



INFORME 2017

Situación de los Derechos
Humanos en Mendoza



10° Aniversario
2017

XUMEK
Asociación para la Promoción y
Protección de los Derechos Humanos

Informe 2017

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MENDOZA

***Asociación para la promoción y protección de los derechos humanos
“XUMEK”
INFORME ANUAL 2017***

XUMEK – Mendoza - Argentina

Al escribir este texto intentamos hacerlo con un lenguaje inclusivo. Sin embargo, para facilitar su lectura, no recurrimos a recursos como “@”, “x” o “os/as”. Deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración en aquellos casos en los que no pudimos evitar el genérico masculino.

Se permite la reproducción de esta publicación siempre que se cite la fuente.

ISBN

*Este informe fue declarado de interés institucional por la
Universidad Nacional de Cuyo, según Resolución Rectoral
N° 4619 del 23 de noviembre del 2017.*

XUMEK

Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

RES. N° 1158. 8/6/2007 - Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Gobierno.

Provincia de Mendoza

Autoridades

Lucas Lecour | Presidente

Sergio Salinas Giordano | Vicepresidente

Juan Dantiacq | Tesorero

Leandro Rodríguez Pons | Revisor de Cuentas

Martina Hertlein | Revisora de Cuentas suplente

Estefanía Araya | Secretaria

Mercedes Duberti | Prosecretaria

Paula Logotetti | Vocal

Francisco Machuca | Vocal

Informe 2017

Coordinadores

María Mercedes **Duberti**

Ailén **Pelegrina**

Analía **Sosa Valderde**

Editores

Gonzalo M. **Evangelista**

Bernardo Germán **Pascale**

Equipo Técnico

Ñushpi Quilla **Mayhuay Alancay**

Victoria **Posadas**

Agustín **Colombo**

Diseño de tapa y editorial

María Yeníen **Evangelista**

Redactores¹

Eva Asprella; Horacio Báez; Eli Barrera; Viviana Beigel; Ariel Cejas Meliare; Juan Carlos Dantiacq; María Mercedes Duberti; Luis Gabriel Escobar Blanco; Gonzalo Evangelista; Macarena Fernandez Hofmann; Fernando Goyeneche; Martina Hertlein; Azul Kemelmajer; Gisela Lamberti; Diego Lavado; Lucas Lecour; Andrés Leyes; Carlos Lombardi; Natalia Lorenzo; Francisco Machuca; Gabriela Manzotti; Antonella Marino; Ñushpi Quilla Mayhuay Alancay; Silvia Minoli; Renzo Gastón Molini Aciar; Silvia Ontivero; Marcia Panelli; Analía Viviana Paredes; Ailén Pelegrina; Eduardo Quiroga; Nicolás Rallo; Macarena Randis; Martín Rodríguez Candioti; Andrés Rousset Siri; Pablo Salinas; Sergio Salinas; Gabriel Agustín Sánchez Mendoza; Martín Sevilla; Analía Sosa Valderde; Viviana Subiris; Paula Vinassa.

Agradecemos a quienes confían en nosotros y sus familias para representar sus causas

Familia de Lucas Carrasco; Familia de Ariel Velez Cañizares; Familias de María José Coni y Marina Menegazzo; Federico Lorite; Familia de Tania Páez; Familiares y víctimas del caso Próvolo; Familia de Leonardo Rodríguez; Familia de José Luis Bolognezi y Familia de Janet Zapata.

