el Boletín Oficial el 15 de diciembre del año 2017.

Al respecto, ha explicado Flores Cáceres (2023) que el «Convenio de Budapest» se localiza por ser el primer instrumento legal de carácter internacional relacionado a los delitos informáticos. Dicho tratado internacional aborda la ciberdelincuencia, así como también los ciberdelitos determinando medidas de prevención, investigación y sanción.

En este contexto, emergen los denominados delitos informáticos en el ámbito del derecho penal argentino. A diferencia de los delitos tradicionales, que suelen desarrollarse en territorios donde las circunstancias son fácilmente identificables, los delitos telemáticos ocurren en el ciberespacio, un entorno caracterizado por la interconexión de redes que lo hacen universal. Esta naturaleza virtual de los ciberdelitos presenta un

⁶ Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM). (s.f.). *¿Qué son las TIC y para qué sirven?* Recuperado el 10/05/2024 de: https://www.enacom.gob.ar/tic/que-son-las-tic-y-para-que-sirven_n1887

desafío significativo, ya que dificulta la identificación y determinación de los hechos ilícitos.

John Lennon, en la canción «*Imagine*», relató que imaginemos un mundo donde no haya países, donde el mundo sea uno, (...) imagina toda la gente compartiendo todo el mundo⁷. Bueno, con el internet se ha creado un mundo espacial, un ciberespacio, rompiendo las fronteras y límites entre las personas, es eso, el mundo compartiendo todo, desde su vida, libertad, intimidad, privacidad, información, comunicación, trabajo, operaciones económicas, negocios, etc., de forma inmediata y sin barreras entre los individuos que interactúan entre sí. Inclusive, con los móviles celulares y los bajos costos para acceder a internet permiten de forma accesible la comunicación y relación entre los individuos (ej.: Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, etc.), así como también cualquier actividad cotidiana (ej.: registros documentales, transferencias bancarias, firma de contratos, compraventa bienes y servicios, etc.).

Las ventajas son muy evidentes, ya que permiten una globalización significativa en el ámbito de las comunicaciones y la información en la sociedad. Pero, las desventajas también son palmarias debido a que resulta más fácil lesionar bienes jurídicos, sin riesgo casi para el criminal. En este contexto, el Convenio de Budapest propone una política criminal internacional, integral y ordinaria para todos los Estados, direccionada a prevenir conductas ilícitas que afecten los sistemas de información, redes, datos informáticos, integridad y confidencialidad, así como también el abuso de la informática, redes y datos para ejecutar otros delitos.

3. Los diferentes conceptualizaciones y clasificaciones de los delitos informáticos

Como punto de partida para comenzar a discutir sobre la noción de delitos informáticos, se debe explicar que la informática será el elemento central para la configuración del delito. Para el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo informático es el «conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores»⁸.

Por otra parte, la expresión «sistema informático» debe ser entendida como «todo dispositivo o grupo de elementos relacionados que realiza el tratamiento automatizado de datos, generando, enviando, recibiendo, procesando o almacenando información de cualquier forma y por cualquier medio» (Arocena, 2012, pp. 950-951).

Para entender lo mencionado, nos debemos referir al tratamiento automatizado de datos que no es otra cosa que la labor mecánica que realiza el dispositivo electrónico manejado por una persona física.

En la década de los noventa, la globalización, impulsada por los avances en tecnología y medios de comunicación, inició un proceso de expansión mundial. Este fenómeno se debió principalmente al surgimiento y popularización de Internet. El vocablo «*internet*»

⁷ La canción «*Imagine*» (Lennon, 1971), proveniente del álbum homónimo, es reconocida como una de las obras más populares e influyentes grabadas por John Lennon tras la disolución de The Beatles. Esta pieza, concebida e interpretada por el músico inglés, con letras coescritas junto a Yoko Ono a principios de 1971, propone una visión de un mundo sin fronteras ni divisiones, promoviendo la paz y la fraternidad universal.

⁸ Real Academia Española. (2001). Informática. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 15 de mayo de 2024, de <https://www.rae.es/drae2001/inform%C3%A1tica>

es de uso común dentro de la sociedad, cualquier persona sabe y conoce de qué se trata cuando su expresión resuena en sus oídos. No obstante, debido a su relevancia en la sociedad el Diccionario de la Real Academia Española define al término internet como la «*red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*»⁹.

Las ventajas y desventajas fueron advertidas originariamente en Europa, y posteriormente en la Latinoamérica. Los Estados, entre los que se distinguen Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia comenzaron a discutir sobre la delincuencia ciberespacial, y para delimitar las fronteras punitivas a tratar acuñaron la alocución «*delitos informáticos*», haciendo referencia a cualquier conducta ilícita ejecutada a través del uso de las redes informáticas (González, Bermeo, Villacreses & Guerrero, 2018).

En el Convenio sobre Ciberdelitos de Budapest (23/11/2001), en el Capítulo: «*terminologías*», se expresaron las siguientes definiciones: a) «*sistema informático*»: será todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos; b) «*datos informáticos*»: será toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función; c) «*prestador de servicio*»: será por un lado, toda entidad (pública o privada) que ofrezca a los usuarios sus servicios otorgando la posibilidad de comunicar a través de un sistema informático, por otro lado, cualquier otra entidad que trate o almacene datos informáticos para ese servicio de comunicación de sus usuarios; d) «*datos de tráfico*»: serán todos los datos que tienen relación con una comunicación por medio de un sistema informático, producidos por este último, en cuanto elemento de la cadena de comunicación, indicando el origen, el destino, el itinerario, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente (art. 1).

Aclarando estas nociones generales, debemos señalar que las modalidades delictivas se darán en el campo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Las denominadas TIC son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones (app), redes y medios que admiten la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información.

Según Aboso (2014) se ha distorsionado la categorización de los delitos informáticos, por ende, existe una aplicación errada de su conceptualización en la doctrina y jurisprudencia. Señala que, en esta categoría únicamente entran aquellas conductas caracterizadas por el empleo abusivo de una terminal que provoca daños económicos a terceros, o bien que consiente el ingreso ilegítimo a una base de datos, o también quien introduce un virus en el sistema informático. Para el mencionado autor esta noción es imprecisa y ambigua, ya que ciñe el término «*delitos informáticos*» a cualquier acontecimiento delictivo relacionado con la utilización de una terminal (dispositivo electrónico que se utiliza para interactuar con un computador).

Bajo esta perspectiva restringida del concepto de delitos informáticos se pretende generar una autonomía funcional en los citados ilícitos cibernéticos. Se destaca que los delitos informáticos tienen como características menoscabar la intimidad personal y la

⁹ Real Academia Española. (2001). Internet. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 11 de mayo de 2024, de <https://dle.rae.es/internet>

propiedad de terceros. Se puede deducir que las conductas ilícitas comprendidas son el ingreso ilegítimo a una base de datos, la utilización no autorizada de un ordenador, la destrucción de un sistema informático, la eliminación de la información almacenada a través del empleo de un virus o la interrupción temporal de dicho servicio, etc. (Aboso & Zapata, 2006).

Por su parte, el autor Flores Cáceres (2023) comparte la conceptualización de Morillas Fernández, quien adopta una tesis restrictiva, ya que considera que el vocablo delito informático debe hacer referencia a

«[...] cualquier acto ilegal que requiere del conocimiento de la tecnología informática para su perpetración, investigación y persecución, de tal forma que el empleo mismo del medio informático caracterice a la conducta, brindándose así una valoración autónoma al delito informático que le permite su diferenciación respecto de un ilícito penal común que utilice como medio de comisión a la computadora» (p. 89).

En una visión opuesta se encuentra Arocena (1997), quien considera que los delitos informáticos son aquellas modalidades criminales que usan un sistema informático como medio para la perpetración de distintos ilícitos, como cuando dicho sistema informático se transforma en el objeto de ataque.

En síntesis, para el autor Arocena (2012), el delito informático

«[...] es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal, conminado con pena y por el que el autor merece un reproche de culpabilidad, que, utilizando a los sistemas informáticos como medio comisivo o teniendo a aquellos, en parte o en todo, como su objeto, se vinculan con el tratamiento automático de datos» (p. 950).

Como se puede observar, existe también una perspectiva amplia sobre la conceptualización de los delitos informáticos, en la cual se coloca el foco no tanto en la protección del sistema informático en sí, sino en la modalidad delictiva producida en el ciberespacio. En definitiva, el concepto de delito informático (y/o ciberdelito) se construye alrededor del término «*sistema informático*», ya sea que dicho sistema informático sea el instrumento del delito (medio elegido por el autor a través del cual se ejecuta la acción típica), o bien su objeto de ataque (centro material sobre el cual se asienta la conducta típica del autor).

Una característica esencial de los delitos informáticos es su extraterritorialidad y su intemporalidad¹⁰. Se podría decir que no existen fronteras y que la delincuencia se ha globalizado, es decir, no es necesario que el autor del ilícito resida en el mismo territorio a la hora de efectuar la conducta criminal. La delincuencia cibernética actúa generalmente escondiendo su identidad y/o rostro, así como su accionar lesivo. Dichas conductas son llevadas a cabo por sujetos que actúan bajo un manto de impunidad y sobre seguro (sin

¹⁰ Al respecto, señala Arocena (2012) que, acorde al artículo 1 del Código Penal se aplica en lo referente a la validez espacial de la ley penal el principio de territorialidad, por ende, únicamente resultará aplicable de forma subsidiaria el principio real, de defensa o de protección del Estado.

En efecto, señala el Prof. Domínguez Henáin (s.f.) que la regla general es la territorialidad de la ley penal argentina respecto de las causas criminales; es decir, que este principio resulta aplicable a todos aquellos delitos cometidos dentro del territorio nacional. Ahora bien, cuando la norma del artículo 1 del Código Penal hace alusión al «territorio», esta no debe interpretarse en un sentido meramente geográfico, sino en un sentido jurídico. La redacción legal no es del todo clara y, en este contexto, se discute cómo debe interpretarse la expresión «lugar de comisión del delito» y de qué manera deben resolverse los casos denominados «delitos a distancia».

riesgo de ser atrapados por el sistema penal) producto de la propia naturaleza del ciberespacio.

Para esta posición, el sistema informático (y/o toda fuente de transmisión de datos) puede ser el medio para cometer otros delitos, por ejemplo: la tenencia de pornografía infantil con fines inequívocos de distribución o comercialización (art. 128, 3º párr., CP)¹¹; el delito de grooming (art. 131, CP)¹²; entre otros. Así como también puede ser directamente el sistema informático el centro de la agresión, así verbigracia: el delito de acceder ilegítimamente a un sistema o dato informático de acceso restringido (art. 153 bis, CP)¹³; el delito de daño informático (art. 183, 2º párr., CP)¹⁴, etc.

Por otra parte, la doctrina ha clasificado los delitos informáticos según el objeto de protección. Si el bien jurídico afectado se vincula con los datos o información automatizada a la que se accede de modo no autorizado, los llama delitos informáticos propios. En cambio, son delitos informáticos impropios aquellos en los que la informática es utilizada como medio para la comisión de un delito distinto de aquel de acceso no autorizado (Garibaldi, 2014).

En el derecho comparado, se han adoptado tres sistemas para regular los delitos informáticos dentro de un Código Penal, entre las que se destacan: 1) las legislaciones que lo hacen a través de una ley especial referida a la informática y tecnologías de la comunicación; 2) Otras legislaciones lo plasman en un título propio y específico dentro de los Códigos Penales; 3) En otra sintonía están las legislaciones penales que tipifican en distintas figuras dispersar en los Códigos Penales. Esta última es la metodología utilizada por el legislador argentino (Arocena & Balcarce, 2015).

Los distintos países han elegido criminalizar las conductas lesivas generadas por la ciberdelincuencia en el ámbito espacial, entre ellos se encuentran Chile, Venezuela y Alemania, quienes utilizaron la mecánica de legislar a través de una ley especial -por fuera del Código Penal- los delitos informáticos que han creído convenientes.

Por otro lado, se puede observar la experiencia legislativa de Bolivia, quien reguló las figuras penales vinculadas a los delitos informáticos en un capítulo único, dentro del título de los delitos contra la propiedad en el Código Penal. En cambio, en sentido similar a nuestro país se encuentran España, Paraguay y Francia, quienes legislaron los delitos informáticos dentro del Código Penal, pero no en un título y/o capítulo único, sino que los tipos penales están diseminados por todo el texto legal.

¹¹ Artículo 128: «Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización».

¹² Artículo 131: «Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) 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».

¹³ Artículo 153 bis: «Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros».

¹⁴ Artículo 183: «Será reprimido con prisión de quince (15) días a un (1) año [...]. En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciera circular o introducir en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños».

4. Hacia una definición y clasificación de los delitos informáticos

El Código Penal argentino no brinda una definición conceptual de delitos informáticos, por lo tanto, tampoco los clasifica dentro del catálogo de los delitos regulados en dicho Código. En los últimos años, la doctrina se ha encargado de formular distintas conceptualizaciones de delito informático, así como una clasificación que lo diferencia del delito común. Al principio, la importancia parecía ser puramente teórica, pero a medida que las investigaciones en el campo fueron avanzando, se dieron cuenta de que fijar cuándo estamos frente a un delito informático resulta indispensable desde el punto de vista práctico.

Como se ha dicho, es indispensable precisar un concepto de delito informático desde el punto de vista práctico, puesto que, por ejemplo, permite poder identificar, investigar y sancionar de manera eficaz a aquellas acciones que vulneran la seguridad de la información en entornos digitales, así como también bienes jurídicos personales (honor, libertad sexual, patrimonio, intimidad, etc.). Una enunciación clara de delito informático ayudará a la prevención de futuras transgresiones en el ciberespacio de bienes jurídicos individuales y colectivos.

Determinar los distintos tipos de delitos informáticos existentes es relevante, pues proporciona un instrumento de vanguardia en el ámbito de la seguridad informática para enfrentar de manera efectiva las consecuencias personales, económicas y sociales que surgen al ser víctimas de estos actos delictivos. Al mismo tiempo, resulta esencial conocer los riesgos que implica confiar información de carácter personal, financiero y/o empresarial a sitios o aplicaciones que pueden ser transgredidos ilícitamente por delincuentes cibernéticos, tales como hackers, crackers, phrackers y piratas informáticos. Esto permite a los usuarios protegerse de convertirse en víctimas de fraude, extorsión, chantaje, entre otros delitos. (Acosta, Benavides & García, 2020).

En este sentido, considero que los delitos informáticos pueden ser conceptualizados como aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que lesionan un sistema informático y/o sistema de transmisión de datos informáticos, así como también aquellas conductas ilícitas donde el sistema informático resulta central como medio para lesionar otros bienes jurídicos.

Por lo tanto, desde el punto de vista clasificatorio estaremos en presencia de un delito informático de carácter propio cuando el objeto de agresión es el sistema informático en sí. En cambio, será un delito informático impropio cuando el sistema informático sea el medio idóneo y especial para lesionar otros bienes jurídicos.

Cabe aclarar que el mero uso de la tecnología no transforma una figura penal clásica en un delito informático. Por ejemplo, delitos como el homicidio, las lesiones o la privación de libertad no se convierten en delitos informáticos simplemente por involucrar tecnología en su ejecución. En este sentido, la simple intervención de un sistema informático por sí sola no permite catalogar al tipo penal como delito informático.

Para ejemplificar lo mencionado, consideremos un caso de privación de la libertad. Supongamos que el delincuente no proporciona a la víctima los datos necesarios para acceder al sistema informático que controla el sistema de seguridad del domicilio, impidiendo así que la víctima pueda salir del lugar. Aunque hay un componente

tecnológico en la comisión del delito, el acto principal sigue siendo la privación de libertad, no un delito informático per se.

Estaremos en presencia de un delito informático cuando la intervención a través de un sistema informático sea el medio fundamental para alcanzar el fin delictivo. Este medio debe ser de tal intensidad que no pueda dejar de considerarse como un elemento objetivo esencial para la ejecución y/o consumación del tipo penal. De esta manera, la informática tiene que ser el medio imprescindible e indispensable para cometer el ilícito penal.

Para ilustrar este punto, basta referirnos al delito de «grooming». Según el art. 131 del Código Penal argentino, será castigado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contacte a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual. Como se puede advertir, la informática es un medio fundamental para perpetrar esta infracción penal, situación que amerita una investigación especializada en delitos informáticos.

Como corolario, resulta conveniente acorde a la política criminal que nuestro país ha adoptado para prevenir, investigar, sancionar y erradicar conductas ejecutadas y desarrolladas por ciberdelincuentes en el ciberespacio definir a los delitos informáticos como aquellos ilícitos cometidos a través de la informática, relativos -entre otros- a la intimidad, la libertad, la indemnidad sexual, etc. Necesariamente esta conceptualización abarca a los denominados delitos informáticos propios e impropios.

5. El estado actual de los delitos informáticos en el Código Penal argentino

La globalización de la tecnología trajo aparejadas ventajas, como la multiplicidad de información mundial y la comunicación instantánea con las personas de manera ilimitada. Ahora bien, también trajo consigo desventajas, entre ellas, se facilitó la comisión de delitos, sin mostrar el rostro del delincuente, con el consecuente menor poder de defensa de la víctima, daños a los sistemas informáticos y de datos, violación a la intimidad y privacidad, entre otras conductas inapropiadas para una vida en sociedad.

En una sociedad de riesgo se encuentra el uso abusivo de los ordenadores por los individuos (riesgo permitido), es decir, esta conducta genera constantemente un peligro concreto y efectivo desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo para las personas. Esta situación se debe a la dependencia que tienen las personas a la operatividad cotidiana y necesaria que se hace de los sistemas informáticos. Por ejemplo: aplicaciones en celulares (Instagram, Facebook, WhatsApp, etc.) para conectarse de inmediato con otras personas; las empresas ya tienen sistemas automatizados e informatizados que permiten solucionar cuestiones empresariales y adoptar respuestas efectivas a los problemas cotidianos; hoy la mayoría de las transacciones económicas y financieras se hacen a través de plataformas informatizadas (home banking) instaladas en un celular, tablet o computadora.

La política criminal de un país debe estar ocupada en situaciones como las descritas, y para ello debe adoptar medidas preventivas, así como también represivas, si fuera necesario, al margen de la obligación internacional que como Estado se haya obligado a cumplir.

Nuestro país legisla sobre los delitos informáticos en diferentes artículos del Código Penal. En este contexto, se ha señalado que el «internet es el instrumento que justifica desde una perspectiva político-criminal un tratamiento diferenciado, tanto por el Derecho Penal material como por el procesal» (Morabito, 2011, p. 1).

En términos generales, en el Código Penal de la Nación existen delitos informáticos contra la libertad sexual, indemnidad sexual de los menores de edad (niños, niñas y adolescentes), libertad individual, propiedad (patrimonio), seguridad pública y Administración Pública¹⁵.

6. Propuesta de reforma al Código Penal: «delitos informáticos»

No resulta sencillo adherirse a una u otra conceptualización y clasificación de los delitos informáticos, especialmente porque sostener una u otra tesis sobre la noción del mismo puede generar distintas consecuencias prácticas.

En este análisis que estamos realizando es ilustrativo observar qué posturas adoptaron los últimos Anteproyectos de Código Penal de la Nación en Argentina, así como también qué metodología utilizaron y si verdaderamente incorporaron una definición de delito informático.

Recordemos que nuestro actual Código Penal de Nación no brinda una definición de delito informático, ni tampoco de sistema informático, dato informático o información. Por otro lado, hoy incluye algunos delitos que castigan la cibercriminalidad, ya sea cuando el sistema informático es el objeto de agresión, o bien cuando la informática es el instrumento para cometer otro delito. Dichas figuras penales se encuentran desconcentradas por todo el texto penal, es decir, no se prefirió concentrar los delitos informáticos en un título o capítulo exclusivo.

En el año 2014, se difundió el Anteproyecto de Código Penal del Dr. Raúl. E. Zaffaroni (Director) y un cuerpo especializado al efecto. En dicho texto se establecen los significados de sistema informático y datos informáticos¹⁶. No define qué es delito informático ni sus sinónimos (ciberdelitos, etc.). Por otro lado, adopta la postura de no legislar en un título único los delitos informáticos, sino que lo realiza de forma dispersa, es decir, que incorpora las figuras delictivas (acceso ilegítimo a información en sus diferentes modalidades; daño informático; etc.) en distintos títulos del Código. En líneas generales, sigue la metodología usada por el actual Código Penal argentino.

Por su parte, en el año 2018 surge a divulgación el Anteproyecto de Código Penal del Dr. Mariano H. Borinsky (Director) acompañado también por un grupo de especialistas

¹⁵ Véanse las Leyes N.º 25.930, N.º 26.388, N.º 26.904 y N.º 27.436.

¹⁶ En el «Anteproyecto de Código Penal de la Nación» (2014), Título X, bajo el artículo 63 —«Significación de Conceptos Empleados en el Código»— se establecen las siguientes definiciones: «(...) s) Por 'sistema informático' se entiende todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa. t) «Dato informático» es toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma, que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función. El término comprende, además, los datos relativos al tráfico, entendiéndose como tales todos los relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de la cadena de comunicación, y que indican el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente».

del ámbito penal. En este cuerpo normativo se observa una gran novedad al respecto, ya que cambia la tradicional metodología de regular los delitos informáticos. En este sentido, se instituye un título dedicado exclusivamente a los ciberdelitos (Título XXVI: «*delitos informáticos*», arts. 491 a 503). En consecuencia, adopta el método de sistematizar los delitos informáticos en un solo título, es decir, agrupa todos los delitos informáticos propiamente dichos (Capítulo 1: Atentados a través de Medios Informáticos; Capítulo 2: Daño Informático; Capítulo 3: Hurto y Fraude Informáticos; Capítulo 4: Acceso Ilegítimo; y Capítulo 5: Disposiciones Generales).

Al margen de este método (agrupamiento de todos los delitos informáticos en un título único) usado por la Comisión Redactora del Anteproyecto, se advierte que adhieren a la clasificación de delitos informáticos propios e impropios, así como además a una conceptualización amplia del mismo. En este sentido, se reprime la suplantación de identidad con la intención de cometer un delito o causar un perjuicio a la persona cuya identidad se suplanta o a terceros (art. 492) y también la «*pornovenganza*» (art. 493)¹⁷.

Sin embargo, ha señalado con razón Riquert (2019) que si bien se ha incorporado un título específico para los «*delitos informáticos*», se puede advertir que se ha provocado como consecuencia que numerosos tipos penales han permanecido en su ubicación actual, por lo que puede pensarse que la concentración que el título propone no es en realidad tal y que las normas de interés permanecen, al menos parcialmente, desechadas o distribuidas en otros títulos.

7. Conclusión final

Se han explicado las diversas definiciones y clasificaciones de los delitos informáticos con el fin de alcanzar una noción conceptual uniforme en el derecho penal argentino. Se ha efectuado un relevamiento de la normativa nacional e internacional sobre los delitos informáticos, lo cual es particularmente valioso dado que el Código Penal argentino no define ni dedica un título específico a las infracciones cibernéticas.

Por otra parte, existen dos posturas que son similares en algunos aspectos y antagónicas en otros en relación con la precisión conceptual del delito informático. Dichas posturas coinciden en que estamos en presencia de un delito informático cuando el objeto de agresión es un sistema informático y/o dato informático. Sin embargo, difieren cuando la informática es el medio para cometer otro u otros delitos.

Consideramos que el concepto de delito informático (o ciberdelito) gira en torno al término «*sistema informático*». Este sistema puede actuar de dos maneras distintas: como el medio mediante el cual se ejecuta la acción delictiva, o como el objetivo del ataque. En otras palabras, el sistema informático puede ser el instrumento que utiliza el autor del

¹⁷ Asimismo, el «*Anteproyecto de Código Penal de la Nación*» (2018) incorpora, en su artículo 493, la tipificación de la denominada «*pornovenganza*» (o «*porn revenge*»), con una pena para el tipo básico de seis (6) meses a dos (2) años de prisión y días multa. La norma establece que: «el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele, envíe, distribuya o de cualquier forma ponga a disposición de terceros imágenes, grabaciones de audio o audiovisuales de naturaleza sexual, producidas en un ámbito de intimidad, que el autor hubiera recibido u obtenido con el consentimiento de la víctima, cuando la divulgación menoscabe gravemente su privacidad». Asimismo, se prevén agravantes —reprimidas con una pena de uno (1) a tres (3) años de prisión— cuando los hechos hubieran sido cometidos por una persona que esté o haya estado unida a la víctima por matrimonio o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; si la víctima fuera menor de edad; o si los hechos se hubieran cometido con fines de lucro.

delito para llevar a cabo la acción típica, o bien el objeto material sobre el cual se dirige su conducta delictiva. Esta conceptualización abarca la clasificación de los delitos informáticos propios e impropios.