Agradecemos por el apoyo brindado durante este año en nuestras actividades

a las siguientes personas

Juan Manuel Abal Medina; Anahí Alancay; Mariela Alcalde; Laura Alcaraz; Carolina Ale; Cecilia Ales; Juan Pablo Atencio; Fernando Ávila; Noelia Barbeito; José Barón; Cristian Bassin; Cintia Bayardi; Alejandra Berlanga; Nazareno Bravo; Natalia Brite; Sandra Casabene; Patricia Caballero; Guillermo Carmona; Andrea Casamento; Andrés Casciani; Valeria Chiavetta; Gastón Chiller; Martín Coria; Romina Coppa; Martín Cuello; Itatí Cruciani; Lautaro Cruciani; Claudia Domínguez Castro; María Eugenia Fernández; Jorgelina Fernández Leyton; Anabel Fernández Sagasti; Enrique Font; Daniela García; Claudia García; Noelia García; Franco García Dellavalle; Emilio García Méndez; Matías Garrido; Melisa Gorbano; Gretel Godoy; Alfredo Guevara; Oscar Guidone; Mariana Hellen; Rocío del Alma Hidalgo; Fabricio Imparado; Gabriel Jofré; Mario Juliano; Gabriela Kletzel; Eleonora Lamm; Graciela Ledda; Paula Litvachky; Eduardo Lodiggiani; Federico Lorite; Alan Llud; Dario Manfredi; María Fernanda Martínez; Miguel Mayhuay; Miriam Mabel Medina; Laura Montero; Ernesto Moreau; Anabella Museri; Briain Noble; Milagros Noli; Marcela Orellana; Gustavo Palmieri; Eugenio Paris; Pepe Perlino; Paulo Pereyra; Ignacio Perotti; Paula Petrelli; Matías Lorenzo Pisarello; Victoria Posada; Gladys Ravallo; Adriana Recchia; Silvana Riquelme; José Rodríguez; Leopoldo Rodríguez;

¹ Todas las personas se encuentran ordenadas alfabéticamente.

Daniel Rodríguez Infante; David Rodríguez Infante; Leandro Rodriguez Pons; Lorena Rubio; Fernando Rule; Ernesto Sanz; Macarena Sabín Paz; Nicolás Sosa Baccarelli; Ana Sosino; Facundo Tessone; Ana Toter; María José Ubaldini; Florencia Valles; Silvana Vallone; María Inés Vargas; Cecilia Vera; Juan Pablo Vozza; Luciana Yantén; Analía Zannessi.

y a las siguientes organizaciones sociales e instituciones públicas:²

Abuelas de Plaza de Mayo; Abogados y Abogadas del NOA en DDHH y estudios sociales (ANDHES); Área de Derechos Humanos Facultad de Cs. Políticas y Sociales, UNCuyo; Área de Articulación Social y Educativa UNCuyo; Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH); Asociación Comunicacional y Social “La Mosquitera”; Asociación Civil de Familiares de Detenidos en Cárceles Federales (ACiFad); Asociación Ecueménica de Cuyo; Asociación de Ex Presas y Presos Políticos de Mendoza; Asociación Padres Autoconvocados De Niños, Jóvenes y Adultos con Discapacidad; Asociación Pensamiento Penal (APP); ATAJO Mendoza; Banco Credicoop; Campaña Nacional contra la Violencia Institucional Mendoza; Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia; Colectivo en Defensa de la Ley de Salud Mental en Mendoza; Colectivo por la Restitución de Derechos a Sobrevivientes del Provoledo Mendoza; Comisión Bicameral de Defensoría del Pueblo del Congreso de la Nación; Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CPPT); Comisión Provincial Por la Memoria; Defensoría de Personas con Discapacidad; Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Diplomatura de Posgrado en Litigación Internacional Facultad de Derecho UNCuyo; Espacio Provincial de la Memoria y los Derechos Humanos; Hijos Mendoza; Instituto de Estudios de Género y Estudios de las Mujeres de la UNCuyo (IDEGEM); Facultad de Derecho UNCuyo; Fundación Ecueménica de Cuyo; Fundación SiMas; Fundación Sur; La Bancaria; Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH); Movimiento Popular “La Dignidad”; OIKOS Red Ambiental; Open Society Justice Initiative (OSJI); Organización Identidad Territorial Malalweche; Plataforma Regional por la Defensa de los Derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de libertad (NNAPES); Procuración Penitenciaria de la Nación; Sindicato de Trabajadores Estatales Autoconvocados (SITEA); Sindicatos Unidos de Trabajadores de la Industria de Aguas Gaseosas y Afines (SUTIAGA).

² Todas las personas y organizaciones se encuentran ordenadas alfabéticamente.

Imagen de tapa:

¿Dónde están? - Xilografía

Gastón Alfaro (Viña del Mar, Chile; 1945 - Mendoza, Argentina; 2017)

“La pintura me hace crujir, especialmente el color.

Mi pintura es una gran lucha”

Gastón Alfaro nació en la ciudad de Valparaíso pero vivió la mayor parte de su vida en Mendoza. Fue pintor, dibujante, grabador y escenógrafo. Se desempeñó varios años como Director del Museo Emiliano Guiñazú - Casa Fader y ejerció la docencia en la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Cuyo.