Para concluir, este trabajo no solo ha tenido una finalidad teórica, sino también práctica. Su objetivo ha sido proporcionar una comprensión conceptual de los delitos informáticos según el Código Penal argentino, delimitando su alcance y contenido para orientar la competencia necesaria en la investigación penal especializada.

Como se ha destacado, es fundamental distinguir entre un delito ordinario y un delito informático. Identificar correctamente la naturaleza y el tipo de delito informático permite, entre otras cosas: 1) que la investigación y/o recolección de evidencia digital sea llevada a cabo por organismos especializados en el área (campo informático), como fiscalías y fuerzas de seguridad especializadas en ciberdelitos; 2) que se utilicen herramientas ceñidas para garantizar una adecuada seguridad informática; y 3) que se asegure la intimidad, privacidad y datos de la presunta víctima, entre otros.

8. Referencias bibliográficas

- Aboso, G. & Zapata, M. F. (2006). *Cibercriminalidad y derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- Aboso, G. E. & Buompadre, J. E. (2015). *El derecho penal y procesal penal frente a los retos del tercer milenio* (1.^a ed.). Resistencia: Contexto Libros.
- Aboso, G. E. (2014). «El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales. Análisis del Código Penal argentino y del Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro». *Revista Derecho Penal*, Año III, N.º 7, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Acosta, M. G., Benavides, M. M. & García, N. P. (2020). «Delitos informáticos: Impunidad organizacional y su complejidad en el mundo de los negocios». *Revista Venezolana de Gerencia*, 25(89), 1–15. Recuperado el 26/04/2024 de <https://www.redalyc.org/journal/290/29062641023/29062641023.pdf>
- Arocena, G. A. & Balcarce, F. I. (2015). «Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales». En Aboso, G. E. & Buompadre, J. E. (comps.), *El derecho penal y procesal penal frente a los retos del tercer milenio* (1.^a ed.). Resistencia: Contexto Libros.
- Arocena, G. A. (1997). «De los delitos informáticos». **Revista de la Facultad de Derecho**, Universidad Nacional de Córdoba, 5(1).
- Arocena, G. A. (2012). «La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino. Introducción a la Ley Nacional N.º 26.388». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(135), 945–988.
- Buompadre, J. E. (2015). *Grooming: Una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo* (1.^a ed.). Resistencia: Contexto Libros.
- Domínguez Henáin, D. H. (s.f.). *Módulos de Derecho Penal. Parte General*. Corrientes.
- Flores Cáceres, J. H. (2023). «Delitos a través de plataformas virtuales. ¿Vinculación necesaria a los tipos penales previstos en la Ley de Delitos Informáticos?». En

- Espinoza Calderón, V. R. (ed.), *Cibercriminalidad y delitos informáticos* (1.^a ed.). Perú.
- Garibaldi, G. E. L. (2014). «Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina». *Revista Derecho Penal*, Año III, N.º 7, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- González Tascón, M. (2011). «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC». *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 207–258.
- González, J., Bermeo, J., Villacreses, E. & Guerrero, J. (2018). «Delitos informáticos: Una revisión en Latinoamérica». *Conference Proceedings UTMACH*, 2(1), mayo.
- Morabito, M. R. (2011). «La regulación de los «delitos informáticos» en el Código Penal Argentino. Nuevas tendencias criminológicas en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual y la problemática de persecución penal». *La Ley, Suplemento de Actualidad*, 07/06/2011.
- Riquert, M. A. (2019). «Las propuestas del Anteproyecto de Código Penal de 2018 en materia de delincuencia informática». *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 01/07/2024 de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47358-delitos-informaticos-anteproyecto-codigo-penal-2018>
- Temperini, M. (2018). «Delitos informáticos y cibercrimen: Alcances, conceptos y características». En *Suplemento Especial Cibercrimen y Delitos Informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*. ERREIUS, 49–68.
- Villacampa Estiarte, C. (2014). «Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: Configuración presente del delito y perspectivas de modificación». *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 639–712.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. & Alagia, A. (2002). *Derecho penal: Parte general*. (2.^a ed.). Buenos Aires: Ediar.

Leyes y documentos legales:

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación. (2014).
- Anteproyecto de Código Penal de la Nación. (2018).
- Código Penal de la Nación.
- Ley N.º 25.930 de Modificación del Código Penal de la Nación. (2004).
- Ley N.º 26.388 de Modificación del Código Penal de la Nación. (2008).
- Ley N.º 26.904 de Modificación del Código Penal de la Nación. (2013).
- Ley N.º 27.411 de Aprobación del Convenio sobre Ciberdelito. (2017).
- Ley N.º 27.436 de Modificación del Código Penal de la Nación. (2018).

Ser mujer, maternar y estar presa: la tormenta perfecta

Silvia Zega¹

Resumen

El sistema penitenciario está diseñado para hombres, lo que agrava las dificultades que enfrentan las mujeres encarceladas, especialmente en relación con un derecho invisibilizado: el del ejercicio de la maternidad. Argentina prevé normas que consideran a las mujeres privadas de libertad en su rol maternal: posibilidad de convivencia en la unidad penal con sus hijos/as de hasta 4 años y posibilidad de detención domiciliaria para el cuidado de hijos/as de hasta 5. Sin embargo, éstas, por una parte, refuerzan estereotipos de género volviéndose en su contra cuando ellas no encajan en el estereotipo de buena madre; por otra parte, lo que resulta grave, esas normas no abarcan a la inmensa mayoría de sus hijos/as quienes, no cumpliendo con los requisitos de esos institutos, quedan residiendo extramuros, lejos de sus madres. Si la mujer detenida es responsable única del cuidado de sus hijos/as, la situación de éstos se vuelve doblemente dramática.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Cárcel y Mujer | 3.- Cárcel, Mujer y Maternidad | 4.- Conclusiones | 5.- Bibliografía

Palabras clave

mujeres – madres encarceladas – personas gestantes – perspectiva de género – menores de edad

¹ Abogada. Lic. en Servicio Social. Especialista y maestranda en problemáticas sociales infanto juveniles. Correo electrónico: silviazega@gmail.com. El presente artículo corresponde al trabajo final presentado en 2024 por la autora para la aprobación de la diplomatura de ejecución penal y cuestiones penitenciarias de la universidad de San Isidro, y se nutre de ideas expuestas en su tesis -en preparación- «*Maternidad encarcelada y niñez extramuros. Una perspectiva jurídica*», para la maestría antedicha. Agradezco las clases de las Prof. Mariana Lauro, Eva Asprella y Virginia Barreyro en aquella diplomatura, las que fueron especialmente iluminadoras para el desarrollo del presente trabajo.

1. Introducción

Cuando abordamos el tema del encarcelamiento de mujeres a cargo de hijos/as menores de edad² se impone explicar previamente la perspectiva desde la cual lo abordamos.

Si el ser mujer nos impone a la mitad del género humano un gravamen más pesado que el que se impone a la otra mitad (varones), este gravamen se acentúa dramáticamente en la cárcel. La cárcel no está pensada para las mujeres sino para los varones. Sus condiciones particulares, al igual que las necesidades específicas que de ellas derivan (por ejemplo, en cuanto a salud física y mental) no están consideradas al momento de definir políticas carcelarias. Entre esas condiciones diferenciales está la posibilidad de ejercer la maternidad.

Paradójicamente, en un sistema penal-penitenciario que no respeta el amplio abanico de la condición de mujer, las leyes del sistema la tienen en cuenta...pero sólo en tanto madre³.

Para quienes operamos en el ámbito penal carcelario, esto interpela nuestras ideas y acciones al respecto. Por una parte, vemos que la ley refuerza el estereotipo de mujer destinada a hacerse cargo de la crianza de los hijos/as, y la premia con beneficios si se amolda a ese fin, corporizando tal destino en el cuidado de los/as niños/as⁴ más pequeños. Por otra parte, vemos que muchas mujeres, ya sea por propia decisión o porque la vida las ha ido llevando a ese lugar, se hacen cargo de sus hijos y continúan haciéndolo mientras están encarceladas, pese a todas las dificultades.

Ambas miradas no son contradictorias, pero su coexistencia nos obliga a un delicado equilibrio que, en primer término, no cristalice a las mujeres en el estereotipo maternal (el que, además, se vuelve en su contra cuando son consideradas malas madres) olvidando sus múltiples posibilidades de desarrollo ajenas a la función reproductiva; pero que, a su vez, valore el ejercicio de la maternidad que muchas asumen, con lo que tienen, con lo que pueden (como hacemos todas...); mujeres a quienes los institutos normados (detención domiciliaria y convivencia con los/as hijos/as en la cárcel) les posibilitan morigerar esa carga.

Una fina cornisa en la que, con ambas lecturas alumbradas por la perspectiva de género, intentemos aguzar nuestra sensibilidad y extremar nuestra creatividad e ingenio para facilitarles a esas mujeres la tarea de ejercer la maternidad en un contexto en el que, para ellas, todo es doblemente difícil y doloroso.

A lo dicho se suma una vuelta de tuerca que complejiza mucho más la cuestión. Si alguien materna, existe un niño/a a su cargo. Todo lo que se haga o no se haga respecto del ejercicio de la maternidad de una mujer privada de la libertad afectará a los/as niños/as que de ella dependen. Niños/as a quienes el encarcelamiento materno genera

² Utilizo la denominación hijos/as extendiendo su sentido a los/as niños/as al cuidado de mujeres a cargo de su crianza, unidas a ellos/as por vínculos histórico-afectivos aun cuando no sean sus progenitoras ni tengan a su respecto lazos de consanguinidad ni investidura judicial de dicha función. Por igual motivo elegí para el título la palabra «materner», como una función de cuidado pasible de ser ejercida por las madres y por otras mujeres, y no ser madre, que parece aludir a la maternidad biológica.

³ Ley 24.660: artículos 32, 136, 192-196. Código Penal de la Nación: artículos 10.e), 10.f), 12.

⁴ En concordancia con el art 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la palabra niño/a abarca a personas menores de 18 años de edad.

un impacto invisibilizado para los/as operadores penales, que atraviesa sus vidas de modo dramático.

Es por eso que esta cuestión exige ser analizada desde un doble enfoque: la perspectiva de género y la perspectiva de niñez. El presente trabajo intenta cumplir con tal objetivo.

2. Cárcel y Mujer

a. La dimensión cuantitativa

En 2024 la población mundial encarcelada ascendía a más de 11 millones de personas (Fair y Walmsley, 2024, p.2). Si la tendencia que exhiben las estadísticas mundiales no parece augurar un buen futuro para los niveles de encarcelamiento de nuestra región, menos aún lo hacen respecto de las mujeres.

El crecimiento de esa población en el último cuarto de siglo no fue geográficamente parejo: en ese lapso (2000 a 2024) la población mundial creció 31%. La cantidad de personas en prisión creció en el conjunto de países europeos (sin incluir a Rusia) 11%, en tanto en América del Sur, cuya población aumentó 161%, la cifra de encarcelados/as aumentó 224% (Fair y Walmsley, 2024, p.17, tabla 7). Tampoco fue parejo en cuanto a género: entre 2000 y 2022 la cantidad de mujeres encarceladas creció 60% en tanto la de varones creció 22% (Fair y Walmsley, 2022, p.2); esto, en un planeta cuya población total creció en ese período 29,5% (Fair y Walmsley, 2022, p.14 tabla 7). En América la proporción es similar: «[...] en el mismo período, el porcentaje de mujeres encarceladas ha tenido un aumento del 56.1%, mientras que la población carcelaria general aumentó en un 24.5%» CIDH, 2023, párr 39). En 2022 la tasa de encarcelamiento femenino sobre 100.000 habitantes ascendía a 10 en Europa, excluida Rusia, y a 14 en América, excluido los Estados Unidos, (Fair y Walmsley, 2022, p.2), en un mundo con una tasa global de detención femenina de 9.7 sobre 100.000 habitantes (Fair y Walmsley, 2022, p.14, tabla 6).

En nuestro país los datos tampoco pronostican una mejor perspectiva para ellas. Los datos oficiales del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, dependiente del Ministerio de Justicia (en adelante, SNEEP) dan cuenta de que la población femenina encarcelada se mantiene relativamente estable desde hace varios años (4% del total privado de la libertad en 2014 (SNEEP 2014, p.10), 4,2% en 2017 (SNEEP 2017, p.14), 3,8% en 2020 año de pandemia (SNEEP 2020, p.8), 4,1% en 2023 (SNEEP 2023, p.11), acusando incluso un leve descenso en relación al 5% del total de 20 años atrás (SNEEP 2002, p.15).

Sin embargo, otras variables muestran el gravamen diferencial que pesa sobre las mujeres en el sistema penal⁵. Si en el país hay un 4,1% de mujeres encarceladas, esa cifra asciende a 7,4% en el ámbito federal, según informa la Procuraduría de Violencia Institucional del Ministerio Público Fiscal de la Nación (en adelante, PROCUVIN) PROCUVIN, 2024, p.14). Por su parte, la Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante, PPN) da cuenta en sus boletines estadísticos (en adelante, B.E.) de que a nivel federal el 55% de las detenidas están imputadas por infracción a la ley 23.737, de

⁵ Debo advertir que la fecha de los datos consignados en los párrafos que siguen no siempre es coincidente. Esto se debe a que los organismos consultados como fuente no desagregan los mismos datos. No obstante, todos se sitúan temporalmente entre el primer trimestre de 2023 y setiembre de 2024.

estupefacientes, (B.E.PPN, 2023, p.11). El 57% de esas mujeres cumple prisión preventiva (B.E.PPN, 2023, p.11), en tanto la población total que en dicho ámbito está en esa situación es de 41,1% (PROCUVIN, 2024, p.17), mientras que en el total del país es de 38,8% (SNEEP, 2023, p.52). Sólo entre 2016 y 2019 el número de mujeres detenidas con relación a la ley de estupefacientes tuvo un crecimiento del 42,8% (Darraidou et al., 2019, p.140).

Al respecto distintos estudios han hecho notar que «[...] *las mujeres suelen desempeñar las tareas de poca trascendencia en la organización delictiva, sin tener en general un conocimiento cabal sobre dicha estructura, y por ende ser fácilmente reemplazables*» (Lovazzano et al., 2022, p.11) y advirtieron que «[...] *se trata de su participación en los eslabones débiles de la infraestructura que permite el tráfico de drogas, aquellos que serán más fácilmente descubiertos y que sufrirán con mayor dureza las consecuencias de la intervención penal* [...]» (Carrera, 2019, p.7). Y se ha señalado, también, la casi nula relevancia que la detención de estas mujeres tiene en la reducción de la problemática del narcotráfico y del consumo de estupefacientes:

«[...] la mayoría son detenidas por realizar tareas de bajo nivel pero de alto riesgo (distribución de drogas a pequeña escala o por transportar drogas), como una manera de enfrentar la pobreza o, a veces, por la coacción de una pareja o familiar. Su encarcelamiento poco o nada contribuye a dismantelar los mercados ilegales de drogas y a mejorar la seguridad pública. Por el contrario, la prisión suele empeorar la situación, dado que reduce la posibilidad de que encuentren un empleo decente y legal cuando recuperan la libertad, lo que perpetúa un círculo vicioso de pobreza, vinculación a mercados de drogas y encarcelamiento» (Youngers y Pieris, 2016, p.4).

b. La dimensión cualitativa

No sólo la persecución penal ordenada a la «*guerra contra las drogas*» castiga de modo prevalente a las mujeres. Todo el sistema punitivo las castiga de modo especial y la cárcel resulta el paradigma de ese castigo. Diversas investigaciones enfocadas al encarcelamiento femenino (Antony, 2007; Daroqui et al., 2006; PPN; Ministerio Público de la Defensa -en adelante, MPD- y el Centro de Estudios Legales y Sociales -en adelante, CELS-, 2011; MPD, 2013; Nari et al., 2022) dan cuenta de que las mujeres cuentan con menor oferta educativa y menos talleres de trabajo y de capacitación; ésta en general se dirige a actividades consideradas «*femeninas*» como cocina, costura o pequeñas artesanías, lo que las prepara muy deficitariamente para el mercado laboral en el que deberán insertarse a su salida en libertad. La oferta deportiva es más limitada y la arquitectura rara vez acompaña la necesidad de ámbitos para deporte, lo que restringe el tiempo y los espacios dedicados a la recreación. Hay una carencia de médicos especializados y un exceso de «*tratamientos*» por problemas «*nerviosos*», también considerados como típicamente femeninos. En cuanto a su sexualidad, es habitual que se les exijan requisitos para la visita íntima no exigidos a los varones, y cuando se hallan en pareja con un varón también privado de la libertad, son ellas quienes deben soportar las inclemencias de los traslados hasta la cárcel masculina para concretar la visita íntima. Se hallan, además, bajo custodia de mujeres que, a su vez, son prisioneras de un sistema laboral patriarcal, jerárquico y militarizado, en el que la empatía es castigada como una «*debilidad*», y en el cual su voz es subalternizada en relación con la de sus compañeros varones, propiciando en ellas el poder despótico hacia las que tienen aún menos poder (las presas).

Respecto de los vínculos con el exterior, es habitual que a las mujeres presas (al igual que a los varones presos) las visiten casi solamente otras mujeres: hermanas, hijas,

madres, amigas. Son éstas quienes en general quedan a cargo de los/as hijos/as de la mujer detenida, lo que, sumado a sus propias cargas domésticas y familiares motiva que las visitas sean escasas y los vínculos vayan progresivamente debilitándose (Ferrecio, 2018; RIMUF, 2021; Mayer, 2022). En dicho contexto, mantener y alimentar el vínculo con los/as hijos/as se vuelve un desafío dramático.

3. Cárcel, mujer y maternidad

a. La categorización de las mujeres y sus hijos/as según los institutos legales aplicables en nuestro país

Tenemos un primer grupo de mujeres con niños/as de hasta 5 años o discapacitados/as, en función de cuyo cuidado pueden solicitar una detención domiciliaria según lo dispuesto por el artículo 32, inc f) de la ley 24.660.

Un segundo grupo puede convivir con sus niños/as de hasta 4 años en las unidades penales, conforme el artículo 195 de dicha ley.

El tercer grupo, de las restantes mujeres encarceladas, cuidadoras primarias de hijos/as que quedan residiendo extramuros lejos de su cuidado, constituyen la inmensa mayoría y carecen, al igual que sus niños/as, de norma protectoria específica alguna.

Dentro de este tercer grupo, algunas, quizás muchas, son las responsables exclusivas de sus niños/as (por ejemplo, las jefas de hogares monoparentales). Éstos, al igual que aquellos/as cuyo padre y madre son simultáneamente detenidos, constituyen el subgrupo en mayor riesgo de vulneración de derechos, ya que de modo forzado y abrupto pierden a sus referentes convivenciales y de cuidado, quedando librados/as a la buena voluntad de terceros. Para esas mujeres, quienes muchas veces desconocen dónde y con quién se hallan sus hijos/as, esa situación es generadora de enorme preocupación, zozobra y angustia.

b. La dimensión cuantitativa

Cuando nos preguntamos cuántas mujeres encarceladas son madres de niños/as menores de edad o cuántos son esos/as niños/as no encontramos datos oficiales que nos puedan dar una respuesta certera.

Algunas fuentes, como la PROCUVIN nos aportan el dato de la cantidad de madres y niños/as conviviendo en unidades penales del ámbito federal (2024, p.25). La misma información es proporcionada por los boletines estadísticos de la PPN (B.E. 2023, p.5). Igual dato, pero a nivel país se puede consultar en las estadísticas del SNEEP (2023, p.14). La Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia, por su parte, en su último *«Relevamiento Nacional sobre Personas Detenidas con Prisión Domiciliaria y Vigilancia Electrónica»* da cuenta de la cantidad de mujeres detenidas domiciliariamente a nivel federal y provincial y del porcentaje que gozaban del instituto en razón de tener hijos menores de 5 años o estar embarazadas (2023, p.15). Informa también sobre el porcentual de quienes se incorporaron por tener *«persona a cargo que no puede valerse por sí misma»*, aunque no se especifica cuántas de esas personas a cargo eran hijos menores de edad que superaban el límite etario impuesto por

la ley. En todos los casos señalados en la estadística no se encuentra desagregado el género.

Algunas investigaciones pueden darnos pistas sobre la magnitud del problema. Tal es el caso de «*Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*», realizada por PPN, MPD y CELS nos brinda el dato -limitado al ámbito federal- de que el 85% de las mujeres en prisión tenía 3 hijos/as en promedio, que de ellos/as el 86% era menor de edad (entre 2 y 3 hijos/as menores de edad por madre) y convivían con ella previo al encarcelamiento y que un 20% de esas mujeres era madre de un niño/a de menos de 4 años (2011, pp.33-36).

El estudio «*Contextos de encierro en América Latina: una lectura con perspectiva de género*» realizado en 2015 sobre la región latinoamericana por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (en adelante, UNTref-CELIV), informaba que el 87% de las mujeres condenadas en América Latina, exceptuando a México, eran madres (2015-a, p.8); 27% tenía más de 3 hijos/as (2015-a, p.25); aunque el relevamiento abarcó Argentina, tales datos no están desagregados por país. Otra investigación de ese organismo, «*Condiciones de vida en la cárcel: Resultados de la encuesta de detenidos condenados*», daba cuenta de que en nuestro país el 54,1% de las mujeres tenía 3 hijos/as o más y sólo el 16% no había tenido hijos/as (2015-b, p-13).

La investigación «*Infancia y Encarcelamiento. Condiciones de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina*» informe especial producido en 2019 por el Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (en adelante, ODSA-UCA) en conjunto con la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service (en adelante, CWS) nos amplía el panorama, brindándonos el dato entonces estimado de niños/as con responsable de cuidado (padre o madre) privados/as de la libertad en nuestro país: entre 132.000 y 143.000 (Cadoni et al, 2019, p.11). El estudio «*Más allá de la prisión: Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro elaborado*» en 2019 por PPN con colaboración de CWS, la Asociación Civil de Familiares de Detenidos -ACIFAD- y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF- estima, en base a elaboraciones propias, que en Argentina habría alrededor de 146 mil NNA en esta situación (PPN, 2019, p.57). La ampliación de la primera investigación por parte del ODSA-UCA en 2021, titulada «*Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES*», estimaba que el número de niños/as residentes en un hogar donde en ese momento había un miembro de la familia privado de libertad ascendía a 217.000 (Cadoni et al, 2021, p.5).

¿Cuántas de esas personas detenidas estaban al cuidado de esos/as 217.000 niños/as? ¿Cuántas de ellas eran mujeres? ¿Cuántos/as de esos/as niños/as dependían en exclusividad de ellas? Imposible saberlo. No hay datos, ni oficiales ni oficiosos, al respecto. Los/as niños/as que se hallaban al cuidado de mujeres que han sido encarceladas resultan inexistentes en las estadísticas e invisibles, tanto en la producción investigativa como en la actuación de los actores del sistema penal que las encarcela.

Pero aquí también otros datos pueden acercarnos pistas. El censo poblacional de 2010 (último censo nacional en el que el desagregado de los siguientes datos fue informado) indicaba que 34,2% de los hogares tenía como jefa a una mujer. En el caso de hogares monoparentales el porcentual ascendía a 82,7% (Censo 2010, p.185); en Provincia de Buenos Aires, en 2024 ese porcentaje era de 84,3% (Unidad de Género y Economía Prov. Buenos Aires, 2024, p.6). El 60,1% de las mujeres encarceladas encuestadas en el estudio

PPN-MPD-CELS eran jefas de familia (2011, pp.35-36). Según la investigación de UNTref-CELV sobre América Latina anteriormente mencionada 24% de las mujeres encarceladas no tenían pareja y 39% la tenían simultáneamente detenida (2015-a, p.22). Del relevamiento de dicho centro de estudios sobre condenados/as en Argentina, también mencionado, surge que el 42,1% de las mujeres tenía a su pareja privada de la libertad (2015-b, p.14). Son ilustrativos, asimismo, los datos aportados por la investigación de PPN-CWS-ACIFAD: los/as hijos/as del 84% de los varones presos se hallan a cargo de su madre; sólo el 19% de los/as hijos/as de las mujeres presas están al cuidado de sus padres. El 5% de los/as hijos/as adolescentes de varones presos no se halla a cargo de alguien adulto; en los/as adolescentes hijos/as de las mujeres presas ese porcentaje sube al 10% (2019, pp.22-23). En otra investigación, «*Población penal femenina detenida por infracción a la Ley 23.737 en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal*», la PPN relevó que de las mujeres a cuyo registro accedió, el 80% eran madres, y de ese total, el 86% era soltera, separada/divorciada o viuda (2016, p.9).