Su obra es un reflejo de su compromiso vital con la justicia social y con la idea del arte como indeclinable lucha.

Lo recordamos en el año de su fallecimiento.

*<<Dedicamos este informe a la memoria de Viviana Espina,
Elba Morales y Elsa Marta Sosa de Fagetti>>*

“No disfrutaremos la seguridad sin desarrollo, no disfrutaremos el desarrollo sin seguridad, y no disfrutaremos ninguna sin el respeto por los derechos humanos.”

Kofi Annan.

Índice

Prólogo	.23
Resumen Capítular	.27
Memoria, verdad y justicia	.35
Juicios de Lesa Humanidad en Mendoza	37
La sentencia por responsabilidad civil con el Terrorismo de Estado dictada por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza	49
El caso “Muiña”: “Una zancadilla en la lucha contra la impunidad”	57
De pie estoy, de pie estamos	63
Violencia Institucional	.73
Dificultades judiciales en la investigación de detenciones arbitrarias	75
Criminalización de las organizaciones sociales, de la pobreza y de la protesta.	
Inclusión del caso Túpac Amaru	83
Desaparición forzada de personas.	97

Hábeas corpus preventivo y colectivo en favor de los usuarios de transporte público de pasajeros	115
Penitenciarias123
Penitenciarias de Mendoza: situación actual	125
La superpoblación como problema histórico en la Argentina	141
La prevención de la tortura en Argentina: ausencia de políticas eficaces	151
El Programa de Educación Universitaria en Contexto de Encierro de la UNCUIYO	165
Género y Diversidad Sexual173
Violencia de Género en Mendoza	175
Johana Chacón: la sociedad mendocina reclama respuestas	193
Una herida social trans	199
Niñez y Adolescencia207
Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el marco de la salud mental.	209
El régimen penal juvenil y la edad de imputabilidad como políticas públicas de seguridad.....	221
Pueblos indígenas y Migrantes253
Derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales	255
Análisis de la política migratoria argentina a partir del DNU 70/2017.....	275
Medio ambiente291
El Tribunal Internacional Monsanto y el delito de Ecocidio.	293
Promoviendo la integralidad en la gestión de residuos sólidos urbanos: la experiencia de la línea de trabajo en Economía Social y Ambiente de la Universidad Nacional de Cuyo.....	301
El problema de la lobsia botrana. Un caso práctico para analizar el dilema entre la urgencia sanitaria y el derecho humano a un medio ambiente sano	317
Derechos de las Personas con Discapacidad329
Discapacidad, un asunto de Derechos Humanos. Del discurso a la acción	331
El caso Próvolo y el sistema de encubrimiento eclesiástico.....	359
Litigio estratégico en el Caso Próvolo	371
Derechos Humanos y Servicios Públicos385
Servicios públicos energéticos. Una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos a la luz del fallo Cepis.	387

Independencia Judicial y Responsabilidad Internacional del Estado	—401
La Corte de la Nación, en principio, es Suprema. Implicancias del fallo de la Corte Suprema en el caso Fontevccchia	403
Análisis de la Independencia Judicial desde una perspectiva de Derechos Humanos	419
Salud y Derechos Humanos431
Derechos de las Personas con VIH en la Provincia de Mendoza.....	433

Prólogo

Fue la lucha por la dignidad de todas las personas, lo que motivó a un grupo de abogados, formados por Alfredo Guevara Blanco, a fundar Xumek hace 10 años. Ellos asumieron ese compromiso con la firme convicción de proteger los derechos humanos y promover políticas públicas para mejorar la calidad institucional de nuestra provincia. Hoy esa visión sigue siendo nuestra guía.

Presentar nuestro trabajo, una vez más, en un informe anual que engloba las investigaciones que hemos desarrollado durante el año, es un aspecto fundamental de nuestra Asociación. El *Informe 2017 sobre la situación de los Derechos Humanos en la Provincia de Mendoza*, es una crítica constructiva y responsable, elaborada por expertas y expertos en la diversas temáticas, defensores y defensoras de derechos humanos. Esta edición está cargada de emociones, representa un hito más en nuestra historia, en el décimo aniversario de nuestra existencia.