Lo cierto es que nadie sabe cuántas mujeres en prisión son madres ni cuántos/as niños/as que se hallaban bajo su responsabilidad han quedado extramuros, ni en qué condiciones (muchas veces ellas tampoco lo saben...). Esto muestra de modo ostensible cuán invisibilizado está el derecho de esas mujeres a ejercer la maternidad y el derecho de sus hijos/as a contar con ese ejercicio.

c. La dimensión cualitativa

Los cambios sociales ocurridos en el siglo pasado -fundamentalmente la inclusión de la mujer en el mercado laboral- modificaron la forma de concebir el rol femenino dentro de la familia, ligado fundamentalmente a las tareas de reproducción social de sus miembros. Pero, como capas geológicas superpuestas, los roles tradicionales de organizadora del hogar y responsable de la cotidianeidad de los hijos subsisten en nuestra sociedad junto a las nuevas pautas relacionales intrafamiliares.

Si bien el feminismo ha puesto en cuestión la asignación de tales roles, son muchas las mujeres que los asumen de modo deliberado o lo hacen simplemente porque la vida las ha llevado a ese lugar y no reniegan de él. Para gran parte de las mujeres privadas de la libertad los hijos/as tienen un *status* privilegiado y la situación de éstos es fuente de preocupación permanente (Zega-Mendizábal, 1996). La demonización social de las personas que delinquen, sumada al juicio moral sobre las mujeres que al incursionar en el delito estarían siendo «*malas madres*» (Zega-Mendizábal, 1996; Villalta et al., 2013; Monclús Masó, 2018) pone a estas mujeres bajo una sospecha permanente, haciendo muchísimo más dificultoso el desempeño de aquellos roles, ya extremadamente difíciles de ejercer debido a las restricciones propias de los contextos de encierro. Diversas investigaciones, además de las nombradas, han dado sobrada cuenta de tales dificultades (Gentile-Tabbusch, 2013; Romero, 2014; Colanzi, 2015; Manquel, 2019; Giancarelli, 2021; Buzio et al., 2021).

La potencia y relevancia del *status* maternal para muchas mujeres encarceladas puede advertirse aún en la lectura de investigaciones que no se dirigen al tema ni enfocan particularmente esa cuestión. De ellas surgen testimonios que dan cuenta de la ligazón con los/as hijos/as como elemento que posibilita el castigo psicológico sobre las mujeres. «*A mí hace poco la requisa me rompió la foto de mi hijo que se murió hace cinco meses, no entiendo por qué lo hicieron, estoy destrozada de ver tanta maldad*» (PPN, 2009, p.124). «*Acá hay mucho maltrato*

psicológico, intimidatorio, amenazante, mucha, pero mucha agresión verbal, te putean a tus hijos, a vos te machacan con que los abandonaste, que sos una mala madre» (PPN, 2009, p.163).

Esa condición de «victimaria» endilgada a la madre presa se expande a sus hijos/as en un efecto de trascendencia de la pena, promoviendo la naturalización social de la desprotección y violación de derechos de éstos y atribuyéndolas a las culpas de sus madres «delincuentes». La desazón, el desamparo y las carencias sufridos por los/as niños/as se vuelve a su vez como una carga sobre las madres, imposibilitadas de hecho de intervenir en la situación. Para los/as niños/as (y muy especialmente aquellos/as que se hallaban bajo su cuidado exclusivo) el encarcelamiento materno representa un impacto dramático, muchas veces devastador (Giacomello, 2019; Naciones Unidas, Áreas de Violencia contra los Niños y de Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2019; Pakapaka, 2022) que pasa inadvertido para los actores del sistema penal (Zega, 1996; Rodríguez, 2018; Zega, 2021-a, 2021-b; Zega-Fabiano, 2023; Zega, 2024).

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la Organización de los Estados Americanos (en adelante IIN-OEA) identificó distintos momentos procesales en los que los derechos de los/as niños/as se hallan en mayor riesgo, resaltando los momentos iniciales tras la detención como los de mayor impacto (IIN-OEA, 2019, párr.15). A ello se suman nuevas dificultades y riesgos para los/as niños/as. A la separación forzada y sorpresiva de aquella que proveía cuidado se suma para los/as niños/as la consiguiente reconfiguración familiar convivencial. A veces los/as niños/as quedan a cargo de sus hermanos/as mayores, quizás también menores de edad. Otras veces la detención materna implica mudanzas, cambio de escuela y amigos, alojamiento en un hogar que no es el propio, separación de los hermanos. En otras ocasiones importa el pasar de «*mano en mano*» por imposibilidad de los/as adultos/as cercanos/as de hacerse cargo, o directamente la institucionalización. Las carencias económicas pre-existentes en gran parte de los hogares de las mujeres encarceladas suelen profundizarse. El estigma que pesa sobre la madre recae sobre los/as niños en el barrio, en la escuela, en el entorno social. El vínculo personal entre la mujer y los/as hijos se hace difícil de sostener por la distancia y el costo económico y en tiempo del traslado hasta la cárcel (ACIFAD, 2023); la escasez de unidades penales femeninas da lugar a traslados que para muchas mujeres significan directamente un exilio. Para aquellas que tienen la suerte de que alguien lleve a sus hijos/as a visitarla, las penurias que éstos/as atraviesan para ese cometido se convierten también en una fuente de dolor; algunas prefieren evitárselas y que los/as niños/as no las visiten; para éstos/as será siempre pérdida.

4. Conclusión

Son muchos los derechos de las mujeres que se ven violentados en la cárcel. Uno de ellos, quizás el más invisibilizado, es el derecho al ejercicio de la maternidad, en particular, respecto de aquellos/as niños/as que permanecen extramuros durante su detención intracarcelaria. Y es un derecho cuya violación impacta sobre una proporción muy importante de las mujeres en prisión y un número muy relevante de niños/as.

Maternar en la cárcel supone la afectación no sólo de las mujeres sino también de sus hijos/as; a su vez, la afectación de éstos/as se vuelve sobre ellas como una segunda carga, duplicando el gravamen que la cárcel les impone.

Si bien se han logrado hitos importantes en el camino del reconocimiento de ese derecho -por caso, la posibilidad de detención domiciliaria, el protocolo sobre traslados

de mujeres privadas de la libertad embarazadas y convivientes con sus hijos/as, el cobro de las asignaciones familiares para las presas que trabajan y de la asignación universal por hijo y/o por embarazo para las que no- es mucho lo que aún falta por recorrer. Y el primero y más necesario de los pasos es hacer visible esta cuestión, aún hoy en gran medida invisible. Este trabajo pretende ser un modesto aporte para ello.

5. Bibliografía

Asociación Civil de Familiares de Detenidos (ACIFAD). (2023). La norma en las visitas [Video].

<https://acifad.org/la-norma-en-la-visita/>

Antony, C. (2007). Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina. Nueva Sociedad, (208), 73–85. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/74046>

Buzio, L., Chiaraviglio, F., & Peña, C. (2021). Maternar a pesar del sistema jurídico. Híjar a pesar del adultocentrismo y la estigmatización. Revista Pensamiento Penal, 27 de junio.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90180-maternar-pesar-del-sistema-juridico-hijar-pesar-del-adultocentrismo-y>

Cadoni, L., González, M., & Tosoni, G. (2019). Infancia y encarcelamiento. Condiciones de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina (1ª ed.). Educa - Fundación Universidad Católica Argentina.

<https://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-BDSI-Informe-Especial-Infancias-y-Encarcelamiento.pdf>

Cadoni, L., González, M., & Tosoni, G. (2021). Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES (1ª ed.). Educa - Fundación Universidad Católica Argentina.

<https://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf>

Carrera, M. L. (2019). Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Responder por lo que no se ha cometido. Ministerio Público de la Defensa.

<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3873>

Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia – UNTREF-CELIV. (2015a). Contextos de encierro en América Latina: Una lectura con perspectiva de género.

<https://celiv.untref.edu.ar/descargas/contextos-de-encierro-de-america-latina.pdf>

Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia – UNTREF-CELIV. (2015b). Condiciones de vida en la cárcel: Resultados de la encuesta de detenidos condenados.

<http://celiv.untref.edu.ar/contenidos/CELIV%20Informe%20Nro.%202.pdf>

- Colanzi, I. (2015). Los varones con las penas y las mujeres con los chicos. Concepciones que sustentan las prácticas frente a las mujeres y el contexto de encierro punitivo. En XI Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- <https://cdsa.aacademica.org/000-061/1179>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Mujeres privadas de libertad en las Américas (OEA/Ser.L).
- <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020, 11 de febrero). FLP 58330/2014/1/1/RH. Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/habeas corpus.
- <https://drive.google.com/file/d/1JCQBm-I62YbHWTPbgZsXu2ul12NHAJz/view>
- Daroqui, A., Fernández, A., & Figueroa, C. (2006). Voces del encierro: Mujeres y jóvenes encarcelados en la Argentina. Una investigación sociojurídica. Omar Favale Ediciones Jurídicas.
- <https://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20161111044343/Voces.pdf>
- Darraidou, V., & Gargarella, R. (2019). Guerra contra el narcotráfico, guerra contra los pobres. En CELS (Ed.), Derechos humanos en la Argentina. Informe 2019. Centro de Estudios Legales y Sociales.
- <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/derechos-humanos-en-la-argentina-informe-2019/>
- Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (s.f.). Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).
- <https://www.argentina.gob.ar/justicia/politicacriminal/estadisticas/sneep>
- Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2023). Relevamiento Nacional sobre Personas Detenidas con Prisión Domiciliaria y Vigilancia Electrónica.
- https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/11/informe_prision_domiciliaria_y_vigilancia_electronica_2023.pdf
- Fair, H., & Walmsley, R. (2024). Fourteenth edition of the World Prison Population List. World Prison Brief - The Institute for Criminal Policy Research (ICPR), Birkbeck, University of London.
- https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf
- Fair, H., & Walmsley, R. (2022). World Female Imprisonment List. World Prison Brief - The Institute for Criminal Policy Research (ICPR), Birkbeck, University of London.
- https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf
- Ferreccio, V. (2018). El otro encarcelamiento femenino. La experiencia carcelaria de las mujeres familiares de detenidos. Revista Crítica Penal y Poder, (15), Observatorio

- del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.
<https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/22238>
- Gentile, M. F., & Tabbusch, C. (2013). Emotions behind bars: The regulation of mothering in Argentine jails. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 39(1).
https://www.academia.edu/4350537/Emotions_behind_Bars_The_Regulation_of_Mothering_in_Argentine_Jails_w_Ma_Florencia_Gentile_
- Giacomello, C. (2019). Niñez que cuenta: El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe. CWS. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
<http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/es>
- Giancarelli, M. (2021). Los sentidos de la maternidad desde el encierro punitivo. Modalidades de vinculación de las personas madres privadas de la libertad con sus hijas e hijos fuera de la prisión. [Tesis de maestría, Universidad de Barcelona].
https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/181099/1/TFM_GiancarelliMaia.pdf
- Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) & Plataforma NNAPeS. (2019). Pautas para la promoción y protección integral de niños, niñas y adolescentes con referentes adultos privados de la libertad.
<https://novedades.iinadmin.com/iin-y-nnapes-lanzan-orientacion-tecnica-sobre-pautas-para-la-promocion-y-proteccion-integral-de-nna-con-referentes-privados-de-libertad/>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). (2010). Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010.
https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf
- Lovazzano, E., Olivera, N., & Rodríguez, L. (2022). Narcocriminalidad y perspectiva de género: La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad. Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR).
https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf
- Manquel, V. (2019). El derecho a maternar de las personas presas: Estrategias de vinculación de las personas madres detenidas con sus hijos/as fuera de la prisión. *Revista Descentrada*, 3(2).
<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/92481>
- Mayer, N. (2023). Mujeres que visitan la cárcel. De victimarias a víctimas de la selectividad del sistema penal. *Revista Geograficando*, 19(2), e137.
https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.17117/pr.17117.pdf
- Ministerio Público de la Defensa (MPD), Cornell Law School & The University of Chicago Law School. (2013). Mujeres en prisión en Argentina. Causas, condiciones y consecuencias.
<https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>
- Monclús Masó, M. (2018). Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196. *Revista Pensamiento Penal*.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46511-articulos-195-y-196-mujeres-hijos-prision>

Nari, M., Fernández, A., & González, M. (2022). Encierro y resistencia en las cárceles de mujeres en Argentina.

<https://drive.google.com/file/d/1SlJ5oP2B1i7Cm3BnMWNPj155b3N3rrdQ/view?usp=sharin>

Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), IDPC, CIM, Dejusticia, & OEA. (2016). Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe.

<https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2019). Los niños hablan sobre los efectos de la privación de libertad: El caso de América Latina.

https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/osrsg_children_speak_about_deprivation_of_liberty_s_19-04767.pdf

Paka Paka. (2022). Serie Abrazos. Historias de niñas y niños con familiares privados de la libertad [Videos].

<https://www.youtube.com/playlist?list=PLeb5KurR3ZBBb5SmePNJnInT'fx7kE9all>

Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN). (s.f.). Boletines estadísticos.

<https://www.ppn.gov.ar/index.php/estadisticas/boletines-estadisticos>

Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN). (2009). Cuerpos castigados: Malos tratos y tortura física en cárceles federales.

<https://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CuerposCastigados.pdf>

Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), Ministerio Público de la Defensa (MPD), & CELS. (2011). Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.

<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>

Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN). (2016). Población penal femenina detenida por infracción a la Ley 23.737 en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal.

<https://ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20estad%C3%ADstico%20Mujer%20y%20delitos%20de%20drogas.pdf>

Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), ACIFAD, & UNICEF. (2019). Más allá de la prisión: Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro.

<https://ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>

Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN). (2024). Población privada de libertad en cárceles federales. Informe trimestral julio–septiembre 2024.

<https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2024/10/PROCUVIN-Informe-Poblacion-Carcelaria-septiembre-2024.pdf>

- Red Internacional de Mujeres Familiares de Personas Privadas de la Libertad (RIMUF). (2021). El impacto de la cárcel en las mujeres familiares y las afectaciones a sus derechos humanos.
<https://rimuf.org/wp-content/uploads/2022/11/Informe-final-1-comprimido.pdf>
- Rodríguez, Y. (2018). El interés superior del niño y los fines de la pena. Los derechos de los niños y de las niñas dependientes de personas presas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2018(9), 1174–1180.
https://www.researchgate.net/publication/332704585_El_interes_superior_del_niño_y_los_fines_de_la_pena_Los_derechos_de_los_niños_y_de_las_niñas_dependientes_de_personas_presas
- Romero, A. (2014). Patear la reja: Género, encierro y acceso a la justicia. Mujeres encarceladas con sus hijos en la Provincia de Buenos Aires. Comisión Provincial por la Memoria, IIGG - UBA, Unión Europea.
<http://bibliots.trabajosocial.unlp.edu.ar/meran/opac-detail.pl?id1=12204>
- Servicio Penitenciario Federal. (2021). Protocolo de traslado de personas privadas de libertad en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal. Boletín Público Normativo, 28(731).
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/legislacion49753.pdf>
- Unidad de Género y Economía, Ministerio de Economía, Provincia de Buenos Aires. (2024). Madres que cuidan solas en la provincia de Buenos Aires. Informe sobre hogares monomarentales.
<https://www.ec.gba.gov.ar/areas/genero/Madres%20que%20cuidan%20solas%20en%20la%20provincia%20de%20Buenos%20Aires.pdf>
- Villalta, C., Daroqui, A., & Sánchez, N. (2013). Confrontando sentidos sobre la maternidad 'no ideal': Mujeres y madres presas en las cárceles de la provincia de Buenos Aires. VII Jornadas de Investigación en Antropología Social, Facultad de Filosofía y Letras, UBA.
<https://www.aacademica.org/carla.villalta/3>
- Zega, S., & Mendizábal, A. (1996). Hijos de madres presas: Los niños invisibles. Repositorio Digital Institucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdli/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=adrespe&cl=CL1&d=HWA_3159i
- Zega, S. (2021a). Niñxs a cargo exclusivo de personas detenidas. Los niñxs invisibles de la justicia penal argentina. *Revista Pensamiento Penal*, 28 de enero.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49668-ninxs-cargo-exclusivo-personas-detenidas-ninxs-invisibles-justicia-penal-argentina>
- Zega, S. (2021b). Justicia penal de adultos. La deudora menos pensada de los Derechos del niñx. En E. Kostenwein (Coord.), *Tristes tópicos judiciales: El trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes* (pp. 406–434). Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP).
<https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/148168>

Zega, S., & Fabiano, R. (2023). La cárcel y su impacto vicario sobre niños/as y adolescentes ajenos/as al proceso penal. *Prisiones. Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal, Universidad de Buenos Aires*, 2(4).

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-ceep/articulos/R-Prisiones-CEEP-2023-04-08-ZEGA.pdf>

Zega, S. (2024). Justicia penal de mayores y NNyA con responsables encarcelados/as: Un deber de debida diligencia incumplido. En E. Kostenwein (Coord.), *Los nuevos límites del dolor: Desafíos para el complejo campo de la justicia penal* (pp. 121–151). Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (EDULP).

<https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/173594>

Entre la espada y la pared: inminencia de la agresión de la legítima defensa en casos de violencia de género

Santiago José Naím¹

No olviden jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, deben permanecer vigilantes toda su vida.

Simone de Beauvoir

Resumen

El trabajo analiza la legítima defensa en contextos de violencia de género, centrado en casos sin confrontación inmediata, donde las mujeres reaccionan ante agresiones fuera del momento del ataque, pero en un marco de violencia permanente. A partir de jurisprudencia y doctrina con perspectiva de género, se plantea reinterpretar el requisito de inminencia, reconociendo que las víctimas viven en agresión continua. Se descarta la idea de venganza y se exploran alternativas como la legítima defensa putativa o el estado de necesidad disculpante. Se propone reconstruir la legítima defensa según estándares constitucionales e internacionales, incorporando contexto y violencia estructural.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Casuística | 3.- Legítima defensa | 4.- Legítima defensa con perspectiva de género | 5.- Mismo final, distinto contenido | 6.- Conclusión | 7.- Bibliografía

Palabras clave

legítima defensa – estado de necesidad disculpante – violencia de género – perspectiva de género – explotación sexual digital – Convención de Belém do Pará

¹ Abogado (UBA). Integrante del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Maestrando en Derecho Penal (UDESA). Correo electrónico: naimsantiagojose@gmail.com

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el instituto de la legítima defensa en casos en donde media violencia de género; esto es: aquellos casos que son denominados por la doctrina como de no confrontación inmediata, en los que la mujer que se defiende se encuentra inmersa en un círculo de violencia.

Aunque se ha escrito ampliamente sobre la legítima defensa, al centrar la atención en este tipo de casos surgen circunstancias especialmente relevantes para el análisis. La realidad evidencia que las normas que regulan este instituto son producto de una sociedad patriarcal, que ignora problemáticas arraigadas en la dinámica social y desconoce la evidente asimetría entre varones y mujeres.

De este modo, durante años, estas normas fueron interpretadas como compartimentos históricos estancos, lo que impedía encuadrar en ellas los casos que aquí se analizan. En consecuencia, tales situaciones no eran consideradas supuestos de legítima defensa, sino que, por el contrario, se subsumían en figuras penales que sancionaban la conducta defensiva de la mujer.

Sin embargo, con la llegada de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y la sanción de la ley 26.485, —no sin el incansable esfuerzo doctrinario del movimiento feminista— se han reinterpretado estas categorías en clave de perspectiva de género y se ha logrado equiparar —o, al menos, se ha intentado— la situación desigual en la que las mujeres se encuentran. Con todo, estas interpretaciones aún no son pacíficamente aceptadas por la literatura jurídica —nada más lejano que ello— y, aun cuando sus promulgadores arriban al mismo resultado, se encuentran diferencias en sus razonamientos.

Este tipo de circunstancias son las que nos obligan a repensar, cuestionar y pulir los criterios con los cuales aplicamos la legítima defensa para casos de violencia de género. No debemos conformarnos con lo ya alcanzado, pues lejos de ser definitivo, requiere un perfeccionamiento constante que permita mejorar la aplicación de estas interpretaciones y, al mismo tiempo, sumar adhesiones que contribuyan a su consolidación. Sin perjuicio de ello, la corta extensión de este trabajo solo me permitirá exponer algunos de los lineamientos más importantes que se han planteado alrededor del tema, principalmente en lo atinente a la actualidad de la agresión.

En primer lugar, expondré una serie de casos que resultan relevantes dentro de la jurisprudencia. Puesto que la legítima defensa es un instituto cuya afirmación o negación depende especialmente de los hechos que se traen a estudio, resulta necesario establecer las características comunes que tienen los casos a los que hago alusión: ellos se denominan casos de no confrontación inmediata. Luego, haré mención sobre algunos presupuestos de la legítima defensa. Me limitaré a explicar sólo aquellos a los que luego haré referencia, pues doy por conocidos los presupuestos básicos de la causal de justificación mencionada.

Posteriormente, y en el apartado que espero resulte la parte central de este trabajo, explicaré cuales son los fundamentos para entender por qué en los casos de no confrontación inmediata, las mujeres víctimas de violencia de género sí se defienden contra una agresión actual e inminente.

Finalmente, aportaré una respetada opinión que, si bien difiere de la que propongo, arriba al mismo resultado absolutorio, y a la que debe reconocérsele mayor eficacia práctica.

2. Casuística

Una mujer en Estados Unidos contrajo matrimonio a los catorce años. Desde ese entonces, y durante 25 años, sufrió violencia por parte de su marido. Éste, quien tenía un consumo problemático de alcohol, la obligaba a prostituirse, la vigilaba, la trataba como un perro, haciéndola comer alimento balanceado y dormir en el suelo. En distintas oportunidades él intentó matarla y, en otras, ella intentó quitarse la vida. También intentó buscar ayuda a través de la policía, pero cuando estos llegaban al domicilio le preguntaban delante de él qué ocurría y ella por temor respondía que nada; solicitó ayuda social pero el agresor logró volver a arrastrarla al domicilio. Todo lo cual, como era de esperarse, agravó la situación que iba incrementando y escalando los niveles de violencia cada vez más. En ese contexto, un día de 1985 la mujer mató a su marido mientras él dormía.

En virtud del episodio, se realizaron dos juicios y finalmente fue condenada a la pena de seis años de prisión, su sentencia quedó firme luego de que la Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte rechazó la posibilidad de una legítima defensa arguyendo que no existió un ataque inminente del cual defenderse. Este es el emblemático caso de Judy Norman que ha sido estudiado por innumerable cantidad de profesionales del derecho. Su importancia radica en que fue escogido por el feminismo mundial como un estandarte.

En nuestra jurisprudencia local existen también numerosos casos de estas características; muchos de ellos han sido resueltos favorablemente para la mujer imputada, pero, para llegar a una decisión absolutoria, han tenido que transcurrir muchísimos años detenidas en prisión o, en el mejor de los casos, sufriendo la coerción del proceso hasta que alguna instancia superior hizo lugar a su reclamo.

Uno de ellos resulta ser el caso de Gladys Bulacio y su hija J.; según tuvo por probado el Tribunal, los hechos del caso se dieron de la siguiente manera:

«El 18 de agosto de 2004 aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias en que Gladys Bulacio y su hija J. regresaban caminando a su domicilio [...], fueron interceptadas en la entrada por Amílcar Polinico Juárez, esposo de la primera y padre de la segunda, quien violentamente les cruzó la camioneta en que se movilizaba, las insultó, amenazó y comenzó a pegarles trompadas y patadas obligando a las mujeres a ingresar a la casa [...] Una vez que madre e hija fueron forzadas por Juárez a ingresar a la casa, comenzó para ellas un verdadero calvario, que incluyó una serie ininterrumpida de golpes de Amílcar Juárez hacia Gladys Bulacio que le causaron múltiples lesiones. La violencia se ejerció, además, rompiendo vidrios y blandiendo en forma amenazante un arma de fuego, la que Juárez usualmente portaba y que en la ocasión disparó dos veces hacia [...] Gladys Bulacio en el local de la planta baja, obligándola luego a subir a la casa con la finalidad de mantener relaciones sexuales. En forma intimidante, arma de fuego en mano, Juárez llevó a Bulacio a la habitación principal, lugar donde la mujer comenzó a quitarse sus prendas íntimas, en tanto Juárez la esperaba acostado en la cama, momento en el cual, aprovechando un descuido de su esposo, Gladys Bulacio tomó el arma de fuego que llevaba Juárez y le descerrajó dos disparos en la sien derecha, poniendo fin a la agresión y a la vida de hasta quien hasta ese día había sido su esposo

[...] El modo de ingreso de los proyectiles y la posición del cadáver llevan a concluir que Bulacio aprovechó un intersticio de cese de violencia para tomar el arma que antes detentaba Juárez y poner fin al castigo al que hasta ese momento estaba siendo sometida».

Los jueces del caso absolvieron a la imputada, analizaron el caso con perspectiva de género —sin mencionarlo expresamente—, y tuvieron en cuenta el contexto de violencia permanente previo en el que la mujer vivía.

Otro caso transcurrido en la Provincia de Buenos Aires que resulta ilustrativo es el caso que ha llegado a conocimiento de la Sala VI del Tribunal de Casación de esa provincia. El tribunal de juicio absolvió a S.B.L. por el homicidio de su esposo. La sentencia fue recurrida y el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires confirmó la sentencia. Para arribar a esa decisión, entendió que la mujer obró en legítima defensa suya y de su hija al dispararle a su marido mientras dormía.

Se tuvo por probado durante el juicio que, regularmente, el marido de S.B.L. le pegaba con su tonfa reglamentaria —era policía— y la amenazaba con su arma de fuego reglamentaria. Respecto del momento de la agresión, se estableció que la víctima fatal apuntó con su revólver —tanto a ella como a su bebé— durante horas. Luego, la tomó violentamente de los cabellos y le refirió que se iría a dormir. Cuando la acusada se acostó y se tapó, le quitó la frazada, diciéndole «no te la mereces», por lo que debió ir en busca de otras frazadas. Pero él, nuevamente se levantó y se las quitó por la fuerza para darse vuelta, dejando el arma entre medio de los dos en la cama. En ese momento, la acusada agarró el arma y le disparó.

Aunque, como ya se señaló, el tribunal de primera instancia absolvió a la imputada, la sentencia fue apelada por el fiscal, quien consideró que la agresión ya no era actual ni inminente, dado que la víctima se preparaba para dormir. De esta forma, la fiscalía conjeturó que la imputada pudo haber abandonado la habitación e irse. No obstante, el superior se apartó de los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal y confirmó la sentencia absolutoria.

En definitiva, muchos casos similares pueden encontrarse en la jurisprudencia local e internacional². Todos comparten, como expliqué, similitudes en cuanto a la casuística. Pero, además, lo que es mucho más importante es que también coinciden en que, al menos en una instancia, alguno de los actores judiciales que tuvo que intervenir —ya sea fiscales, jueces de primera instancia, sus colegas de segunda instancia o hasta en algunos casos los superiores tribunales provinciales—han interpretado que la inminencia de la agresión ya había cesado y, por lo tanto, la defendida actuó fuera del permiso otorgado por la ley.

Veamos entonces de qué trata el requisito de la actualidad de la agresión en la legítima defensa.

² Lanzilotta, S. I. (2021). Indefensión en el hogar, autodefensa y defensa jurídica (Cap. 5). Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.

3. Legítima defensa

La legítima defensa se enmarca en la teoría del delito como una causal de justificación; por lo tanto, quien hace uso de este derecho, se defiende legítimamente, y no comete un ilícito, sino que obra conforme el ordenamiento jurídico. Se la puede definir como aquella reacción necesaria y racional, contra una agresión actual, inminente y no suficientemente provocada. En lo que aquí respecta, uno de los requisitos fundamentales para analizar los casos que propongo es la agresión ilegítima.

Según acuerdo general de la doctrina, la agresión -siempre ilegítima- que se pretende repeler debe ser, como dije, actual e inminente. Existen distintas posiciones para delimitar cuándo una agresión es actual. Sin embargo, coincido con aquella que indica que una agresión será actual cuando se encuadre dentro de la fase final de los actos preparatorios, inmediatamente previa a la tentativa, y hasta la concurrencia conjunta de la consumación y el agotamiento material del delito (Roxin, 1997, p. 620) –ver figura 1–.

FIGURA 1

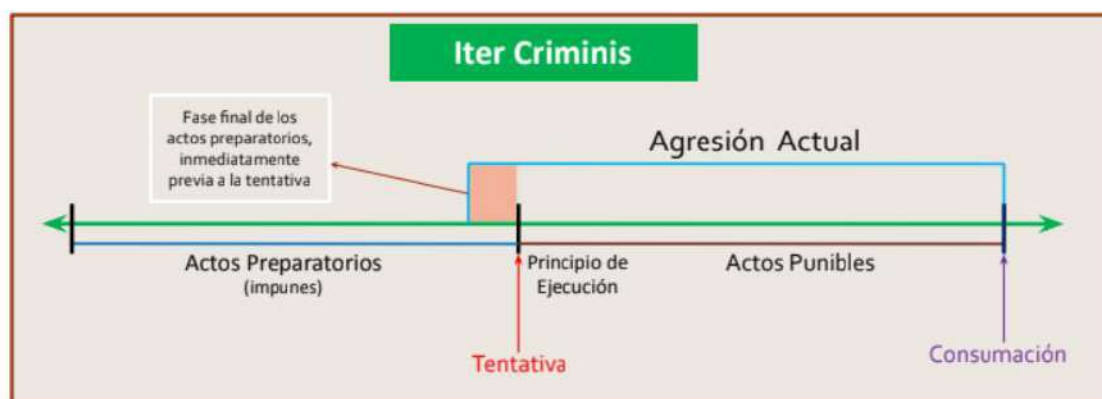


Imagen: Santiago José Naím

En el mismo sentido, el profesor Rusconi describe la inminencia de una agresión como el período que comienza con el principio de ejecución de la agresión, pero que puede darse incluso antes (Rusconi & Kierszenbaum, 2016, p. 90). Según estos autores, con cita en nuestra legislación local, el primer momento en que se puede repeler la agresión es a partir de la decisión irrevocable del agresor de comenzar, aun antes que este comience. Por esto, actúa en legítima defensa quien dispara en la pierna a otro sujeto que se acerca con ánimo de lesionarlo blandiendo un arma contundente de modo amenazante.

Hay quienes equiparan el inicio del derecho a defenderse con la tentativa. Esto significa que el agredido recién podrá defenderse cuando el autor ingrese al campo de la tentativa: en el caso anterior, si se pudiera detener el tiempo en el momento exacto en el que el agresor levanta el objeto contundente para golpear, y se pudiera analizar su accionar, todos diríamos que nos encontramos ante una tentativa y, entonces, según la tesis que vengo presentando, a partir de ahí existe derecho a defenderse legítimamente.

Sin embargo, a mi entender equiparar la actualidad de la agresión con la tentativa resulta un grave error, en tanto se estaría limitando en gran medida el derecho a la legítima defensa que se convertiría en un legítimo contraataque. Pues, existen razones propias del Estado de Derecho para situar a la tentativa lo más próxima posible a la consumación; empero, esto no tiene nada que ver con el derecho a defenderse de todos los ciudadanos.

Limitar de tal manera este derecho obligaría a soportar al agredido el ataque para, recién una vez allí, poder tomar medidas. Explica Roxin que esto ni siquiera beneficiaría al agresor ya que, en el último momento, frecuentemente, es necesario para la defensa causarle al agresor una lesión mucho más grave que la que hubiera requerido en un momento anterior (Roxin 1997, p. 620).

Por otro lado, así como existen discusiones respecto a cuándo comienza el derecho a defenderse, también existen con respecto a la finalización de ese derecho. Siguiendo la línea del autor alemán, cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada: esto es admisible especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación jurídica (Roxin 1997, p. 621). Por ello, como mencioné anteriormente, recién finaliza el derecho a una defensa legítima cuando se dan en conjunto la consumación y el agotamiento material del delito.

Las discusiones que se dan en torno a este tipo de cuestiones no son menores. Por lo contrario, revisten tal importancia que pone en juego el propio Estado de Derecho: es que, recordemos, la legítima defensa resulta ser el último resquicio de violencia que ha quedado en mano de los particulares. En una lógica contractualista de la sociedad, hemos entregado el monopolio del uso de la fuerza al Estado y, por tanto, es deber de éste protegernos de quienes pretendan utilizarla en nuestra contra. Sin embargo, allí donde el Estado no puede protegernos —por distintas razones— se nos habilita la facultad de defendernos a nosotros mismos o a terceros con dos propósitos: el primero es la protección personal de nuestros bienes y el segundo es la prevalencia del derecho frente al delito o injusto. Por ello, la legítima defensa siempre es subsidiaria —del Estado— en la preservación de nuestros derechos.

En esa lógica, quien emplea la violencia fuera del permiso otorgado para defenderse, no hace más que arrogarse facultades estatales que ponen en juego el orden social pacífico y el monopolio estatal de la violencia. Al mismo tiempo, reducir al máximo la facultad de acción del agredido, limitándolo a que tenga que soportar la agresión de quien actúa fuera del pacto socialmente aceptado, también, pone en juego el orden social pacífico y promueve la venganza privada o la justicia de mano propia.

En consecuencia, sus límites han de ser establecidos de manera muy precisa y clara, a fin de que el agredido tenga la posibilidad de defender sus bienes de forma eficaz, sin que ello requiera poner en juego su vida o alguna actitud heroica; pues, también recordemos, nos encontramos en el campo de la antijuricidad y actuamos contra una agresión que no debe ser tolerada, aunque ello no equivale a extender las facultades de tal forma que se permita una venganza privada o justicia por mano propia encubierta..

4. Legítima defensa con perspectiva de género

Hemos visto en apartados anteriores que, en su mayoría, los planteos de legítima defensa en casos de no confrontación son rechazados por distintos actores judiciales debido a que, a su entender, la agresión inminente ya habría cesado y, por lo tanto, la mujer habría actuado fuera del permiso legal. También, expliqué la importancia de definir claramente cuáles son los límites en donde el agredido puede obrar en defensa suya o de un tercero sin excederse del marco de lo permitido.

Ahora explicaré como, a nuestro entender, debe interpretarse el requisito de la actualidad de la agresión en casos de no confrontación inmediata, utilizando para ello perspectiva de género.

Aunque resulte reiterativo en este tipo de trabajos, no puede pasarse por alto las obligaciones asumidas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional al suscribir, entre otros tratados, la CEDAW en 1979 y la Convención de Belém do Pará en 1994. En particular, al refrendar estos instrumentos, el Estado reconoce la existencia de relaciones estructurales de poder desiguales entre varones y mujeres. En consecuencia, todos los operadores estatales tienen el deber de asumir que, en principio, sus valoraciones pueden estar atravesadas por prejuicios de género. De allí se desprende la necesidad de interpretar, aplicar y elaborar las normas con perspectiva de género.

Ahora bien, ¿qué significa trabajar con perspectiva de género? Aunque su desarrollo atraviesa todo este trabajo, podemos anticipar qué implica reconocer como punto de partida que las mujeres —y, en general, todas las personas que no se ajustan al modelo del varón blanco, occidental, heterosexual, con patrimonio y educación— se encuentran en una situación estructural de subordinación. Este enfoque nos exige romper con ese patrón tradicional de observación e incorporar la interseccionalidad como herramienta de análisis. Esto supone atender a la situación concreta de cada persona involucrada en un caso, considerando factores como la edad, la clase social, la identidad de género, la orientación sexual, entre otros, que pueden agravar esa desigualdad inicial. Juzgar con perspectiva de género, en definitiva, implica abandonar la noción del sujeto neutro del derecho y construir decisiones situadas, conscientes de los sesgos y estereotipos que históricamente han atravesado al sistema penal.

En este sentido, analizar con enfoque de género los casos en los que las mujeres sufren violencia —ya sea como víctimas o como imputadas—, y hacerlo desafiando los prejuicios androcéntricos que subyacen en las estructuras dogmáticas del proceso penal, es una obligación con jerarquía constitucional y convencional. Por ello, en este trabajo propongo abordar desde esta perspectiva el análisis del requisito de la actualidad de la agresión en la legítima defensa.

Si aceptamos que tanto la creación como la interpretación de nuestras normas están impregnadas de prejuicios y sesgos en perjuicio de las mujeres, resulta evidente que sus resultados también lo estarán. Debemos tener en cuenta que las normas son creadas por legisladores que han sido elegidos por los miembros de una sociedad. Ahora bien, previo a esa instancia electoral, la conformación de las listas de candidaturas no es un proceso neutral ni transparente, sino que responde a disputas de poder históricamente dominadas por varones.

Así lo demuestran los informes realizados en 2016 y 2021, en donde se utilizó el Índice de Paridad Política desarrollado por la iniciativa regional ATENEA, impulsada por el PNUD, ONU Mujeres e IDEA Internacional, con el objetivo de evaluar el grado de equidad de género en la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe. Según las conclusiones allí vertidas, los partidos políticos en Argentina registran bajos niveles de participación femenina, sin que se demuestren compromisos efectivos con la igualdad sustantiva. En efecto, las dimensiones con puntuaciones más bajas en 2021 fueron «Partidos Políticos» (26,2) y «Poder Judicial y Electoral» (13,3), lo que evidencia severas deudas con la igualdad de género en esos ámbitos. Si bien se han implementado medidas correctivas orientadas a revertir, al menos parcialmente, la desigualdad estructural en el acceso de las mujeres a los espacios de poder —como la Ley de Cupo

Femenino (N.º 24.012) y, posteriormente, la Ley de Paridad de Género (N.º 27.412) –, lo cierto es que, aun con un marco normativo paritario, persisten obstáculos significativos en el ejercicio efectivo del poder.

En consecuencia, si en la dinámica social hallamos relaciones asimétricas de poder en donde la mujer se encuentra sometida al varón de distintas maneras –como la que recientemente mencionamos–, es lógico pensar que, al elegir a sus representantes, la sociedad reproduce esta asimetría hacia los organismos de creación de normas –tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo–, que a su vez designan a quienes deben aplicarlas –el poder judicial–. En definitiva, todo ello crea un manto de legitimidad sobre esta dinámica social injusta y opresiva, que se traduce en la aplicación de la ley a través de sentencias injustas.

Por lo tanto, resulta imperante que –entre otras cosas–, al momento de aplicar la ley, los jueces tengan en cuenta que estos sesgos y prejuicios se encuentran encarnados en la propia letra de la norma y deben, sin apartarse de ella, aplicarla conforme los estándares impuestos, tanto por las convenciones mencionadas, como por la Corte IDH.

En este mismo sentido, con mucha mayor precisión y claridad, Elena Larrauri (2001, p. 1), citando a Catherine MacKinnon (1987), señala que, al abordar el derecho penal con perspectiva de género, se advierte que tanto las normas penales como su aplicación por parte de los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en sí mismos como sujetos de referencia. Continúa, en otra publicación, con una idea que entiendo es fundamental y engloba todo lo que hasta aquí intenté explicar:

«[...] no se trata de un supuesto de mala interpretación sino de una interpretación correcta, pero de una interpretación ‘correcta’ de unas normas que fueron dotadas de un contenido en un momento en el que el cincuenta por ciento de la población no contaba y por tanto tampoco contaban sus circunstancias. Es por ello necesario que estás normas se amplíen» (2009, p. 37-55).

Específicamente en lo que hace a la legítima defensa, enseña la autora antedicha que si existe una figura dentro del derecho penal que puede tener efectos discriminatorios hacia las mujeres cuando se la aplica de manera estricta y formal, esa es la legítima defensa. Ello se debe a que sus exigencias fueron construidas en torno a un modelo de enfrentamiento entre varones, partiendo de la idea de sujetos con fuerza y capacidad de reacción equivalentes. Este enfoque excluye a la mayoría de las mujeres, quienes, ante una agresión violenta, suelen contar con una menor capacidad física para repeler el ataque, lo que las obliga a recurrir a formas de defensa menos directas y más adaptadas a su situación particular (Larrauri & Varona Gómez 1995, p. 41).

No obstante, coincidimos con Patricia Laurenzo Copello (2019, p. 19) en que ello no implica que debamos prescindir de los requisitos legales que estructuran una causa de justificación tan consolidada como la legítima defensa, ni que dichas exigencias deban flexibilizarse únicamente por tratarse de una mujer quien actúa. Lo que se propone, más bien, es corregir –a través de una interpretación adecuada– el sesgo androcéntrico con el que fueron diseñadas muchas figuras del derecho penal, entre ellas la legítima defensa, las cuales se construyeron sobre la base de cómo los varones ejercen la violencia y se defienden, excluyendo por completo a las mujeres como posibles sujetos del derecho de defensa, así como sus circunstancias específicas y formas particulares de reaccionar ante una agresión. De esta forma, no se pretende una legítima defensa ad hoc para las mujeres,

pues ello produciría un efecto simbólico-comunicativo profundamente negativo al reforzar una vez más la falsa imagen victimista y vulnerable del género femenino.

Ahora bien, como mencioné anteriormente, y ya adentrándonos específicamente en casos de «*no confrontación inmediata*», resulta sumamente importante conocer y entender los datos de contexto. Pues, solamente de esa forma podremos visualizar si estamos ante un caso de violencia de género, cómo está dado el vínculo entre víctima y victimario y cómo se despliega la relación opresiva en todos los aspectos de la vida de la víctima.

Especialistas en la materia, como Julieta Di Corleto (2006, p. 16), explican que los datos de contexto en este tipo de casos no solo permiten revelar las verdaderas circunstancias vividas por las mujeres que han sufrido violencia, sino que también favorecen una mejor comprensión del fenómeno de la violencia y de las respuestas institucionales frente a él. La autora se anticipa a posibles críticas sobre la incorporación de dichos datos al proceso penal y sostiene que, si bien la dogmática tiende a presentar los casos de manera tal que admitan una única e indiscutible solución, lo cierto es que el razonamiento contextual permite repensar el marco de lo jurídicamente relevante, reconociendo hechos periféricos que, por sus consecuencias, no pueden ser ignorados.

Ahora volvamos al caso S.B.L. resuelto en la provincia de Buenos Aires por el Tribunal de Casación provincial. Durante el debate se ventilaron distintas cuestiones que tienen que ver con la dinámica del vínculo que unía a S.B.L. con su marido. Éste la maltrataba y ejercía violencia de distintas maneras, entre ellas física y verbal. Además, ejercía violencia contra la pequeña hija de ambos, siendo que la noche de los hechos le habría gatillado tanto a S.B.L. como a la niña. Es claro que nos encontramos ante un caso claro de violencia de género, tal definición resulta central para la resolución del caso.

La postura clásica que se opone a admitir la legítima defensa en estos tipos de casos resulta ser aquella adoptada por la fiscalía. En concreto, sostuvo —tanto en primera como en segunda instancia— que la decisión de S.B.L. de tomar el arma reglamentaria de su marido y dispararle mientras dormía no fue inmediata, sino mediada, analizada y razonada. Asimismo, cuestiona por qué la acusada no optó por irse de su casa y denunciar a su marido. De acuerdo con el fiscal, el razonamiento del fallo de primera instancia resultaba absurdo y consideró que no se cumplió con el requisito de agresión ilegítima actual o inminente, por lo que la aplicación de la causal era errónea. Interpretó que la agresión ya había cesado, porque el marido se disponía a dormir. Propuso que «[...] *podría haber optado simplemente por retirarse de la residencia como ya lo había hecho anteriormente*»

Resulta evidente la adhesión del representante de la vindicta pública a una interpretación tradicional de la normativa vigente, alejada completamente de las obligaciones que el Estado —del cual forma parte— asumió frente a los organismos internacionales, carente de perspectiva de género y propia de un análisis fragmentario de la evidencia recolectada que desatiende los antecedentes del caso.

Para resolver este tipo de conflictos con enfoque de género, proponemos tener presente como se desarrolla el ciclo de violencia contra las mujeres. Ello ocurre en 3 fases: a) la acumulación de tensión, caracterizada por discusiones constantes, o indiferencia extrema. La mujer empieza a captar señales de descontento de la pareja y empieza a alterar su comportamiento para evitar el enojo de su compañero. Se ha explicado que el miedo es tan intenso que la mujer incluso realiza aquello que enoja a su pareja de modo de terminar con la violencia psicológica a la que se encuentra expuesta; b) explosión de violencia, caracterizada por descarga desenfadada de golpes, esta fase puede durar minutos o días; c) luna de miel, caracterizada por las muestras de

arrepentimiento del hombre, las cuales vienen acompañadas de salidas o regalos o simplemente cuidados. El hombre pide perdón y promete que no va a volver a golpearla (Rioseco Ortega, 1999, p. 583).

De acuerdo con esta teoría, principalmente desarrollada por Leonore E. Walker, el círculo de la violencia contra la mujer es un proceso cíclico, que presenta como característica fundamental el aislamiento de la víctima, quien es alejada de sus vínculos afectivos primarios. Agrega la autora que una de las características de un golpeador es que su comportamiento alimenta el ideal romántico de amor: el amor es pasional, y la mujer, socializada bajo este paradigma, asocia a ese hombre que la ama desmedidamente con la idea de complemento y felicidad. Así, la mujer tolera el momento de la explosión de la violencia, y convencida de que con su amor podrá ponerle fin a la misma, es capaz de soportar y perdonarlo todo cuando el varón asume un comportamiento de arrepentimiento en la tercera fase, con la esperanza de que el violento actúe como lo hacía en un principio.

Walker (1992) habla de una paradoja siniestra: cuanto más perdona la mujer, el efecto es inverso, más cruel es la reacción violenta. A su vez, todo intento de defensa y/o escapatoria también se traduce en un escalamiento de la violencia. El aislamiento y silencio de la víctima en este contexto es el éxito del victimario: la mujer se encuentra sola, usualmente sin autonomía económica, y carece de espacios y/o redes dónde hablar de lo que le sucede.

En este punto, es oportuno destacar que el Comité de Expertas del MESECVI indicó que, en contextos de violencia contra las mujeres, la agresión presenta una inminencia permanente, caracterizada por dos aspectos. Por un lado, la violencia es continua y puede manifestarse en cualquier momento durante la convivencia, generando en la víctima un estado constante de temor y tensión. Por eso, la inminencia debe interpretarse más allá del instante preciso del ataque, ya que forma parte de un continuum de violencia cuya finalización resulta incierta. Por otro lado, esta violencia suele ser cíclica: el agresor alterna el maltrato con conductas afectuosas que refuerzan el vínculo, atrapando a la mujer en una relación de dependencia emocional.

En este sentido, surge claro que lo que puede parecer el fin de la agresión, en realidad son momentos extensos de calma; que, a su vez, son percibidos como previos a una agresión. Pues, la mujer se encuentra en una agresión permanente, en donde existió un principio —a veces alejado en el tiempo— pero que no tiene final. Allí ubicamos el fundamento principal para enmarcar estos casos dentro de la legítima defensa: el estado de permanente agresión que sufren las mujeres víctimas de violencia de género. No se halla ni en el momento final de los actos preparatorios, ni en el delito consumado, ni agotado; sino que la mujer se encuentra siendo violentada de forma permanente y, de allí, que su defensa sea legítima para hacer cesar ese estado. Tal como mencioné, ello se conoce a partir de los datos de contexto a los que ya hemos hecho referencia.

En el trabajo ya citado, sugiere Di Corleto que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de inminencia o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente. Nos inclinamos por la primera opción: no debemos confundir inminencia con inmediatez, pues un ataque puede ser inminente pero no inmediato. Así lo explica Zaffaroni (2000, p. 595) «[...] *cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar [...]: la existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él*»

Así, la mujer que se defiende ante un respiro en el ataque, por más prolongado que sea, no lo hace en venganza o justicia de mano propia, ni tampoco en una ejecución extrajudicial; sino, todo lo contrario, en el uso legítimo de su derecho de cesar con la agresión ilegítima que está sufriendo de forma actual, bajo la óptica ya mencionada.

Un criterio diferente exigiría que la mujer esperara el instante exacto en que el agresor iniciara el ataque para recién entonces poder defenderse, lo que evidentemente frustraría cualquier posibilidad real de defensa. Tampoco es razonable argumentar, como lo hizo la fiscalía, que debió haber abandonado la habitación pues el delito nunca puede prevalecer ante el derecho. Como explica Sofía Inés Lanzilotta (2021, p. 135), este argumento se repite en la mayoría de los casos, lo que evidencia que se trata de una respuesta automática, genérica, que lejos está de contemplar las particularidades del caso. Si ya lo había hecho con anterioridad –como sucede en muchas ocasiones–, se demuestra un método de defensa ineficaz. Además, resulta una falacia argumentativa el incorporar la posibilidad contrafáctica de que le hubiera bastado retirarse del domicilio, si en rigor no se atiende al caso concreto.

5. Mismo final, distinto contenido

Un criterio diferente exigiría que la mujer esperara el instante exacto en que el agresor iniciara el ataque para recién entonces poder defenderse, lo que evidentemente frustraría cualquier posibilidad real de defensa. Tampoco es razonable argumentar, como lo hizo la fiscalía, que debió haber abandonado la habitación pues el delito nunca puede prevalecer ante el derecho. Como explica Sofía Inés Lanzilotta (2021, p. 135), este argumento se repite en la mayoría de los casos, lo que evidencia que se trata de una respuesta automática, genérica, que lejos está de contemplar las particularidades del caso. Si ya lo había hecho con anterioridad –como sucede en muchas ocasiones–, se demuestra un método de defensa ineficaz. Además, resulta una falacia argumentativa el incorporar la posibilidad contrafáctica de que le hubiera bastado retirarse del domicilio, si en rigor no se atiende al caso concreto.