En esta oportunidad, sumado a la información reunida por cada una de nuestras áreas de trabajo, el Informe en su octava edición cuenta con valiosos aportes de prestigiosos y prestigiosas colaboradoras. Quienes, con su mirada acerca de temas específicos, han contribuido desinteresadamente para cumplir nuestro anhelo de brindar año

a año un trabajo de mayor calidad. A todas las personas que han trabajado para este informe, nuestro infinito agradecimiento.

Asimismo agradecemos especialmente al Área de Articulación Social e Inclusión Educativa “Gustavo Kent” de la Universidad Nacional de Cuyo, Ing. Agr. José Guillermo Rodríguez y Lic. Paula Petrelli, quienes este año han colaborado intensamente en la presentación de este informe. Sin olvidar los valiosos aportes académicos de esa alta casa de estudios.

Han sido años de mucho trabajo y esfuerzo, cargados de múltiples desafíos, en los cuales hemos sostenido siempre nuestra posición en todas aquellas acciones que afectan los derechos fundamentales de nuestra sociedad. Por lo cual nos permitimos expresar un vez más nuestra visión sobre el momento que atravesamos.

La problemática de la inseguridad creciente, situación altamente preocupante, ha sido azuzada por autoridades gubernamentales y ciertos grupos de poder que festejan soluciones vinculadas con más mano dura. Probado está, que estas políticas no resuelven los problemas y solo provocan una mayor desintegración del tejido social. Sin embargo, resultan altamente beneficiosas en términos electoralista, por lo que desde hace algunos años se ha iniciado un proceso de securitización de las agendas del gobierno, que ha posibilitado una serie de acciones altamente represivas.

Con un gran apoyo social, la máxima autoridad mendocina festeja la muerte de una persona que presuntamente habría cometido un delito a manos de la policía, se enorgullece del aumento desmedido de la población carcelaria que alcanzan índices de hacinamiento insoportable. Por otro lado, se amenaza con penalizar cualquier protesta contraria al gobierno y se avanza sin ningún tipo de control sobre la justicia provincial, afectando su independencia, haciendo críticas desmedidas sobre fallos que ni siquiera han leído. Pretendiendo, incluso, aumentar el número de jueces del máximo tribunal local con el objeto de manejar sus decisiones.

A través de estos discursos “*pro-mano-dura*”, se justifican razzias en los colectivos y campañas que fragmentan la solidaridad entre ciudadanos con mensajes, tales como: “*no prestes tu tarjeta, ni pidas que a alguien pague tu boleto*”, criminalizando uno de los procesos básicos de la cohesión social.

La contracara de estas políticas siguen siendo los sectores más vulnerables de nuestra población, únicos destinatarios de todas estas normas represivas, quienes continúan siendo invisibilizados. El Estado parece estar cada vez más ausente en cuestiones que tengan que ver con la seguridad social, el bienestar de los sectores más desprotegidos, la igualdad y la equidad. Claramente, no podemos compartir este modelo, que pretende la polarización entre nosotros (la gente de bien) y ellos (los supuestos delincuentes).

No buscamos soluciones mágicas a eternos problemas, pero entendemos fundamental que los discursos, las propuestas, los proyectos y las políticas, sean siempre en perspectiva de más derechos humanos y sirvan al bien de nuestra comunidad en todo su conjunto. Que los valores como la solidaridad, la equidad, la igualdad, la justicia, la educación y el compromiso social; marquen la agenda de todos los gobiernos. Nunca vamos a convalidar el uso irrestricto de la violencia, ni su ponderación como única

salida a los problemas actuales.

A nosotros, las organizaciones de la sociedad civil, nos queda alzar la voz y poner el cuerpo cada vez que sea necesario. Reconociendo nuestro pasado, con todo el dolor que eso puede implicar; trabajando en el presente, con todas las dificultades que eso significa; y pensando en futuro para arribar a paradigmas superadores donde los derechos humanos sean cabalmente respetados.

Lucas Lecour
Presidente de Xumek

Resumen Capítular

El presente Informe está organizado por once ejes temáticos. Cada uno ellos, contiene capítulos en los que analizamos las problemáticas centrales de la situación de los derechos humanos de la provincia de Mendoza, durante el año 2017.