Finalmente, en la introducción de este trabajo mencioné que, aún entre quienes adoptan un criterio absolutorio para este tipo de casos, lo hacen utilizando distintos caminos. A continuación, resaltaré uno de ellos que resulta interesante.

En la causa N.º 84077, también resuelta por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires y en la que los hechos presentaban notorias similitudes con los ya mencionados, la mayoría del tribunal –integrada por los jueces Maidana y Carral– decidió absolver a la acusada. Sin embargo, cada magistrado lo hizo conforme a su propio voto, ya que optaron por fundamentos distintos para arribar a la misma solución absolutoria.

El juez Maidana utilizó el criterio que este trabajo propone en relación con la actualidad de la agresión, en cuanto explicó que no debe «[...] entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica». Además, precisó que:

«[...] es necesario considerar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde la perspectiva de género anteriormente descrita, puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente

temporal y entendida como tiempo presente, implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento».

Por su parte, el juez Carral, tras dejar en claro que no se encontraba en discusión el contexto de violencia de género en el que se desenvolvía la relación de pareja, sostuvo que no lograba advertir en la causa desde qué momento los hechos permitirían afirmar la inminencia de una agresión, ni cuál sería el juicio normativo correspondiente a esa valoración. En consecuencia, a su criterio, la perspectiva de género no puede autorizar un salto lógico en las categorías propias de la dogmática penal. Según su postura, el condicionamiento psíquico –que es siempre actual– no habilita una defensa legítima, del mismo modo que el temor ante un posible daño futuro no puede ser equiparado a una agresión actual.

Indicó que, frente al evidente error sobre un presupuesto que condiciona la causa de justificación, fundado en el contexto de violencia de género, cabía la posibilidad de analizar tres alternativas: a) por un lado, si se considera que el error es invencible y no imputable tornaría la conducta no reprochable; b) que en caso de considerarlo vencible permitiría la aplicación de la regla del art. 35 CP, teoría de la culpabilidad mediante; c) legitimar la posibilidad de revisar la reprochabilidad desde un estado de necesidad disculpante.

Debido a que el juez Carral se manifestó en el marco de un *«obiter dictum»*, no terminó de definir su postura respecto del caso en concreto, por lo que es difícil realizar una crítica a un razonamiento incompleto. Sin embargo, pareciera que el magistrado se inclina por pensar que nos encontramos ante una legítima defensa putativa por un error del autor, que cree estar defendiéndose de una agresión que, en realidad, según él –Carral–, ya cesó.

Carral menciona en reiterados pasajes de su voto que, tanto la defensa como la fiscalía, han utilizado frases dogmáticas y citas doctrinarias sin realizar una explicación cabal respecto a por qué la agresión aún permanecía latente. Por ello, tampoco podemos descifrar completamente su postura, quizás ante un planteo más preciso, su criterio sería distinto.

Así y todo, la solución que esboza resulta más que interesante. Si bien –en principio– parece no aceptar el estado de permanente agresión, al cual suscribimos y proponemos en este trabajo, lo cierto es que la utilización de este criterio podría tener una función práctica: esto es, lograr la absolución de mujeres que se encuentran imputadas por casos de no confrontación inmediata; acercando a quienes tampoco están de acuerdo con la solución que expusimos, pero quizás sí puedan aceptar ésta que parece encontrarse en un punto medio.

6. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos presentado el problema que suscita la interpretación tradicional del requisito de la inminencia del ataque de la legítima defensa en casos en donde media violencia de género.

Desde un principio manifestamos que, si bien la jurisprudencia tiene precedentes absolutorios, existen aún muchos operadores judiciales que no están dispuestos a adoptar los criterios que aquí se proponen. Principalmente por ello, es que vemos jurisprudencia de tribunales superiores, pues las mujeres han tenido que recurrir a instancias superiores para lograr una sentencia definitiva absolutoria; en todos los casos soportando la coerción

propia del proceso penal durante muchos años, pero también en algunos casos –y no en pocos– detenidas con prisión preventiva.

Asimismo, demostramos cuál es la tensión existente en la delimitación del derecho a la legítima defensa, ya sea en su comienzo o en su final; que tiene como principal rehén a la paz social, en tanto valor principal a preservar por el juego armónico en la interpretación de los hechos y el derecho.

Explicamos que la perspectiva de género es la única interpretación constitucional y convencionalmente válida en virtud de los compromisos asumidos por el Estado internacionalmente. Ello nos obliga a hacer una redefinición –necesaria– de los institutos que surgen del derecho penal, en tanto su creación normativa ha reproducido los sesgos y prejuicios comunes de toda la sociedad en materia de género. En virtud de ello, propusimos la redefinición del requisito de la inminencia, a través de los datos de contexto, y el concepto de agresión permanente como argumento central a la hora de interpretar si el ataque se encontraba latente o, en cambio, la mujer actuó fuera del permiso legal.

Finalmente, presentamos el criterio del juez Carral como una vertiente distintiva dentro de aquellos que arriban a un veredicto absolutorio. Como explicamos, su potencial radica en la posibilidad de lograr consensos entre quienes ven la tesis aquí presentada como incorrecta.

7. Bibliografía

- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (5), Lexis Nexis.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism unmodified*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Laurenzo Copello, P. (2019). Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21, 1–21. <https://www.criminologia.net/pdf/reicpc/21art21.pdf>
- Larrauri, E. (2002). Violencia contra las mujeres, derecho penal y políticas públicas. Conferencia presentada en el Seminario sobre violencia de género, San José, Costa Rica.
- Larrauri, E. (2009). Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), 169–190.
- Larrauri, E., & Varona Gómez, D. (1995). *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona, España: Editorial Universitat de Barcelona (EUB).
- Lanzilotta, S. I. (2021). *Indefensión en el hogar, autodefensa y defensa*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.
- Rioseco Ortega, L. (1999). *Mediación en casos de violencia doméstica*. Santiago de Chile, Chile: Lom Ediciones / La Morada.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I, 2.^a ed.). Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. A., & Kierszenbaum, M. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Jurisprudencia

Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. (2010, 3 de junio). Bulacio, Gladys Lery s/ homicidio calificado.

Tribunal Oral en lo Criminal N.º 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. (2014, 9 de diciembre). S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo.

La Corte Suprema, firme contra el narcomenudeo

Comentario al fallo «Loyola, Sergio Alejandro» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Andrés Bacigalupo¹

Resumen

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un fallo que declaraba la inconstitucionalidad de los mínimos y máximos de las penas por delitos de microtráfico de drogas sometidos a las jurisdicciones adheridas al régimen de desfederalización parcial del art. 34 de la ley 23.737.

Sumario

1.- Un antecedente con buenas intenciones | a.- Los planteos en juego | b.- Lo poco que nos deja «Loyola»

Fallo comentado

Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Loyola, Sergio Alejandro s/ comercialización de estupefacientes s/ recurso de inconstitucionalidad p/ recurso extraordinario»; CSJ 555/2018/CS1; 19 de marzo de 2025.

Palabras clave

estupefacientes – narcomenudeo – mínimo de la escala penal – inconstitucionalidad – art. 34 ley 23.737

¹ Abogado penalista. Especialista en Defensa y Garantías Constitucionales. Responsable de la sección Drogas y Derecho Penal de la Revista Pensamiento Penal. Correo electrónico: andres_bparana@hotmail.com

1. Un antecedente con buenas intenciones

Tras nueve años de aplicación en la Provincia de Córdoba, un emblemático antecedente jurisprudencial fue sepultado el pasado 19 de marzo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, «CSJN»). Se trata del célebre antecedente del Superior Tribunal cordobés «Loyola, Sergio Alejandro s/comercialización de estupefacientes» en virtud del cual se había declarado la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal en los delitos del art. 5 inc. c) de la Ley 23.737 cuando eran llevados a cabo en el marco de infracciones a la ley nacional de desfederalización N°26.052 (vulgarmente denominada «*de narcomenudeo*»), esto es, cuando los actos de venta o distribución se realicen en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor, en provincias adheridas al régimen previsto en el art. 34 de la mentada ley de drogas.

El antecedente marcó un hito en materia de estupefacientes. Puede decirse sin lugar a duda que varias personas evitaron la cárcel por su aplicación; como vemos, esta piedad judicial llegó a su fin.

El microtráfico de droga en la Argentina nunca había sido materia de legislación autónoma, por el contrario, hasta el año 2005, tanto micro como macro tráfico de drogas en nuestro país constituían materia exclusiva de la jurisdicción federal.

El año 2004 trajo consigo una profunda reforma penal en la Argentina proveniente de un hartazgo político de la sociedad que atravesaba una dura crisis económica y de seguridad. Centenares de miles de personas consideraron al asesinato del joven Axel Blumberg la gota que derramó el vaso, marchando a tribunales y al Congreso de la Nación exigiendo una reforma legislativa represiva amplia en busca de endurecer las respuestas estatales contra los delitos violentos.

En dicho contexto, sumado a la fuerte asociación de la delincuencia con la droga y sus negocios adyacentes, es que se sanciona la ley N° 26.052 de desfederalización en agosto de 2005; al día de la fecha son trece las provincias (entre las cuales se encuentran nada más ni nada menos que la Provincia de Buenos Aires y la CABA) que adhieren a su régimen, si bien La Rioja nunca efectivizó su aplicación.

La idea concreta de esta reforma a la Ley 23.737 consiste en instaurar una suerte de diferencia entre microtráfico y narcotráfico; si bien, la distinción entre dichas esferas nunca queda del todo clara. El método consiste en la competencia para su investigación y represión, la cual pasa a manos de la justicia ordinaria o local en los casos específicos que prevé la norma (art. 34), esto es tenencia para comercialización; entrega, suministro o facilitación a título gratuito u oneroso cuando se efectúe en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor; siembra, cultivo y guarda de semillas para consumo personal; entrega, suministro o facilitación a título gratuito destinado a consumo personal; tenencia para consumo personal; tenencia simple; falsificación de recetas médicas; suministro de sustancias médicas en cantidad o calidad no correspondiente o sin receta médica; y venta de sustancias medicinales sin autorización (artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 *quater* del Código Penal de la Nación).

a. Los planteos en juego

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba encontró que la aplicación de los mínimos penales se tornaba una tarea detestable en múltiples oportunidades, en específico en aquellos casos de escasa afectación al bien jurídico como para aplicar una pena de prisión efectiva, circunstancia a la que obliga el mínimo penal impuesto en el art. 5° de la Ley 23.737.

En sí, el fallo del Tribunal Superior de Justicia Cordobés no tiene desperdicio alguno y su lectura es altamente recomendada, encierra en definitiva, una feroz lucha dialéctica de la cual surgen llamativos planteos, algunos verdaderamente dejan en jaque al lector por su elocuencia; en pocas palabras, encarnan un intento de protección efectiva de las garantías humanas más básicas involucradas en estas zonas delicadas de la delincuencia más vulnerable y desorganizada. No deja de ser un fallo plenamente compatible con las sugerencias más actuales de los organismos internacionales en sus dictámenes e informes a los estados partes cuando hablamos de la guerra contras las drogas en los terrenos más excluidos de las comunidades.

Este sentir fue compartido por varias voces de la doctrina, y hasta logra verse una cierta comprensión de su existencia por parte de los ministros de la CSJN, sin embargo, sus argumentos fueron revisados uno por uno y ninguno terminó siendo compartido por el alto cuerpo.

El Tribunal Superior de Justicia Cordobés entendió que las conductas del art. 5° inc. c) al contener un supuesto de hecho nuevo al exigir que el tóxico debe encontrarse *«fraccionado en pequeñas dosis destinadas directamente al consumidor»* para la aplicación de jurisdicción ordinaria lo que se estaba haciendo en definitiva era crear un tipo penal nuevo, al cual no se le había previsto (por error o equivocación del legislador) una consecuencia jurídica acorde (pena proporcional).

De esta forma, entendieron, por mayoría que la conducta de microtráfico, bien podría asimilarse en lo que refiere a la magnitud del hecho a otros delitos contra la salud pública ejemplificando con el del art. 200 C.P. consistente en envenenamiento de aguas potables y que fija una pena de tres a diez años de prisión y multa.

Sin embargo, dicha solución fue duramente criticada por CSJN al sostener que invadía indebidamente competencia exclusiva del Poder Legislativo de la Nación y en consecuencia al principio republicano de la división de poderes, al ser este último el único órgano constitucional con facultades para determinar las sanciones penales y sus cuantías.

Por otra parte, el alto cuerpo consideró erróneo otro argumento del superior tribunal cordobés al sostener que el legislador distingue la gravedad de las conductas según el interés federal en juego. Así, las conductas del tráfico a gran escala continúan por sus características en la órbita de la jurisdicción federal, mientras que las transferidas a las provincias, según la mayoría del tribunal cordobés, representan - a su modo de ver- delitos más leves, de allí a que corresponde de igual forma adecuar su sanción, ya que a menor entidad del daño asiste menor reproche.

La CSJN acogiendo por unanimidad el dictamen del Procurador General refuta este último argumento; entiende el alto tribunal que la gravedad de las conductas no se encuentra relacionada con la jurisdicción para su eventual juzgamiento y represión, sino que el legislador, al decidir sobre la desfederalización lo realizó en base a cuestiones

organizativas, por considerar que las autoridades locales, por su cercanía con la comisión de estas conductas tendría mayor eficacia en su represión.

b. Lo poco que nos deja «Loyola»

No puede afirmarse con ninguna certeza que la CSJN haya buscado coartar la posibilidad de declarar inconstitucional el mínimo de una pena ante un eventual supuesto que se considere palmariamente contrario ante los principios constitucionales; en sus considerandos, prácticamente todos los ministros insisten en atender a la hermenéutica ya que indican que la letra de la ley es clara y no corresponde hacer suposiciones allí donde el legislador no las realiza; por otro lado, hurgando en las versiones taquigráficas, no surge según los ministros alguna inferencia en boca de los legisladores respecto a considerar las conductas menos reprochables por más que se trate, obviamente, de la actividad de los eslabones más bajos de la cadena del tráfico ilícito de estupefacientes.

Así, el ministro Rosenkratz, si bien exhibe el voto más fugaz y menos desarrollado, sostuvo

«[...] conviene aclarar que las conclusiones a las que se arriba como resultado del prolijo análisis jurisprudencial que se efectúa en el acápite V del mencionado dictamen no deben entenderse como consagrando una pauta cerrada de análisis de la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de una pena por falta de proporcionalidad y, en consecuencia, como excluyentes de otros supuestos no examinados por esta Corte hasta la fecha» (único considerando del voto del Dr. Rosenkratz).

Por su parte, con prudencia y sutileza, el ministro García Mansilla, -estrenando su firma y sello- desliza en su considerando 10° que los argumentos del superior tribunal cordobés pueden llegar a compartirse, pero que en definitiva, *«una ley injusta no deviene necesariamente inconstitucional por el mero hecho de serlo»*, y principales razones de seguridad jurídica y división de poderes impiden que meras disconformidades de los jueces con el texto normativa permitan a estos últimos a prescindir de las mismas.

No abunda en mucho más el reciente antecedente de nuestra CSJN más que en los recientes punteos mencionados; se pone fin así a la discusión por el momento de la inconstitucionalidad por desproporcionalidad y violación al principio de igualdad en los mínimos impuestos por actividades de narcomenudeo habilitando en consecuencia una mayor posibilidad de encarcelamiento en el futuro por estas conductas en las provincias que han adherido al régimen, las que al parecer, suman cada día más gobernadores simpatizantes con su propia justicia antinarcóticos.

Elucubraciones político-criminales respecto a la resolución de este fallo me imagino puede haber muchas, dejando al lector avezado que libremente haga las suyas.

¿Reinserción o reseteo? El futuro penal en manos de la neurotecnología

Por Noelia M. Galera¹

En una era fascinada por soluciones rápidas, la tecnología «Cognify» propone reprogramar a quienes delinquen mediante intervenciones mentales que prometen resocialización instantánea. Este trabajo explora un futuro cercano donde la neurotecnología surge como atajo para la crisis carcelaria, desplazando nociones como el consentimiento y la autodeterminación. ¿Es libertad si la conducta se implanta? ¿Es justicia o sometimiento? ¿Quién decidirá qué emociones inducir o qué recuerdos borrar? Ante una sociedad que confía más en cerebros intervenidos que en personas, el texto se pregunta —y buscará responder— si aún es posible defender la dignidad humana antes de que sea sólo un recuerdo.

neuroderechos – neurotecnología – resocialización – emergencia penitenciaria – derechos humanos

* * * * *

a. *El mandato de la resocialización y la posibilidad de tomar atajos equivocados*

En la búsqueda incesante de soluciones a la problemática de la delincuencia, la sociedad argentina parece atrapada en un ciclo de hiperinflación punitiva. La respuesta predominante frente al delito se centra en el aumento de las penas y en la implementación de reformas legislativas que, con la promesa de mayor eficiencia y seguridad, parecen tener como principal objetivo el encarcelamiento masivo.

Esta «*inflación penas*» no solo no ha demostrado ser efectiva para reducir la delincuencia, sino que ha contribuido a la

sobrepoblación carcelaria y al deterioro de las condiciones de detención.

La realidad carcelaria en Argentina se encuentra atravesada por una profunda crisis que se ha prolongado durante años. A pesar de los esfuerzos por implementar reformas y políticas públicas que mejoren las condiciones de detención, la situación actual dista mucho de garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

La Resolución 254/2024 del Ministerio de Seguridad prorrogó por dos años más la emergencia en materia penitenciaria, originalmente declarada mediante la Resolución 184/2019 del entonces Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y prorrogada previamente por la Resolución 436/2022. Esta emergencia -que rige exclusivamente para el Servicio Penitenciario Federal (SPF), sin alcance

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derechos Humanos, Estado y Sociedad de la Universidad de Tres de Febrero, Doctoranda de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Defensora pública coadyuvante de la Jurisdicción de Comodoro Rivadavia. Correo electrónico: ngalera2018@gmail.com

sobre los servicios penitenciarios provinciales- fue motivada por el reconocimiento de una grave crisis estructural: hacinamiento, deterioro edilicio, capacidad operativa superada y una creciente cantidad de personas detenidas que permanecen alojadas en fuerzas de seguridad u otros sistemas no penitenciarios a la espera de cupo. La prórroga actual pone de manifiesto la persistencia -y, en algunos casos, el agravamiento- de estas problemáticas, que demandan una atención urgente y sostenida.

Uno de los problemas más acuciantes es la sobrepoblación carcelaria. Esta situación de hacinamiento genera condiciones de detención inhumanas que atentan contra la dignidad de las personas y dificultan cualquier intento de rehabilitación.

En este contexto de crisis carcelaria, la búsqueda de soluciones innovadoras que garanticen los derechos humanos y promuevan la rehabilitación de los reclusos se vuelve imperante.

Cabe remarcar que el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina establece un principio fundamental para el sistema penitenciario: las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos. Esta frase, aparentemente simple, refleja el paradigma en la concepción de la pena privativa de libertad, descartando de cuajo la idea de castigo y retribución, prohibiéndolos expresamente, para centrarse en la reinserción social del individuo.

A pesar del claro mandato constitucional, la resocialización sigue siendo un desafío en el contexto actual del sistema penitenciario argentino. La sobrepoblación, la infraestructura deficiente y la falta de recursos dificultan la implementación de programas de rehabilitación efectivos.

En este contexto, ¿podría la ciencia ofrecer una solución a la crisis carcelaria?

Los avances en neurotecnología y, en particular, la optogenética, ha propiciado que pensadores y científicos imaginen un futuro donde la rehabilitación de los individuos no se limite a los muros de una

prisión. Este es el caso del divulgador científico Hashem Al-Ghaili, creador de Cognify, un concepto futurista que propone utilizar la neurotecnología para la «rehabilitación» de criminales.

Si bien la cárcel ha demostrado ser ineficaz para la resocialización, la posibilidad de modificar patrones de comportamiento a través de la manipulación cerebral, como propone «Cognify», abre un nuevo abanico de posibilidades. Sin embargo, este camino plantea dilemas éticos y legales que debemos analizar con detenimiento. ¿Es la neurociencia la respuesta a la crisis carcelaria, o nos enfrentamos a un peligroso espejismo que amenaza la libertad y la dignidad humana?

b. La optogenética y la posibilidad de «reprogramar» a un delincuente

La optogenética es una técnica que combina la genética, la óptica y la bioingeniería para controlar la actividad de células específicas en tejidos vivos. Esto se logra mediante el uso de proteínas sensibles a la luz llamadas opsinas, que se pueden introducir en las células a través de métodos de ingeniería genética. Al iluminar estas células con luz de una longitud de onda específica, se puede activar o inhibir su actividad.

La optogenética ha revolucionado la neurociencia al permitir a los investigadores estudiar los circuitos neuronales y su papel en el comportamiento. Se utiliza para investigar una variedad de procesos, como el aprendizaje, la memoria, las emociones, el sueño y las adicciones.

El avance de la optogenética para activar, inhibir o implantar recuerdos es un campo de investigación en constante desarrollo que ha mostrado resultados prometedores en animales.

En un estudio publicado en la revista Nature en 2012, un equipo de investigadores liderado por Susumu Tonegawa del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) demostró que era posible activar un

recuerdo específico en ratones mediante la optogenética (Liu et al., 2012, p. 381). Los investigadores utilizaron la luz para activar un grupo de neuronas en el hipocampo que habían sido previamente activas durante la formación de un recuerdo de miedo. La activación de estas neuronas provocó que los ratones mostraran una respuesta de miedo, incluso cuando no había ningún estímulo presente que lo justificara.

En un estudio publicado en la revista Science en 2013, un equipo de investigadores del MIT demostró que era posible implantar un falso recuerdo en ratones mediante la optogenética. Los investigadores utilizaron la luz para activar un grupo de neuronas en el hipocampo que no habían sido previamente activas durante la formación de ningún recuerdo. La activación de estas neuronas, junto con la presentación de un estímulo neutro, provocó que los ratones formaran un nuevo recuerdo que asociaba el estímulo neutro con una respuesta de miedo.

En otro estudio publicado en la revista Science en 2014, un equipo de investigadores de la Universidad de California en San Diego demostró que era posible inhibir un recuerdo específico en ratones mediante la optogenética (Redondo et al., 2014, p. 426). Los investigadores utilizaron la luz para inhibir un grupo de neuronas en la amígdala que habían sido previamente activas durante la formación de un recuerdo de miedo. La inhibición de estas neuronas impidió que los ratones mostraran una respuesta de miedo, incluso cuando se les presentaba el estímulo que previamente les había causado miedo.

Los avances en optogenética, una tecnología que se presenta como innovadora y con gran potencial para el tratamiento del estrés postraumático, para modificar la memoria y el comportamiento, plantean una pregunta inquietante: ¿es posible «reprogramar» a un delincuente?

En este escenario surge «Cognify», un concepto futurista que propone la «rehabilitación» de criminales a través de la neurotecnología. Pero, ¿estamos ante una solución utópica a los problemas del sistema

penal o frente a una distopía que amenaza la libertad y la dignidad humana?

«Cognify» se basa en la idea de que la tecnología puede «reprogramar» la mente de los delincuentes, modificando sus patrones de pensamiento y comportamiento para eliminar las causas de la criminalidad. A través de técnicas de escaneo cerebral, se identificarían las áreas del cerebro asociadas con el comportamiento criminal, y mediante implantes cerebrales y estimulación neuronal, se buscaría «recablear» el cerebro del individuo para promover conductas prosociales. Incluso se plantea la posibilidad de implantar recuerdos artificiales para generar empatía hacia las víctimas o aversión al delito.

c. Entre la utopía y la distopía: la resocialización tecnológica y la encrucijada de la libertad

El dilema que plantea «Cognify», con su promesa de resocialización instantánea a través de la manipulación cerebral, nos sitúa en una encrucijada donde convergen la utopía de una sociedad sin crimen y la distopía de un control social absoluto. Si bien la tecnología nos ofrece la posibilidad de alcanzar una eficiencia nunca antes vista en la rehabilitación de individuos, también nos obliga a confrontar preguntas fundamentales sobre la libertad, la dignidad y la esencia misma del ser humano.

La aparente eficacia de «Cognify» en la «reprogramación» de delincuentes plantea una paradoja inquietante: ¿puede existir verdadera resocialización si se anula la capacidad de elegir? La neurotecnología, al modificar los patrones neuronales asociados al comportamiento criminal, pone en jaque el libre albedrío, reduciendo al individuo a un conjunto de impulsos biológicos susceptibles de ser manipulados.

Desde la perspectiva ontodeóntica de Ricardo Maliandi (2004), que explora la relación entre el ser y el deber ser, cabe preguntarse si este determinismo biológico, donde se asume que la conducta está determinada por el cerebro, no niega la

capacidad innata del ser humano de transformarse a sí mismo.

El autor sostiene que el ser humano no está definido solo por su dimensión biológica, sino también por su capacidad de autodeterminación, de elegir su camino y construir su propio destino. La reflexión, el arrepentimiento y el aprendizaje son procesos inherentes a la condición humana que permiten al individuo trascender sus condicionamientos biológicos y forjar su propia identidad moral. ¿Estamos acaso renunciando a la creencia en la redención individual, en la capacidad de las personas de cambiar por sí mismas, en pos de una eficacia garantizada por la tecnología?

Pero incluso antes de adentrarnos en la discusión sobre cómo lograr la resocialización de individuos que no se motivan en la norma, es fundamental considerar un aspecto crucial que subyace a la tecnología «*Cognify*»: ¿cómo se compatibiliza la manipulación cerebral con las declaraciones internacionales de ética en investigación, como la Declaración de Helsinki?

La Declaración de Helsinki adoptada por primera vez en 1964 por la Asociación Médica Mundial y actualizada en múltiples ocasiones desde entonces, establece principios éticos para la investigación médica en seres humanos, enfatizando la protección de los participantes y la primacía del bienestar del individuo sobre los intereses de la ciencia y la sociedad. Modificar el cerebro de una persona, incluso con fines de resocialización, plantea serias preguntas éticas que deben ser abordadas con profundidad.

Algunos de los principios de la Declaración de Helsinki que podrían ser relevantes en este contexto son:

- Respeto por la autonomía: La manipulación cerebral podría interferir con la capacidad de autodeterminación del individuo, lo que plantea dudas sobre si se respeta su autonomía.
- Beneficencia y no maleficencia: Es necesario evaluar cuidadosamente si los beneficios de la manipulación

cerebral superan los posibles riesgos y daños para el individuo.

- Justicia: Se debe garantizar que la aplicación de neurotecnología como «*Cognify*» sea justa y equitativa, y que no se utilice para discriminar o estigmatizar a determinados grupos.

Sortear estos principios éticos para justificar la manipulación cerebral con fines de resocialización resulta problemático.

Es indispensable un debate amplio y profundo sobre las implicaciones éticas de estas tecnologías, con la participación de científicos, éticos, juristas y la sociedad en su conjunto. Solo así podremos garantizar que la aplicación de la neurotecnología se realice de forma responsable y respetuosa con la dignidad humana.

d. ¿Los derechos humanos actuales alcanzan para proteger la dignidad humana?

Es indispensable un debate amplio y profundo sobre las implicaciones éticas de estas tecnologías, con la participación de científicos, éticos, juristas y la sociedad en su conjunto. Solo así podremos garantizar que la aplicación de la neurotecnología se realice de forma responsable y respetuosa con la dignidad humana.

La tecnología «*Cognify*», con su promesa de resocialización a través de la manipulación cerebral, puede traer consigo posibles afectaciones a los derechos humanos de los individuos sometidos a este proceso.

Al modificar los patrones neuronales asociados al comportamiento, podría interferir con la capacidad del individuo de formar y mantener sus propias creencias y valores. ¿Dónde termina la resocialización y dónde comienza la imposición de una moral determinada? La libertad de pensamiento y de conciencia, pilares fundamentales de la dignidad humana, podrían verse seriamente comprometidos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «*nadie será*

sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Si bien «*Cognify*» se presenta como una alternativa a las penas de prisión, la manipulación cerebral, incluso con fines «*benéficos*», podría considerarse una violación a la integridad personal del individuo.

Asimismo, existe el riesgo de que la aplicación de «*Cognify*» se realice de forma discriminatoria, por ejemplo, en función de la raza, el género, la condición social o la orientación sexual. ¿Quién decide quiénes son los candidatos a ser «*reprogramados*»? La posibilidad de que la tecnología se utilice para reforzar los prejuicios y las desigualdades sociales es un peligro que no podemos ignorar.

El vertiginoso avance de la neurociencia, con tecnologías que permiten la manipulación cerebral, nos coloca ante un desafío inédito: la necesidad de repensar los derechos humanos y ampliar su catálogo para incluir los neuroderechos. Estos nuevos derechos buscan proteger la integridad y la libertad del cerebro, reconociendo su papel fundamental en la identidad y la autonomía del individuo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), fue un hito en la historia de la humanidad. Sin embargo, fue concebida en un contexto histórico y tecnológico muy diferente al actual. La neurociencia, al brindarnos la capacidad de acceder y modificar el cerebro, nos obliga a reflexionar sobre la necesidad de actualizar y ampliar el catálogo de derechos para proteger la integridad mental y la libertad cognitiva.

Albarracín Torres (2024) analiza con detalle algunos de los neuroderechos que se vienen proponiendo. Destaca la libertad cognitiva como el primer derecho asociado a la protección del cerebro humano, que ha marcado la incursión de los neuroderechos en el ámbito de los derechos humanos. Este derecho se define como la libertad de las personas a tomar sus propias decisiones sin la interferencia de las neurotecnologías en su cerebro. La autora, basándose en la conceptualización de Ienca, señala que de la libertad de pensamiento se derivan otros neuroderechos fundamentales como el libre

albedrío, que reconoce la capacidad de elección individual, y la libertad mental, entendida como el control consciente de la propia mente.

En este mismo contexto, también se refiere a la propuesta del neurocientífico Rafael Yuste, quien, según Rafael de Asís Roig, plantea un catálogo adicional de neuroderechos. Estos incluyen cinco derechos específicos centrados en la integridad y la privacidad mental, el libre albedrío, el acceso a servicios neurotecnológicos y la protección contra sesgos algorítmicos.

En una sinergia con este crucial trabajo y ante la inminente irrupción de las neurotecnologías, que desafían la esencia misma de nuestra identidad y autonomía, se revela imperativo trascender las conceptualizaciones existentes y proyectar la emergencia de derechos con alcances más específicos.

No solo hablamos del derecho a controlar nuestros propios procesos mentales y a no ser sometidos a manipulación cerebral sin nuestro consentimiento, una garantía que resuena con la esencia de la libertad cognitiva ya explorada. Es también fundamental reconocer el derecho a proteger nuestros pensamientos, emociones y datos neuronales del acceso no autorizado, una exigencia que encuentra su anclaje en la preocupación por la privacidad mental enunciada por Yuste y recogida por Albarracín Torres (2024).

Asimismo, cobra vital importancia el derecho a preservar la integridad de nuestro cerebro y a no ser sometidos a intervenciones que puedan alterar nuestra identidad o capacidad de autodeterminación, reflejando la imposterizable necesidad de salvaguardar la integridad mental, concepto que también resuena en las propuestas de Yuste presentadas por Albarracín Torres (2024) y en la inquietud general por la preservación de la identidad personal que impregna el debate sobre neuroderechos.

Y, quizás el más profundo de nuestros reclamos en esta era digital, el derecho a

mantener la continuidad de nuestra identidad personal a lo largo del tiempo, incluso frente a posibles intervenciones neurotecnológicas, una postulación que enfatiza la imperiosa necesidad de salvaguardar esa identidad ya mencionada en la discusión general sobre neuroderechos, adaptándola a los desafíos singulares que estas tecnologías plantean a nuestro ser.

En este contexto de emergencia carcelaria, donde se busca una salida rápida y eficaz a un problema que aqueja al sistema penal desde hace décadas, la promesa de «reprogramar» al delincuente a través de tecnologías como «*Cognify*» se presenta como una solución tentadora. Ahorrar en cárceles, guardiacárceles, alimentos y cuidados de los reclusos, en un contexto de crisis económica, parece un argumento convincente.

Sin embargo, es precisamente en este escenario, donde la urgencia y la eficiencia pueden primar sobre otras consideraciones, donde se vuelve imperioso regular los neuroderechos.

La posibilidad de modificar la mente humana, de «reprogramar» al individuo, no puede quedar librada a la discrecionalidad del Estado o de la ciencia.

Es necesario establecer límites claros y precisos que garanticen la protección de la libertad cognitiva, la privacidad mental, la integridad mental y la continuidad psicológica de las personas.

La promesa de una solución rápida no puede justificar la vulneración de derechos fundamentales que definen nuestra humanidad. Es crucial un debate profundo y participativo que nos permita trazar un camino responsable hacia la aplicación de la neurotecnología, sin sacrificar la dignidad y libertad de las personas.

e. Tecnopersonas y la paradoja de la confianza en la era de la neuro-resocialización

El título de este trabajo, con su sarcasmo deliberado, nos introduce de lleno en una de las paradojas más inquietantes que plantea la tecnología «*Cognify*»: en un futuro donde la manipulación cerebral sea una realidad, la confianza depositada en un individuo con antecedentes penales, pero «reprogramado» podría ser mayor que la que se tiene en alguien sin antecedentes, pero sin la «garantía» de la neurotecnología.

En este escenario, donde la «reprogramación» mental promete borrar los impulsos criminales y «curar» las tendencias antisociales, conceptos como «confianza», «riesgo» y «seguridad» se redefinen.

El libro «*tecnopersonas*», de Javier Echeverría y Lola S. Almendros, nos ofrece un marco conceptual para analizar esta nueva realidad. Las tecnologías digitales están transformando nuestra concepción de persona, creando nuevas categorías de identidad y redefiniendo las relaciones humanas.

«*Cognify*» podría dar lugar a la categoría de «persona reprogramada» o «*neuro-modificada*». Estos individuos, a pesar de tener antecedentes penales, habrían sido sometidos a una intervención tecnológica que «*garantiza*» su resocialización. Esta nueva categoría de persona impactará en la sociedad, generando nuevas formas de discriminación o, por el contrario, abriendo nuevas oportunidades para aquellos que han sido «*curados*».

La paradoja de la confianza se intensifica al imaginar un futuro donde un individuo condenado por delitos graves, pero «reprogramado» por «*Cognify*», sea considerado más confiable que una persona sin antecedentes pero sin intervención neurotecnológica. Esta «*tecnconfianza*», basada en la fe en la corrección cerebral inducida, podría llegar a pesar más que el historial de vida real de un sujeto.

Pensemos, por ejemplo, en un exagente de seguridad condenado por torturas,

reintegrado al servicio tras un informe neurológico favorable que acredita su «reseteo». O en un individuo condenado años atrás por un delito sexual vinculado al abuso de poder en contextos institucionales, hoy considerado apto para trabajar con poblaciones vulnerables por haber sido tecnológicamente «reconfigurado».

¿Estamos ante un nuevo tipo de confianza, donde lo verificable no es la historia, sino el estado del cerebro tras una intervención artificial?

Esta paradoja de la confianza se ve amplificada por la fe ciega que, a menudo, depositamos en la tecnología.

Tendemos a creer que la tecnología es infalible, que sus resultados son incuestionables y que sus promesas se cumplirán al pie de la letra.

En el caso de «*Cognify*», esta fe ciega podría llevarnos a aceptar sin cuestionamientos la «reprogramación» de un individuo, asumiendo que la tecnología ha «borrado» por completo su pasado delictivo y lo ha transformado en un ciudadano modelo.

Sin embargo, es crucial recordar que la tecnología no es infalible, y que incluso las herramientas más sofisticadas pueden tener fallas o ser utilizadas de forma indebida.

Es necesario cultivar un pensamiento crítico que nos permita cuestionar las promesas de la tecnología y evaluar sus riesgos con lucidez, sin caer en la tentación de delegar en ella decisiones que comprometen la libertad y la dignidad humana.

En este caso, la pregunta que surge es: ¿se aplicaría acaso el dicho «*más vale malo conocido que bueno por conocer*»? Quizás, pero con la salvedad de que el «malo conocido» habría sido sometido a una «reprogramación» que, en teoría, lo habría convertido en «bueno». Claro que, como con cualquier tecnología, siempre existe la posibilidad de un «reseteo» incompleto.

La responsabilidad en este nuevo escenario sería un tema crucial. Si un individuo «reprogramado» comete un delito, la responsabilidad podría recaer no solo en el

individuo, sino también en el Estado y la empresa que desarrolló la tecnología.

En definitiva, la posibilidad de «reprogramar» la mente humana a través de tecnologías como «*Cognify*» nos coloca en una encrucijada moral sin precedentes. Mientras la promesa de una sociedad más segura y eficiente seduce con la posibilidad de «borrar» el mal de raíz, el espectro de una distopía tecnológica donde la libertad individual y la dignidad humana se vean sacrificadas en el altar de la tecnoconfianza nos obliga a una profunda reflexión. ¿Seremos capaces de trazar un camino responsable hacia la neuro-resocialización, un camino que garantice la seguridad sin comprometer la esencia de lo que nos define como seres humanos? O, por el contrario, ¿nos precipitaremos hacia un futuro donde la promesa de un mundo sin crimen se convierta en la puerta de entrada a una sociedad de individuos controlados y manipulados? La respuesta, como siempre, está en nuestras manos.

f. Palabras finales

A lo largo de este trabajo, exploré las implicaciones éticas, legales y sociales de la tecnología «*Cognify*», una promesa futurista que plantea la posibilidad de resocializar a los delincuentes a través de la manipulación cerebral. Desde la crisis carcelaria en Argentina hasta los dilemas éticos de la neurociencia, pasando por la paradoja de la confianza en la era de la neuro-resocialización, analicé las diversas aristas de este complejo debate.

Llego a la conclusión de que, si bien «*Cognify*» podría ser una herramienta eficaz para reducir la delincuencia y garantizar la seguridad, su aplicación plantea serias amenazas a los derechos humanos y a la dignidad de las personas. La manipulación cerebral, incluso con fines «*benéficos*», nos sitúa en un terreno resbaladizo donde la libertad individual, la autodeterminación y la privacidad mental se ven comprometidas.

En un contexto de emergencia carcelaria, donde la urgencia por encontrar soluciones puede llevar a decisiones apresuradas, es crucial no perder de vista los principios

éticos y los derechos fundamentales que nos definen como sociedad. La promesa de un mundo sin crimen no puede justificar la creación de una sociedad de individuos controlados y manipulados.

El camino hacia una sociedad más justa y segura no puede construirse sobre la negación de la dignidad humana. Es necesario un debate amplio y participativo que incluya a científicos, éticos, juristas y a la sociedad en su conjunto para evaluar las implicaciones de la neurotecnología y establecer límites claros que garanticen la protección de los derechos humanos.

En definitiva, la tecnología «*Cognify*» nos interpela como sociedad a reflexionar sobre nuestros valores y prioridades. ¿Qué estamos dispuestos a sacrificar en nombre de la seguridad? ¿Es la eficacia un fin que justifica cualquier medio? Las respuestas a estas preguntas determinarán el futuro de nuestra sociedad y la forma en que concebimos la justicia, la libertad y la dignidad humana.

g. Bibliografía

- Albarracín Torres, M. A. (2024). El derecho a la libertad cognitiva como una propuesta de abordaje a los riesgos de la creciente aplicación de las neurotecnologías en el cerebro humano. *Universitas*, 45(Extra), 112–122.
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/8692>
- Al-Ghaili, H. (2023, 18 de julio). *Cognify: The future of criminal rehabilitation* [Video]. YouTube.
<https://www.youtube.com/watch?v=L9CMkRcPtAU>
- Amnistía Internacional. (2023). Informe 2022/23: La situación de los derechos humanos en el mundo.
<https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/5960/2023/es/>
- Constitución de la Nación Argentina. (1853). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/constitucion-de-la-nacion-argentina-338000>
- De Molina, F. (2023). El desafío de la inteligencia artificial para los derechos humanos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 12(2), 217–240.
https://rchdt.uchile.cl/index.php/RC_HDT/article/view/66265
- Echeverría, J. (2023). *Tecnopersonas*. Ned Ediciones.
- Krawczyk, M. C., Millan, J., Blake, M. G., & Boccia, M. M. (2017). Optogenética: un haz de luz para conocer las funciones cerebrales. *Ciencia e Investigación*, 67(3), 30–34.
https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/48314/CONICET_Digital_Nro.a6795908-9577-412f-a5af-4816d7455e8e_A.pdf?isAllowed=y&sequence=2
- Liu, X., Ramirez, S., Pang, P. T., Puryear, C. B., Govindarajan, A., Deisseroth, K., & Tonegawa, S. (2012). Optogenetic stimulation of a hippocampal engram activates fear memory recall. *Nature*, 484(7394), 381–385.
- Maliandi, R. (2004). *Ética: Conceptos y problemas* (3.^a ed., corregida y aumentada). Editorial Biblos.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. (2023). Plan estratégico del sistema penitenciario federal 2023-2027: "Hacia un servicio penitenciario federal democrático, respetuoso de los derechos humanos y con perspectiva de género".
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_spf_2023-2027_vf.pdf
- Ministerio de Seguridad. (2024, 10 de enero). Resolución 254/2024. Boletín Oficial de la República Argentina.
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/278973/20240110>
- Redondo, R. L., Kim, J., Arons, A. L., Ramirez, S., Liu, X., & Tonegawa, S. (2014). Bidirectional switch of the valence associated with a hippocampal contextual memory engram. *Nature*, 513(7518), 426–430.
- Tonegawa, S., Liu, X., Ramirez, S., Redondo, R., & Snyder, S. (2012).

Activating specific memories in mice with light. *Nature*, 488(7410), 216–220.

<https://doi.org/10.1038/nature11318>

Zaffaroni, E. R. (2021). *Penas ilícitas y hermenéutica jurídica*. Ediar.

30 de julio, día mundial contra la trata de personas

Un recordatorio al compromiso de lucha y reconocimiento a sus víctimas

Por Melina Juan¹

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, constituye el primer documento internacional que sanciona el fenómeno de la trata de personas que abarca diversas formas de explotación. Argentina incorporó el delito al Código Penal en el año 2008 con la Ley 26.364, modificada por la Ley 26.842 en 2012. La trata cosifica al ser humano, afectando su libertad y dignidad. Por ello, con el propósito de visibilizar y promover un enfoque victimocéntrico, la ONU estableció el 30 de julio como día mundial contra la trata de personas.

día mundial contra la trata – trata de seres humanos – explotación – víctimas – vulnerabilidad

* * * * *

a. Aproximaciones a la trata de personas

En el año 2000 la Organización de las Naciones Unidas dictó el primer instrumento universal que reunió los lineamientos fundamentales del problema mundial de la trata de seres humanos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (NN.UU., 2000). El documento representó un hito histórico en

la lucha contra este flagelo, demostrando que existe consenso en la comunidad internacional acerca del contenido mínimo de la trata, a la vez que establece diversas finalidades de explotación, todas ellas igualmente graves y configurativas del delito.

Gracias al camino iniciado por Naciones Unidas, Argentina incorporó al Código Penal en los artículos 145 bis y ter la figura delictiva en el año 2008 con la sanción de la ley N° 26.364 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. La norma fue modificada en el año 2012 por

¹ Auxiliar Fiscal Federal de la Unidad Fiscal Mendoza. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la misma Universidad. Abogada (UNCuyo). Docente universitaria de grado y de posgrado. Becaria de Formación de Personal Investigador Predoctoral (UC3M). Autora de diversas publicaciones sobre la temática de la trata de personas. Disertante en numerosos congresos, jornadas, seminarios. Correo electrónico: melinajuanmolina@gmail.com

el texto legal N° 26.842. Con esta reforma, el tipo penal básico actual castiga a quien «ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediar el consentimiento de la víctima».

Contempla como circunstancias agravantes la utilización de los siguientes medios comisivos: engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Asimismo, la escala penal se eleva si la víctima se encontrase embarazada, fuere mayor de setenta años, tuviere alguna discapacidad, enfermedad o no pudiese valerse por sí misma. De igual modo se agrava cuando existan tres o más víctimas; si en la comisión del delito participaron tres o más personas; o cuando el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima; funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

La legislación fija además una segunda fase agravatoria para los supuestos de consumación de la explotación de la víctima. Finalmente, en los casos en que la víctima fuere menor de dieciocho años se eleva aún más la pena.

La trata de personas importa la cosificación del ser humano, a quien el tratante convierte en una «mercancía» (Luciani, 2015, p. 17) que, colocado de forma clandestina en el mercado de bienes y servicios, se intercambia por dinero.

Dota de contenido a la «esclavitud moderna» (Bales, 1999, pp. 259-261) en la que, producto de la corriente neoliberal que gestó la globalización económica actual, la persona, en quien confluyen determinados factores (dinámicos), es más proclive a ser captada para las diversas formas de explotación. Algunos de estos factores

pueden ser la pobreza, la pauperización del trabajo, la desigualdad social, la discriminación, la migración, el racismo, la xenofobia, los estereotipos culturales y de género, antecedentes familiares, políticos y/o sociales marcados por la violencia.

La trata de personas impacta profundamente en las víctimas. La afrenta contra su libertad de autodeterminación (Colombo, 2013, p. 32) y dignidad afecta al normal desarrollo de sus vidas, con claros impactos físicos, psicológicos, emocionales. La estigmatización y la discriminación que enfrentan las víctimas, especialmente aquellas explotadas sexualmente, con frecuencia profundiza el ciclo de vulnerabilidad. Esta cuestión se vincula con la violencia de género, la marginación, la cultura patriarcal, dificultades socioeconómicas, relaciones de opresión, de dominio, abuso de la desigualdad estructural, lo que recuerda la obligatoria aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta vulnerabilidad que exhibe la mayoría de las víctimas de trata es aprovechada por el tratante.

Este no es un fenómeno aislado. Tampoco afecta en exclusiva a determinadas zonas geográficas. Es un delito complejo que presenta múltiples facetas y se adapta a las particularidades de cada contexto. Se infiltra en los intersticios de la comunidad, aprovechándose de la vulnerabilidad y de la falta de oportunidades de sus víctimas, tejiendo una red invisible pero implacable de explotación y opresión.

Por ello se insta a la adopción de una visión victimocéntrica, que contemple la prevención y protección de los derechos de las víctimas, y se recuerda que el delito constituye una problemática vigente enraizada en nuestra sociedad mundial actual. Así, cabe rememorar y renovar, a través de una fecha determinada, el compromiso en la lucha contra este flagelo que afecta a un elevado número de habitantes a nivel global.

b. Visibilización de la problemática. Campaña #AcabarConLaTrata (#EndHumanTrafficking)

Las estadísticas son alarmantes: ochenta y nueve millones de personas han sido víctimas de trata de seres humanos entre los años 2012-2017 (OIT, 2017). Tan solo en un año (2016) la cifra alcanzó las cuarenta millones trescientas mil personas. En los últimos años se evidenció un incremento en la explotación de niñas, niños y adolescentes y de trabajo forzoso (NN.UU., 2024).

Estas cifras, que estremecen, conminan a la adopción de medidas urgentes que visibilicen el delito y con éste, la grave afectación de derechos fundamentales de quienes lo padecen.

Con este contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución N° 68/192 (NN.UU., 2013) fijó el 30 de julio de cada año como el Día Mundial contra la Trata de Personas. Esta fecha se dispuso con el propósito de crear mayor conciencia de la situación de las víctimas de la trata de personas y de proteger sus derechos.

Con este objetivo, Naciones Unidas lanzó la campaña #AcabarConLaTrata (#EndHumanTrafficking)² que emplea una ilustración simbolizada por un corazón azul que, conforme explica el organismo internacional, «representa la tristeza de quienes sufren la trata, al tiempo que nos recuerda la insensibilidad de aquellos que compran y venden a otros seres humanos»³.

Así, este 30 de julio lo recordamos como un día de lucha y reflexión contra este crimen aborrecible que cosifica humanos y, a su vez, promovemos el reconocimiento y validación de quienes lo han sufrido o continúan sometidas bajo alguna forma de trata.

Por una parte, se destaca el papel vital en esta batalla de las fuerzas de seguridad, así como el sistema de justicia penal, y por el

otro, se reclama la adopción del paradigma victimocéntrico superador -mas no incompatible- de la visión criminocéntrica.

La concepción tradicional del derecho penal, que focaliza en el castigo al perpetrador, resulta insuficiente para hacer frente a la complejidad de este delito. La lucha contra la trata no puede limitarse a la persecución y condena de los tratantes, sino que, además, debe contemplar de forma imperativa la protección, asistencia y reparación integral de las víctimas, garantizando que sus voces sean escuchadas y sus necesidades atendidas. Esta mirada victimocéntrica se convierte en el pilar fundamental de cualquier estrategia efectiva contra la trata de personas. El victimocentrismo implica un cambio de paradigma, un desplazamiento del foco desde el autor responsable hacia la víctima. Permite trabajar la prevención del delito y muy especialmente la protección de los derechos de las víctimas.

Con el recordatorio vigente, se renueva la responsabilidad inquebrantable que asumieron los Estados, entre ellos, Argentina, suscriptores del Protocolo de Palermo de llevar a cabo medidas tendientes a combatir este delito.

Y con ello, deviene ineludible la formación y supervisión continua y amplia de las personas que tienen contacto con las víctimas a fin de mejorar la calidad y la prestación de los servicios. Esta labor debe ser un proceso sensible al trauma, respetuoso de la dignidad de la persona y libre de prejuicios.

c. Algunas reflexiones

La trata compromete los derechos fundamentales, por ello resulta imprescindible abordarla desde una perspectiva victimocéntrica y de derechos humanos, valorando que la víctima es sujeto de derechos y no un mero instrumento útil a los efectos del proceso.

² <https://www.un.org/es/observances/end-human-trafficking-day> consultado el 21/7/2025.

³ Idem.

La fecha del 30 de julio invita a la reflexión. El Día Mundial contra la Trata de Personas debe ser una oportunidad para renovar nuestro compromiso con las víctimas. Visibilizar la problemática, amplificar las voces de quienes se encuentran siendo victimizadas o lo han sido. Es un llamado a la acción. Que este 30 de julio sirva como un recordatorio contundente de que la libertad no es negociable y que la dignidad de cada ser humano es inviolable.

En esta lucha contra la trata de personas, la prevención es un componente ineludible: implica abordar las causas subyacentes de la vulnerabilidad, que requiere políticas públicas integrales que promuevan la educación, el empleo, la protección social y la igualdad de género. Implica campañas de sensibilización y concientización.

Corresponde, además, garantizar a sus víctimas asistencia integral inmediata, con atención médica y psicológica especializada, asesoramiento legal, información, protección. Las medidas deben adaptarse a las necesidades específicas de cada persona, considerando su edad, género, origen étnico y las particularidades de la explotación sufrida. La asistencia no debe condicionarse a la colaboración de la víctima con el proceso penal.

Finalmente, las víctimas tienen derecho a obtener una reparación integral por los daños sufridos. Esto incluye no solo la compensación económica, sino también la rehabilitación, medidas de satisfacción y la garantía de no repetición. El sistema de justicia debe estar diseñado para ser accesible y sensible a las necesidades de las víctimas, evitando la revictimización.

d. Referencias

- Aboso, Gustavo (2013): *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Buenos Aires, B de F.
- Bales, Kevin (1999): *Disposable People: New Slavery in the Global Economy. Revised Edition*, California, University of California Press.

Colombo, Marcelo (2013): *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 1994.

Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 2015.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, 1979.

Hairabedian, Maximiliano (2013): *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

International Labor Office. (2017). *Global Estimates of Modern Slavery*, Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

Ley N° 25.632, B.O. 30/08/2002.

Ley N° 23.179, B.O. 8/5/1985.

Ley N° 24.632, B.O. 13/3/1996.

Ley N° 26.364, B.O. 30/04/2008

Ley N° 26.842, B.O. 27/12/2012.

Ley N° 27.372, B.O. 13/07/2017.

Luciani, Diego, (2015): *Trata de personas y otros delitos relacionados*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2024). Informe Mundial sobre Trata de Personas

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf

Resolución N° 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas (2000).

Resolución N° 68/192 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2013).

<https://www.un.org/es/observances/end-human-trafficking-day>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Rantsev c. Chipre y Rusia”, de 7 de enero de 2010.

Ejecutabilidad de una sentencia penal firme

Por Lucia Laporte¹

La sentencia penal se reputa como inalterable, pero eso impacta directamente en la posible resocialización de dicha ejecución y, por ende, en el rol del juez de ejecución. Para lograr dicho fin constitucional el juez de ejecución debe poder alterar la parte dispositiva de la sentencia.

ejecución penal – sentencia – convención americana de derechos humanos
– pacto internacional de derechos civiles y políticos – reinserción social

a. La sentencia penal ¿firme?

Desde los primeros cursos que tomamos en derecho penal, en la universidad, aprendemos e interiorizamos frases y dogmas relativos a la sentencia penal, en cuanto a su inmutabilidad, (luego de adquirir carácter de cosa juzgada, claro está), su inalterabilidad y la rigidez necesaria para alterarla. Ello solamente es procedente mediante un recurso de revisión, cuyos requisitos y procedibilidad refuerzan la idea de inalterabilidad de la sentencia salvo excepciones de extrema gravedad.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha consolidado como parámetros en varios «*leading cases*» que la sentencia debe ser entendida como una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva se desprende de sus considerandos (Fallos: 344:1266; 344:545; 321:1642; 320:985 disidencia de los jueces Fayt y Boggiano; Fallos: 316:609, entre muchos otros). De

este modo, se la entiende como una pieza compleja y completa, que debe ser analizada en un todo, para así entender el motivo de la decisión final. Eso no implica que la sentencia no posea como elemento central su parte dispositiva, donde se toma finalmente la decisión sobre el asunto (Fallos: 118:243; 113:64; 111:339 y 28:129).

Establecida la importancia de esa porción de la decisión tomada por los Jueces, cabe ahora especular sobre la inmutabilidad instaurada cual dogma.

Cabría preguntarnos si es tan certera la afirmación en tanto que la sentencia no puede ser corregida, modificada o alterada en modo alguno. Si la respuesta es afirmativa, entonces, nos tendríamos que ocupar inmediatamente de las potestades vigentes para los jueces de ejecución penal.

En todas las organizaciones sociales, desde los comienzos de la civilización humana similar a como la entendemos hoy, existió alguna clase de represalia, sanción o

¹ Secretaria del Ministerio Público de la Defensa, Maestría Internacional Europea en Derecho (Universidades de Deusto, Estrasburgo y Tilburgo), Postgrado en Universidad de Palermo (Buenos Aires) con participación en Universidad de Nueva York, actualmente maestrando Maestría en Magistratura en UBA, experiencia laboral en Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) y Tribunal Internacional de la Ex Yugoslavia (La Haya, Países Bajos), más de 20 años de experiencia en el Poder Judicial. Correo electrónico: lucia5109@hotmail.com

solución a acciones que el grupo entendía como incorrectas.

El mundo normativo penal se forma, hoy, a fin de establecer el deber ser y ordenar qué debe hacerse en caso de su incumplimiento. Se conforman una red de normas complejas, complementarias, a veces contradictorias, a veces suficientes y a veces implícitas, que se asientan sobre una base cultural específica determinada históricamente, también en una red compleja de ideas, moralidad y costumbres. Busca conformar una explicación a los comportamientos sociales y de este modo, ordenar la realidad diaria, anhelando paz y orden.

Esta necesidad parte de la base de la organización de un grupo, que impide, necesariamente, la realización de actividades que perjudiquen a otro. Hoy, nuestro Código Penal no es más que eso, de un modo más o menos organizado, pero simplemente un catálogo de acciones que la sociedad considera disvaliosas para su organización social. En esa senda, la aparición de una figura imparcial y de autoridad que sea llamada a dilucidar la cuestión o bien a imponer una sanción a quien lo merezca por haber realizado esas acciones incorrectas, es consecuencia necesaria. En la provincia de Buenos Aires, recae sobre el Juez de Tribunal en lo Criminal o Juez Correccional.

En nuestro país, la aplicación de una pena es un acto estatal, como estandarte del patrimonio de la fuerza, siendo entonces esos jueces de vital relevancia porque son quienes imponen esa fuerza de modo directo, a través de la pena y de otras medidas posibles durante el proceso.

Ahora bien, si el juez representa esta fuerza estatal a través de la sentencia, no puede sino concluirse que la pena es la aplicación por excelencia también de esa fuerza estatal. No es solamente imponerle condiciones a una persona sino ejecutarlas, controlarlas y verificar que se cumplan o modifiquen. Sería ilógico que justamente esta etapa, de mayor presión estatal, y mayor despliegue de su fuerza, sea ajena a la autoridad de los magistrados, que son quienes representan esta fuerza, pero

protegida por las garantías y derechos consagrados tanto en la constitución como en los tratados internacionales.

Por eso, a los jueces que imponen las condenas, o medidas de fuerza, necesariamente tenemos que sumarles los jueces de ejecución penal. La ejecución representa la fuerza estatal en su máximo esplendor, por su duración y por su accionar propio.

Sin embargo, el derecho penal abandona ese cumplimiento de esa pena. Y ello, a lo largo de la imposición de penas corporales de extensa duración, fue creando un vacío legal de muchísima importancia. Cuando se imponía una pena corporal durísima como morir quemado, como perder un ojo o similares, revestía menos «importancia» la ejecución o el cumplimiento de esa pena dado que se producía en un cortísimo período de tiempo y su verificación, es decir, si se había cumplido o no, era de simple y fácil verificación.

Pero cuando las penas pasaron a ser de mayores duraciones, separando al delincuente de la sociedad, exiliándolo, debería haberse acompañado ello de un estudio del juez o del encargado de dichas penas mayores, delimitando sus funciones, atribuciones y roles. Puede sostenerse, sin dudas con cierta certeza, que al instaurarse penas como la del exilio, que recordemos en algunos casos se trataba de lugares muy inhóspitos, alejados y de difícil acceso (por ejemplo, Australia para Inglaterra, o Ushuaia en nuestro país) la importancia del cumplimiento de las penas era, cuanto menos, relativo. En simples palabras, las personas eran separadas de la sociedad y su devenir no era un interés ni siquiera relativo para el derecho, la justicia o los gobiernos. Pero con el avance de las sociedades modernas, con el pensamiento de los derechos humanos debería haber variado ello, lo que, lamentablemente, no sucedió. Aunque se hayan instaurado jueces con atribuciones en esas áreas, de ejecución penal o de nombres similares, aún resta un verdadero análisis y estudio de sus funciones y atribuciones. En Argentina eso ha implicado una numerosa cantidad de leyes, nacionales, internacionales y locales, que se

superponen, contradicen y crean un ámbito inconcluso para el juez que debe controlar las penas impuestas

b. La provincia de Buenos Aires

Ahora bien, adentrándonos en un tono más práctico y actual de la discusión, en la provincia de Buenos Aires, la sentencia emana de los jueces de tribunal o correccionales conforme arts. 15, 106 y 107 Código Procesal Penal, y quedarán firmes cuando no sean impugnadas (art. 111 Código Procesal Penal). Por otro lado, el Juez de Ejecución, conforme al art. 25, inciso 1, Código Procesal Penal conocerá en las cuestiones relativas a la ejecución de la pena.

Entonces, aquí, en este estadio del proceso nos enfrentamos a la decisión de quien, conforme la inmediatez del debate oral y público, tomó una decisión respecto de un hecho y la responsabilidad del imputado en él, la que incluye decisiones relativas a cantidad de pena, forma de cumplirla, etc., y por el otro, el organismo judicial encargado de dicha ejecución.

La decisión del órgano sentenciante se basa en la prueba, analizando la autoría, participación y responsabilidad del autor en el hecho. En base a ello, se decide por ejemplo la forma de ejecución (condicional, a cumplir, domiciliaria, etc). Esta circunstancia asegura el cumplimiento de los derechos y garantías que le asisten a dicho imputado pues es el debate oral y público donde se ven mejor resguardados y en su máximo esplendor.

Sin embargo, la ejecución, tal como está concebida en nuestro ordenamiento, tiene como fin la resocialización. El art. 18 de nuestra Constitución Nacional, arts. 5 inciso 6 y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen como fin de la pena la readaptación social de los condenados. En esa misma senda se erigen los art. 1 de la Ley 24.660 (ley de la ejecución privativa de libertad) y arts. 4 y 5 de la Ley 12.256 (ley de ejecución penal bonaerense).

La ejecución, para acompañar ese fin, debe reputarse como una situación mutable, cambiante, que va a ir adaptándose al desempeño del imputado a lo largo del tiempo. Desde un punto de vista estrictamente lógico, si la búsqueda de la ejecución de una pena es la resocialización, entonces dichos cambios y mutación en el cumplimiento de la condena no sólo son esperables, sino deseables. Es justamente lo que se anhela: un entendimiento de la gravedad de lo ocurrido, un cambio de hábito de vida, para reingresar al medio libre sin intenciones de volver a reincidir.

Parecería, de nuevo, desde un punto de vista estrictamente lógico conductual, la sentencia no podría revestir dicho carácter inmutable, inalterable si justamente lo que se pretende es que la ejecución de la pena produzca tantos cambios que ameriten el reingreso al mundo libre de una persona resocializada.

Dicho norte fue el contemplado al incorporar normas como el art. 41 de la Ley de Ejecución de la provincia de Buenos Aires que sostiene:

«Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas. Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez (10) días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado».

Esa norma se erige dentro de este camino que describimos, como parte de la posibilidad de alterar, cambiar y modificar la sentencia para una mejor y adecuada ejecución de la pena. El Tribunal de Casación Provincial (en adelante, «TCPBA») lo ha descripto como:

«[...] un incentivo más incorporado por la Ley provincial de Ejecución Penal en el marco del fin preventivo especial

asignado a la pena por el bloque constitucional y las normas reglamentarias vigentes de favorecer la reincorporación del condenado a la comunidad» (TCPBA, Sala V, c- 54737, “D., J. C. s/ Recurso de casación interpuesto por el fiscal general adjunto”, 19/02/2013).

Además, el TCPBA, ha expresado

«[...] que la letra del artículo encuentra consonancia con las pautas y principios consagrados en los instrumentos internacionales respecto que el fin del tratamiento es la reforma y readaptación social de los penados (10.3 del PIDCyP y 5.6 de la CADH)»

Específicamente sobre lo que aquí tratamos ha dicho

«Ello por cuanto la condena impuesta que alcanza autoridad de cosa juzgada deviene, por razones de seguridad jurídica, totalmente inalterable; más ello no impide que, sin modificar la medida de la pena, pero sí mediante la variación en la modalidad de su cumplimiento, el Estado valore, promueva, incentive, estimule y compense los esfuerzos del recluso en el área educativa o laboral, permitiendo que éste se incorpore de forma anticipada a los distintos institutos que ofrece el tratamiento penitenciario (verbigracia: salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional), máxime cuando el alcance de la recompensa dispuesta en el artículo 41 bis de la Ley de Ejecución Provincial, debe hacerse a la luz de la Ley 24.660 y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que configuran el estándar mínimo de derechos a las que se recurre como fuente normativa para interpretación de la ley local. Por ello, visto que la ejecución de la pena demarcada por la Constitución y Pactos Internacionales, exige que se instaure bajo la nota de progresividad, donde el fin último de la pena no cale en criterios de retribución, sino que busque la readaptación del penado. Por todo ello no encuentro óbice constitucional para receptar un sistema de recompensas, en el cual ante determinados indicadores objetivos que demuestren el progreso y éxito en el tratamiento de readaptación del interno privado de libertad, se aplique una flexibilización en la modalidad de cumplimiento de la pena,

a través de la reducción de los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario» (TCBA, Sala VI, causa 55435, “N., E. R. S/ RECURSO DE QUEJA (ART. 433 DEL C.P.P.”, 05/04/2013).

Entonces, si un juez de ejecución puede reducir la pena, conforme mejores criterios para promover la reinserción social del condenado, puede otorgar beneficios liberatorios, también podrá modificar la forma de ejecución de la pena, domiciliaria, semidetención, etc. Se trata de considerar su rol como controlador judicial del cumplimiento de la pena en miras a la reinserción social, para lo cual, debe contar necesariamente con la posibilidad de alterar la sentencia que debe cumplir el condenado, dentro de los parámetros legales correspondientes. Puede cambiar la cantidad de años impuestos (conforme la norma citada), puede entender que esa persona está en condiciones de regresar al medio libre antes de cumplir la condena (beneficios liberatorios), puede entender que una persona no debe cumplir la pena en su domicilio o – por el contrario- sí hacerlo, etc.

No se busca en modo alguno alterar la seguridad jurídica, ni entender a la sentencia como meras decisiones provisorias, sino de otorgarle al Juez de Ejecución una herramienta eficaz para lograr la resocialización de los internos, promoviendo de este modo la mejora y adaptación de la sentencia impuesta a su realidad mutante y cambiante a largo de dicho cumplimiento de pena.

Entonces, para una mejor integración del sistema penal completo, en donde la ejecución de la pena busque acercarse a los fines que contempla la constitución y las normas internacionales, debemos dotar al Juez de Ejecución de atribuciones que le faciliten la adaptación de la sentencia a lo largo de su ejecución.

La resocialización como fin de la pena hoy se ha instaurado como paradigma, adentrándose y afincándose en las normas superiores de nuestro país y de ese modo guiando a las leyes inferiores en la aplicación

y ejecución de una pena privativa de libertad. Lo que pretende el Estado mediante la aplicación de una pena es un cambio en el comportamiento exterior de los individuos –no de su moralidad–, que les permita incorporar las normas que han demostrado desoír, a fin de que, al momento de regresar al medio libre, sea posible no volver a tener que ser foco del poder punitivo del Estado. Es decir, su reinserción social. Pero dicha reinserción debe ser adaptada a cada individuo, a su realidad y al cumplimiento de la pena que le fue impuesta. Se debe contemplar un análisis diferenciado de cada caso y de las variantes que se pueden suscitar y para alcanzar ese método de trabajo, el Juez de Ejecución debe descartar el concepto de sentencia inalterable que se cumplirá de inicio a fin tal como fue concebida en su momento.

Partimos de dos conceptos básicos indiscutidos en nuestro derecho: la humanidad del sistema penal, en tanto no debe olvidar que el condenado es un ser

humano, que como tal tiene su historia de vida, pensamientos, ideas, vida propia y sobre todo, no es una herramienta del Estado, sino un individuo que como tal posee su propia identidad. Por otro lado, siempre se parte de la creencia que los seres humanos podemos cambiar, al menos, en lo relativo a la vinculación con las normas, para lo cual puede aceptarse como fin de la pena la resocialización. Una persona puede variar sus comportamientos de un modo suficiente para no recaer en el sistema sancionador, acompañado de un sistema que así lo permita, incluido en Juez de Ejecución.

En conclusión, y sin pretender –repito– honrar la inseguridad jurídica, pero por directa aplicación de las normas constitucionales superiores, entendemos que el Juez de Ejecución, dentro de sus facultades, encuentra cierto lugar de maniobra para alterar la parte dispositiva de una sentencia condenatoria y adaptar, de ese modo, mejor su ejecución a la realidad del individuo.

Entre prohibiciones y esperanzas: el cannabis medicinal frente a la Ley de estupefacientes en Argentina

Por Leila Noel González Rey¹

Este trabajo analiza la contradicción entre la ley de estupefacientes N° 23.737 y la ley N° 27.350 sobre cannabis medicinal en Argentina. Se evidencia cómo el marco punitivo vigente obstaculiza el acceso al cannabis terapéutico, incluso para personas registradas en el REPROCANN, generando criminalización injustificada. Se propone una reforma legislativa que armonice la lucha contra el narcotráfico con el derecho a la salud, incorporando un protocolo de cultivo para asociaciones civiles, criterios que distingan uso medicinal y tráfico, y un sistema de fiscalización transparente. La propuesta impulsa un cambio de paradigma hacia una legislación coherente y respetuosa de los derechos humanos.

REPROCANN – cannabis medicinal – ley 23.737 – políticas de drogas – autocultivo

* * * * *

a. Introducción

La regulación en Argentina de sustancias estupefacientes ha estado tradicionalmente marcada por un enfoque sumamente punitivista, encarnado en la ley 23.737. Esta normativa, sancionada en 1989, persigue combatir el narcotráfico mediante la penalización de conductas vinculadas a la producción, comercialización y consumo de estupefacientes. Sin embargo, la aprobación de la ley 27.350 en 2017, que regula el uso del cannabis medicinal, ha introducido una tensión normativa y operativa dentro del sistema legal argentino. Por un lado, se promueve el acceso al cannabis con fines terapéuticos, mientras que, por otro, la ley de estupefacientes penaliza conductas que

podrían ser necesarias para la aplicación de esta nueva legislación.

b. Contexto histórico y social: la criminalización del cannabis en Argentina

En primer lugar, corresponde demarcar el contexto social e históricamente conflictivo en Argentina: la planta de cannabis, ha sido asociada, principalmente, con la lucha contra el narcotráfico. En ese punto, el debate sobre el cannabis medicinal ha ganado terreno desde principios de este siglo, concurriendo, con la prohibición de la misma, robustecido por una política internacional basada en la «*Convención Única sobre Estupefacientes*». Este tratado inculcó una visión global de criminalización de las drogas. No obstante, el auge de las

¹ Abogada, cursa maestría en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Docente a cargo en el CBC de la Universidad de Buenos Aires, en la materia Derechos Humanos y Constitucional. Se desempeña como funcionaria en el Poder judicial. Correo electrónico: leewla.9@gmail.com

investigaciones científicas y los movimientos sociales a favor de la legalización del cannabis medicinal han modificado esta perspectiva con mucha cautela, llevando al país a legislar en 2017 sobre su uso con fines terapéuticos, con varias reformas posteriormente.

Este cambio social y político se dio en paralelo a un fenómeno global donde países como Uruguay y Canadá avanzaron hacia la regulación del cannabis. A grandes rasgos, Uruguay, en el 2013, fue el primer país de Latinoamérica en legalizar el cannabis bajo la ley 19.172, la cual estableció el marco regulatorio para la producción, distribución y consumo de cannabis con cualquier fin. Su principal objetivo no era fomentar el consumo sino desarticular el mercado ilegal controlado por organizaciones criminales, para así poder garantizar un acceso seguro a sus usuarios. Por lo tanto, crearon el Instituto de Regulación y Control del Cannabis (en adelante, «IRCCA»), que es aquel que supervisa la cadena de producción, distribución y venta, permitiendo el autocultivo, los clubes cannábicos y la compra en farmacias.

Ahora bien, en Argentina tenemos varios problemas, ya que aún hoy encontramos varios matices que condicionan la «legalidad» del cannabis, otorgada por la ley 27.350- la cual representa a estas demandas- frente a tensiones que aún persisten. El aumento de la aceptación pública del cannabis medicinal se ve reflejado en la creciente presión para modificar la ley y en la consolidación de una noción que vincula el cannabis con el bienestar y la salud, y no solo con el crimen organizado.

c. El marco normativo del cannabis medicinal

i. La ley 23.737 y el enfoque punitivo

Ahora bien, debemos inmiscuirnos en el marco normativo de la ley 23.737, la cual establece un esquema punitivo amplio para conductas relacionadas con estupefacientes, incluyendo la producción, comercialización, tenencia y consumo. Su artículo 5° tipifica la producción o fabricación de sustancias estupefacientes, previendo penas de 4 a 15 años de prisión. Asimismo, el artículo 14 criminaliza la tenencia de estupefacientes, salvo que pueda probarse que dicha tenencia está destinada al consumo personal, la cual aún se encuentra también controvertida.

A causa de su orientación represiva, la ley 23.737 ha sido objeto de revisiones jurisprudenciales muy significativas, por ejemplo, en el 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Arriola»², como en tantos otros, declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de estupefacientes destinados al consumo personal, siempre que no afecten a terceros ni a la moral pública. Este fallo marcó un punto de inflexión en la interpretación de la ley, estableciendo un límite a su aplicación en términos de derechos individuales. Con su línea, refuerza el principio de autonomía personal consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y sirve como base indirecta para cuestionar la penalización del autocultivo medicinal. A su vez este fallo, solo, ha robustecido la certeza de un punto de no retorno para el sin fin de situaciones judiciales en donde algunos tribunales han fallado a favor de los pacientes registrados en el Registro del Programa de Cannabis (en adelante, «REPROCANN»), reconociendo que su derecho a la salud y que los tratamientos médicos, deben primar sobre la lógica represiva de la ley de estupefacientes, a los que más adelante me voy a referir.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 332:1963. «Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho, causa N° 9080, rta. 25/08/09»

Sin embargo, la falta de claridad normativa sigue generando conflictos interpretativos. En consecuencia, se pone en jaque el principio de proporcionalidad -que plantea que las penas deben ser proporcionales al daño causado y al bien jurídico protegido-. En el caso del cannabis medicinal, este principio se ve vulnerado cuando personas son penalizadas por conductas como el cultivo personal para uso terapéutico, que no generan un daño significativo ni afectan la salud pública. Esto refuerza la necesidad de reformar la ley de estupefacientes para garantizar que las penas sean razonables y alineadas con los principios del derecho penal moderno.

La estructura de la ley 23.737 se centra en criminalizar toda actividad relacionada con las drogas, sin distinguir adecuadamente entre las conductas relacionadas con el narcotráfico y aquellas vinculadas al consumo personal o con fines terapéuticos. Este diseño legal no solo genera problemas operativos y judiciales, sino que expone a los ciudadanos a situaciones de criminalización innecesaria.

ii. La ley 23.737: avances y limitaciones

Sentado ello, en el 2017 se sanciona la ley 27.350, la cual nació con el objeto de establecer un marco legal para el acceso informado y seguro al uso del cannabis con fines médicos y científicos. Su implementación ha sido complementada por el REPROCANN, como herramienta de la presente norma y, asimismo, garantizar el acceso seguro y legal. A través del REPROCANN, los pacientes, sus representantes legales, cultivadores, asociaciones civiles y fundaciones -que se encuentren legalmente autorizados-, pueden registrarse para obtener varios permisos de cultivo, transporte y uso solamente de

cannabis medicinal, que los guarden de eventuales conflictos legales.

El tesoro de su objetivo, es garantizar el derecho a la salud de los que utilizan cannabis con fines terapéuticos, enfrenta varios desafíos que limitan su efectividad.

Esta situación genera una gran inseguridad jurídica en los pacientes, cultivadores y asociaciones, porque a pesar de que los usuarios registrados cuentan con los permisos legales para el autocultivo o adquisición de cannabis, existen numerosos casos de detenciones, allanamientos y decomisos ilegítimos³. ¿Por qué sucede esto? Uno de los inconvenientes más severos es la falta de capacitación tanto de las fuerzas de seguridad como del sistema judicial sobre su funcionamiento.

Otro punto principal es que el acceso a este registro se encuentra limitado a procesos administrativos muy engorrosos que dificultan la inscripción de pacientes, asociaciones civiles, fundaciones y médicos, refiriendo que hoy en día hay procedimientos en proceso de evaluación hace más de 1 año y medio.

Respecto de este registro, existe una desconexión total con el sistema penal, ya que, a pesar de la existencia de los permisos otorgados por dicha dependencia, existe una articulación normativa con la ley 23.737, lo que expone a los usuarios registrados a ser procesados bajo los preceptos de esta normativa. A modo de ejemplo, cultivadores autorizados en el registro, han sido acusados por producción de estupefacientes, ya que las fuerzas de seguridad y mancomunadamente las fiscalías, en algunos casos, no reconocen esta documentación. Es por ello que esta desconexión entre las normas no solo afecta a los pacientes, sino a todo el andamiaje

³ Juzgado de Instrucción N° 3 - Tucumán «Flores, Roberto F. s/ causa por infracción a la ley 23.737», rta. 06/08/2024.

Un caso bastante reciente donde al imputado le habían secuestrado 9 plantas de marihuana debido a que su permiso de REPROCANN se encontraba vencido. Asimismo, el juez consideró que la

demora de la renovación del permiso no era una responsabilidad del cultivador, sino que respondía a las diferencias burocráticas que enfrentan los usuarios para mantener sus permisos al día, por lo tanto, el día 6/8/24, se sobreseyó al Sr. R, F.

creado por la ley 27.350, por lo que es necesaria su revisión.

d. Tensiones y contradicciones normativas

Por otra parte, es menester destacar la diferencia del esquema prohibitivo de la ley 23.737 y la ley 27.350 que introduce un enfoque garantista, priorizando el derecho a la salud por sobre la lógica represiva. No obstante, su implementación enfrenta diversos desafíos. Entre ellos, la tensión normativa con la ley de estupefacientes, que podría dar lugar a la criminalización de conductas permitidas como el cultivo personal de cannabis. Un aspecto central de esta última es su carácter progresivo, al reconocer la importancia del cannabis como herramienta terapéutica y promover investigaciones científicas en esta área. Aún, la normativa carece de mecanismos claros que aseguren su aplicación efectiva, algo que deja a muchos pacientes en una situación de vulnerabilidad.

No obstante, y tal como lo plantee en la introducción del presente, ley 23.737 ha sido sancionada en 1989 y tiene como objetivo principal combatir el narcotráfico y proteger la salud pública mediante la penalización de conductas relacionadas con estupefacientes. Su esquema normativo busca erradicar actividades vinculadas con la producción, comercialización, distribución y consumo de sustancias consideradas ilícitas, bajo el supuesto de que estas representan un riesgo no tolerable para la sociedad. El bien jurídico protegido es la salud pública, definida como un interés colectivo que trasciende los derechos individuales. En este sentido, adopta un enfoque disciplinario y generalizador, que no distingue entre el narcotráfico y conductas menores como el autocultivo o el consumo personal. Esta falta de diferenciación, genera tensiones significativas cuando se superpone con

regulaciones que buscan garantizar derechos individuales, como ocurre con la ley 27.350.

En su contemplación, la ley 27.350, sancionada en 2017, tiene un propósito diferente: garantizar el acceso seguro e informado al cannabis con fines terapéuticos. Esta reconoce el derecho a la salud como un derecho humano fundamental, priorizando la necesidad de tratamientos eficaces para pacientes que padecen enfermedades crónicas, dolores severos y otras afecciones que pueden ser tratadas con cannabis. En contraste con la lógica represiva, introduce un enfoque garantista, que pone énfasis en los derechos individuales y en la promoción del bienestar social. Además, esta norma fomenta la investigación científica sobre los usos terapéuticos del cannabis, abriendo un camino hacia una regulación más amplia basada en la evidencia.

e. Colisión de fines: represión del narcotráfico vs. garantizar el derecho a la salud

Sin embargo, uno de los principales problemas que surgen de la actual regulación, es la falta de distinción entre el narcotráfico y las conductas relacionadas con el uso terapéutico del cannabis.

El narcotráfico, en términos generales implica una serie de actividades ilícitas como la comercialización, producción, distribución y venta ilegal de sustancias psicotrópicas y psicoactivas prohibidas por la legislación de nuestro país. Este fenómeno involucra una red de actividades ilícitas específicas que incluyen el cultivo, la fabricación, el transporte y su inserción de todo tipo de sustancias en los mercados de consumo ilegal⁴. En contraste, el uso terapéutico de cannabis responde a una necesidad que hoy tiene la salud pública y así es como se encuentra regulado bajo el

⁴ Bregman, M. (2016). Drogas, narcotráfico y poder en América Latina. Fondo de Cultura Económica

marco normativo, aún precario, que busca garantizar el acceso seguro a pacientes que requieren esta sustancia como parte de un tratamiento médico. Es por ello, que el régimen sancionatorio actual establece penas que son desproporcionadas para las acciones que no generan un riesgo real para la salud pública, como se podía dilucidar anteriormente. En particular, la penalización del propio cultivo con fines terapéuticos ha demostrado que nada tiene que ver con el narcotráfico, pero, lo que sí sucede es que ha conducido a la persecución de personas que no representan ningún tipo de amenaza para la sociedad.

Por ende, es muy importante destacar la contraposición de fines e implicancias que tienen estas dos normas a la hora de coexistir ya que generan un conflicto normativo toda vez que persiguen fines muy distintos y complejos, los cuales no se encuentran adecuadamente articulados al momento de hacer público este ejercicio taxonómico.

Esta colisión de fines plantea un desafío práctico y teórico: *«¿cómo armonizar una normativa que busca proteger la salud pública desde un enfoque punitivo con otra que busca garantizar el acceso a la salud desde un enfoque garantista?»*

f. Replantear el paradigma punitivo: el desafío de reformar la Ley de drogas

Para superar esta contradicción, se debería llevar a cabo la reforma de la ley 23.737 reconociendo el derecho al acceso de cannabis medicinal sin riesgo de persecución penal. Esto implicaría la incorporación de una cláusula de exclusión de punibilidad para quienes cultivan, poseen o transportan cannabis con fines médicos y bajo un régimen de registro, como el REPROCANN. Además, sería necesario redefinir los criterios de diferenciación entre el tráfico ilegal y la producción destinada a la salud pública, estableciendo límites cuantitativos y cualitativos claros para evitar que los pacientes y cultivadores solidarios sean asimilados a narcotraficantes.

La introducción de un régimen especial para el cannabis medicinal en la legislación sobre estupefacientes, permitiría eliminar las ambigüedades interpretativas que han llevado a la criminalización selectiva y garantizaría un acceso efectivo al tratamiento sin generar conflictos con la normativa penal, estableciendo un sistema sancionatorio proporcional y adecuado para conductas que no constituyan un peligro real para la salud pública, asegurando a los pacientes cultivadores, asociaciones civiles y fundaciones autorizadas.

El enfoque de salud pública debe primar sobre el enfoque punitivo en la regulación del cannabis medicinal. En lugar de castigar a quienes buscan acceder a tratamientos médicos con cannabis, el Estado debería fortalecer las políticas de acceso legal, garantizando que los pacientes puedan obtener productos seguros y de calidad controlada. Esto implicaría, entonces, no sólo la eliminación de barreras, sino también el desarrollo de una industria regulada que permita la producción y distribución de cannabis medicinal a cargo de los organismos autorizados por la autoridad competente. En este sentido, la implementación de un sistema de fiscalización y control permitiría garantizar la trazabilidad de los productos sin necesidad de recurrir a la criminalización de cualquiera de sus actores.

La armonización de ambas leyes requiere, en definitiva, un cambio de paradigma en la política de drogas en Argentina. En lugar de mantener un modelo basado en la represión y el castigo, el enfoque debe trasladarse hacia una regulación integral que contemple la realidad del consumo de cannabis y la necesidad de garantizar el acceso a la salud. La incorporación de criterios de proporcionalidad en la persecución penal, la creación de un marco normativo para el cultivo y distribución controlada del cannabis medicinal y la eliminación de las barreras burocráticas que impiden el acceso legal al tratamiento son pasos fundamentales para resolver la contradicción existente entre ambas leyes.

Con estas reformas, se podría lograr una legislación más coherente y justa, que proteja la salud pública sin recurrir a la criminalización innecesaria de quienes hacen uso del cannabis de manera responsable y con fines terapéuticos.

*g. Del registro a la realidad:
desafíos en la
implementación del
«REPROCANN»*

Con respecto al REPROCANN, sería fundamental que se amplíe, para incluir un mecanismo ágil y accesible de inscripción para los pacientes que necesitan acceder al cannabis medicinal, así como también un sistema robusto de supervisión que garantice la calidad y trazabilidad del mismo, intentando que la utilización solamente sea para fines terapéuticos reales y no con el objetivo que se ha utilizado hasta la actualidad, que tiene un tinte más bien recreacional. Del mismo modo, el registro debería establecer un marco para la producción y distribución controlada, minimizando los riesgos de comercialización ilícita y asegurando que solo se comercialice cannabis para uso médico a través de canales formales, que también deberían crearse y por último una agencia control que deberá explicar a los cultivadores y pacientes, un examen interdisciplinario inicial y luego cada cierta cantidad de tiempo un examen patológico.

*h. Formalizar lo informal:
hacia un modelo de cultivo
comunitario legal y seguro.*

Ahora bien, donde deseo hacer foco es con respecto a aquellas asociaciones civiles, fundaciones y ONGS, que se encuentran facultadas bajo el registro pertinente, que hoy en día operan en un marco de semi-formalidad, siendo necesario así, establecer un protocolo de cultivo controlado.

El objetivo sería llevar a cabo el cultivo comunitario de cannabis medicinal bajo la supervisión del Estado, asegurando que los pacientes registrados en el REPROCANN

puedan acceder a productos de calidad sin depender exclusivamente del autocultivo individual o de redes informales. Asimismo, buscaría establecer un sistema de control y fiscalización que permita la trazabilidad del cannabis producido, diferenciando claramente a las asociaciones civiles del narcotráfico y estableciendo requisitos técnicos y sanitarios para el cultivo, cosecha y procesamiento del cannabis medicinal.

La regulación debería contemplar la creación de un régimen de licencias otorgadas por el Estado a asociaciones civiles sin fines de lucro que cumplan con determinados requisitos, como su inscripción en la Inspección General de Justicia o en el organismo provincial correspondiente, la registración en un «Registro Nacional de Cultivo Comunitario» vinculado al REPROCANN y la presentación de una lista de pacientes beneficiarios que cuenten con prescripción médica. Además, cada asociación deberá designar un responsable técnico que garantice el cumplimiento de las normativas establecidas.

Para operar de manera legal y segura, las asociaciones deberán cumplir con estándares técnicos de cultivo que incluyan medidas de seguridad adecuadas, como controles de acceso, videovigilancia y registros internos para evitar desvíos. Del mismo modo, se deberá establecer un sistema de trazabilidad mediante identificación de cada cultivo y documentación, en un registro digital para que el Estado pueda llevar a cabo su supervisión.

En cuanto a los límites de producción, la cantidad de plantas permitidas debería estar directamente relacionada con el número de pacientes registrados en la asociación, evitando tanto la sobreproducción como el desabastecimiento, para así entonces garantizar que el cannabis medicinal producido por las mismas, cumpla con los estándares sanitarios adecuados.

Será obligatorio someter cada lote de producción a análisis de laboratorio que verifiquen la concentración de cannabinoides y la ausencia de contaminantes, como pesticidas, metales

pesados y microorganismos patógenos. Estos controles podrán ser realizados por laboratorios públicos o privados habilitados, asegurando que los productos derivados del cannabis sean aptos para el consumo medicinal.

Por otra parte, el funcionamiento de las asociaciones deberá estar sujeto a un sistema de fiscalización estatal que incluya inspecciones periódicas y auditorías sobre los cultivos, la producción y la distribución del cannabis medicinal. A su vez, será necesario implementar un registro digital de producción y distribución que permita documentar el destino de cada lote de cannabis cosechado. En caso de incumplimiento, se deberán establecer sanciones proporcionales a la infracción cometida, que pueden ir desde multas y suspensión de la licencia hasta el decomiso de las cosechas. Este sistema de control garantizaría que las asociaciones civiles operen con transparencia y dentro de un marco de legalidad, evitando desvíos al mercado ilegal.

En lo que respecta a la distribución del cannabis terapéutico, es fundamental que el protocolo establezca mecanismos que permitan el acceso seguro de los pacientes registrados en el REPROCANN. Entre las opciones viables se encuentra la entrega directa en la sede de la asociación, con registro de cada entrega y firma del paciente o su representante legal, o el envío a domicilio bajo supervisión del Estado. También se podría considerar la integración de estas asociaciones al sistema de salud pública, permitiendo que hospitales y centros de salud puedan acceder a productos provenientes de cultivos comunitarios regulados. En este sentido, es crucial garantizar que el acceso al cannabis medicinal no implique costos excesivos para los pacientes, promoviendo modelos de financiamiento solidario dentro de las asociaciones.

i. Protocolo de cultivo y justicia penal: construyendo legalidad para el cannabis terapéutico

La implementación de un protocolo de cultivo controlado también tendrá un impacto positivo en el sistema penal, ya que permitirá diferenciar a las asociaciones civiles sin fines de lucro del narcotráfico, estableciendo criterios claros sobre su legalidad. En este marco, será necesario suspender los procesos penales en curso contra asociaciones que cumplen un rol social y medicinal, así como reformar la ley 23.737 para incluir una excepción explícita para las asociaciones civiles registradas ante el Estado. Además, se debería establecer un mecanismo de revisión de condenas para personas procesadas por cultivar cannabis medicinal en un contexto de vulnerabilidad legal, asegurando que estas prácticas no sean penalizadas en el futuro.

j. De la criminalización a la regulación: un cambio de paradigma necesario (conclusión)

A partir del análisis exhaustivo de la normativa vigente, resulta evidente la contradicción legal que obstaculiza el acceso adecuado al cannabis medicinal en Argentina. Si bien la ley 27.350 significó un avance relevante en la regulación del cannabis con fines terapéuticos, su implementación efectiva se encuentra seriamente limitada por la vigencia de la ley de Estupefacentes (ley 23.737), que aún mantiene un enfoque punitivo sin distinguir entre narcotráfico y uso medicinal. Esta falta de articulación genera un «vacío legal» que provoca inseguridad jurídica para quienes, incluso contando con las autorizaciones pertinentes, continúan expuestos a la criminalización.

Desde una perspectiva crítica, es indispensable reformar el marco normativo para que se adecúe a la realidad del cannabis como herramienta terapéutica, diferenciando claramente las prácticas

destinadas a la salud pública de aquellas vinculadas a actividades delictivas. Superar esta ambigüedad legal permitiría despenalizar conductas que no representan un riesgo para la sociedad y garantizaría el pleno ejercicio del derecho a la salud de pacientes y cultivadores solidarios.

Asimismo, resulta urgente la creación de un sistema de fiscalización y regulación robusto que asegure la calidad y trazabilidad de los productos derivados del cannabis medicinal, evitando desvíos sin recurrir a la persecución penal. La agilización del acceso al REPROCANN y la eliminación de trabas burocráticas son pasos fundamentales para consolidar una política pública que responda efectivamente a las necesidades terapéuticas de la población.

En definitiva, el enfoque punitivo vigente no se condice con los principios de salud pública ni con los derechos humanos. La justicia debe ser capaz de distinguir entre un delito y una práctica terapéutica legítima, permitiendo una legislación coherente que respalde a quienes realmente necesitan este tratamiento. Este cambio de paradigma no solo implica una transformación jurídica, sino también una oportunidad histórica para avanzar hacia un sistema legal más justo, humano y acorde a las demandas sociales contemporáneas.

Ley de reiterancia delictiva: garantías en peligro

Por Nayla Santisteban¹

La columna analiza críticamente la Ley N.º 27.785 sobre reiterancia delictiva, advirtiendo sobre su impacto regresivo en el sistema penal argentino. La norma modifica aspectos centrales del proceso penal, como la prisión preventiva y los peligros procesales, afectando principios constitucionales como la presunción de inocencia, el «*ne bis in idem*» y el derecho penal de acto. La autora denuncia el avance del populismo punitivo y alerta sobre los riesgos de legislar en clave securitaria sin atender las consecuencias concretas sobre las personas procesadas.

reiterancia delictiva – populismo punitivo – derecho penal de acto – prisión preventiva – garantías procesales

* * * * *

a. Introducción

A principios del mes de marzo del corriente año y luego de un escueto debate parlamentario se publicó en el boletín oficial la sanción de la ley de reiterancia delictiva.

Se trata de una ley que introduce serias modificaciones al código penal y a los códigos procesal penal de la nación (en adelante, «CPPN») y procesal penal federal (en adelante, «CPPF»). Todas ellas se traducen en cambios a institutos centrales del proceso como son la reincidencia, los criterios para el otorgamiento de la prisión preventiva, la forma en la cual se cuantifican las penas y la incorporación de la figura del peligro de reiterancia.

Puntualmente, la idea es detenernos en la redacción y coherencia del proyecto, como así también en el análisis de las consecuencias de la sanción de esta figura.

Nos centraremos en los cambios en torno a los peligros procesales en relación con la prisión preventiva y en cómo estos resultan incompatibles con principios constitucionales y con las garantías que asisten a quien atraviesa un proceso penal.

b. Análisis legislativo

En lo que sigue, presentaremos algunas de las complejidades que se desprenden en torno a la ley de reiterancia. Las dificultades mencionadas giran en torno a la técnica legislativa utilizada, es decir, este proyecto tiene una redacción bastante confusa y ambigua. Se utilizan términos genéricos y vagos, como los que expondremos a continuación, lo que aumenta el riesgo de caer en interpretaciones arbitrarias y totalmente subjetivas. Esto es especialmente problemático cuando se analizan hechos delictivos, ya que, conforme al principio de legalidad, estos deben ser tipificados

¹ Abogada con orientación en derecho penal (Facultad de Derecho, UBA). Integrante de la cátedra de criminología (Facultad de Derecho, UBA). Especialización en curso en derecho penal y procesal (Facultad de Derecho, UBA). Especialización en curso criminología (Universidad Nacional de Quilmes). Correo: santisteban.nay@gmail.com

penalmente –es decir, estar contenidos en una norma penal emanada por el Congreso de la Nación– para poder ser juzgados.

Un ejemplo de lo mencionado es lo que sucede con el artículo 3 de la ley 27.785, donde se establecen los riesgos procesales y cómo estos operan en términos de restricción de la libertad. Este apartado define la reiterancia como la «*imputación a una causa penal en forma coexistente con otros procesos penales en curso en los que la persona hubiera sido imputada*». Para su determinación, la norma establece que se entiende por imputación penal a toda persona que haya sido convocada para formalizar una investigación preparatoria, conforme lo indica el artículo 294 CPPN y 254 CPPF. Esto significa que, al contar con una imputación penal, la persona ya puede ser considerada reiterante y, por lo tanto, ser detenida durante el proceso seguido en su contra. Sin embargo, de manera contradictoria, el mismo artículo establece que nadie podrá ser encarcelado sin que existan pruebas suficientes para la imputación de un delito con pena privativa de la libertad. Esta contradicción es evidente, ya que la norma sugiere la detención en caso de reiterancia, pero al mismo tiempo establece que nadie puede ser encerrado sin pruebas suficientes en su contra.

Siguiendo el mismo espíritu, el artículo 5 introduce una serie de modificaciones al artículo 312 CPPN y 218 del CPPF en torno a la prisión preventiva. Al respecto sostiene que deberá tenerse en cuenta la naturaleza del hecho, la reiterancia delictiva, o las condiciones del imputado a los fines de valorar los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. La incorporación de estos criterios valorativos no hace más que desvirtuar la excepcionalidad que debe tener toda medida de coerción impuesta a una persona durante el proceso.

Continuando el análisis del artículo 6° de la ley encontramos que la misma incorpora el artículo 222 bis cuya finalidad es establecer el concepto de peligro de reiterancia. Este concepto radica en la valoración de una serie de circunstancias del

hecho delictivo como así también características personales del autor. Entre ellas podemos encontrar la existencia de procesos pendientes o condenas anteriores o la valoración de la conducta del imputado en otro proceso que revele su intención de eludir a la justicia. Vale la pena mencionar que la intención de eludir la justicia es uno de los denominados peligros procesales conocido como peligro de fuga, pero de ninguna manera la misma puede ser tenida en cuenta en un proceso paralelo, sino más bien en el cual la persona está siendo juzgada.

c. Reiterancia y garantías penales

La normativa presenta una serie de aspectos que implican grandes afectaciones a garantías constitucionales ya consagradas en normas internacionales y en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En principio, el hecho de ser detenido por tener una causa abierta en curso atenta contra uno de los principios más elementales que presenta el ordenamiento jurídico en su conjunto. Hacemos referencia al principio de inocencia. El mismo se encuentra consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En similar sentido, la consideración de procesos y condenas en curso vulnera el principio del «*ne bis in idem*», que fundamentalmente importa la garantía de que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo delito. A su vez, este principio prohíbe la doble valoración de elementos ya considerados por el legislador en el tipo penal, lo que debería ser resguardado para garantizar la coherencia y equidad en la determinación e imposición de penas por parte del sistema judicial.

Finalmente, resta señalar que expresiones vinculadas a realizar una valoración de las condiciones personales del imputado hablan de una norma que pone el foco en lo conocido como derecho penal de

autor. Bajo esta óptica fundamentalmente se penalizan las características de la persona que llevó a cabo el hecho y no al hecho delictivo en sí. Recordemos que el juzgamiento de las condiciones personales de los acusados nos remonta a las viejas ideas elaboradas por el positivismo criminológico.

Esto se encuentra vedado por nuestra Constitución que consagra en su artículo 18 el derecho penal de acto. Creemos que nos encontramos ante una nueva herramienta penal que contribuye al gran populismo punitivo que acecha nuestra región. Lejos de ser nuevo o novedoso representa las bases ideológicas de las cuales se sustenta el Estado Penal que actualmente decide responder a la conflictividad social y la persecución del delito con un aumento desenfrenado de leyes y reformas que contribuyen a prisionalización de sujetos en cárceles depósito. De esta forma, se dejan totalmente de lado los cimientos en los cuales se sustentan los procesos penales, es decir, las garantías constitucionales.

depósito” en Argentina. Urvio: Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, 88–116

d. Conclusiones

Por último, consideramos que al sancionar leyes en busca de un ideal securitario, es esencial considerar las repercusiones concretas que la futura ley tendrá en la vida de aquellas personas que puedan ser alcanzadas por la misma. En este sentido, en un contexto de sobrepoblación carcelaria, fugas de presos en comisarias y aumento de la conflictividad social resta preguntarse si más encierro y persecución resulta ser una forma adecuada de abordar la seguridad. Creemos que la respuesta será, como otras veces, negativa.

e. Bibliografía

- Garland, D. (2001). *La cultura del control*. Oxford University Press.
- Garland, D. (2016). Penalidad y Estado penal. *Delito y Sociedad*, 25(42), 9.
- Sozzo, M. (2007, mayo). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-