El primer eje, bajo el nombre “**Memoria, Verdad y Justicia**”, cuenta con tres capítulos. En “**Juicios de Lesa Humanidad en Mendoza**”, se relevan y analizan datos relativos al proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en nuestra provincia y a nivel nacional en el año 2017. Se destaca la importancia de la creación de la “Unidad sobre Memoria, Verdad y Justicia”, en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un claro mensaje a los Estados sobre la vigencia e importancia de esta temática en la agenda de DDHH de nuestro continente teniendo en cuenta que se han evidenciado diversos intentos regresivos en la materia.

Luego, se analiza el avance que continúa exhibiendo la provincia de Mendoza en materia de Lesa Humanidad: la sentencia en el denominado *Mega-juicio* de juzgamiento a ex-magistrados federales y la *Mega-causa* de San Rafael. También se tratan causas que actualmente se encuentran en etapa de debate y las que lo estarán próximamente, como la de la Fuerza Aérea Argentina y la del Destacamento de Inteligencia N° 144.

El siguiente capítulo aborda puntualmente la sentencia por **“Responsabilidad civil con el Terrorismo de Estado”**, dictada por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza el 26 de julio de 2017. Con ella, este Tribunal, entró en la historia argentina e internacional al condenar a prisión perpetua a cuatro ex magistrados de la Justicia Federal como partícipes primarios en el plan criminal del terrorismo de Estado. El Tribunal, integrado por los Dres. Alejandro Piña, Raúl Fourcade, Juan Antonio González Macías y Héctor Cortés, dictó un fallo luminoso que fue ponderado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el tercer acápite, **“El caso “Muiña”: “Una zancadilla en la lucha contra la impunidad”**, se realiza una crítica a la sentencia del Máximo Tribunal del país al pronunciarse en favor de la cláusula conocida como “2x1”, en relación a Luis Muiña, quien fuera condenado por delitos de lesa humanidad. Se resalta la clara reacción que mostró la sociedad argentina frente a ello, sumado a la posterior “desobediencia” de tal precedente por parte de una abrumadora mayoría de los Tribunales de nuestro país.

En la última parte de este apartado nos encontramos con las palabras de Silvia Ontivero, **“De pie estoy, de pie estamos...”**, quien nos acerca parte de su historia y su lucha: sus comienzos en la militancia, su tránsito por la cárcel, la vuelta de la democracia, la libertad y los juicios de lesa humanidad. Inspirando a todas las personas que defendemos los derechos humanos.

El siguiente eje temático, denominado **“Violencia Institucional”**, aborda desde diversos puntos de vista esta problemática en nuestra provincia. En su primer capítulo, **“Dificultades Judiciales en la Investigación de Detenciones Arbitrarias”**, se recopila información estadística y se completa con experiencias judiciales concretas -cuatro casos testigos-, que ponen en evidencia el manejo discrecional, arbitrario y desprovisto de control real que se produce en cada investigación.

El apartado **“Criminalización de las Organizaciones Sociales, de la Pobreza y de la Protesta. Inclusión del caso Tupac Amaru”**, busca sintetizar las causas, el funcionamiento y la finalidad de este tipo de atropello y destaca al “estado de pobreza” como la primera causa de criminalización. Además, analiza el rol del Estado y su poder punitivo cuando mediante la criminalización de acciones que buscan evidenciar la violación de derechos, transgrede normas constitucionales y al mismo tiempo degrada el Estado de Derecho. Se realiza un análisis del caso Túpac Amaru.

En **“Desaparición Forzada de Personas”**, se brinda un análisis jurídico y político acerca de este grave delito que nos ha atravesado como sociedad durante muchos años. No sólo en la última dictadura cívico-militar, sino también en hechos sucedidos en democracia. Además, se referencia el caso de Santiago Maldonado. Se alerta sobre la importancia de que ante casos que podrían ser una desaparición forzada, las autoridades políticas repudien enérgicamente la violencia institucional y las situaciones de abuso por parte de las fuerzas de seguridad. A fin de que se garanticen investigaciones judiciales serias y eficaces.

El último apartado de este eje temático, brinda una síntesis del **Hábeas corpus preventivo y colectivo en favor de los usuarios y usuarias de transporte público de pasajeros**, que presentamos el pasado mes de octubre. En él se da cuenta de la grave

situación que motivó dicha presentación, una gran cantidad de “razzias” realizadas por agentes policiales en colectivos dieron como resultado la detención de aquellas personas que no podían demostrar el pago del pasaje. Se analizan las diversas razones de estas detenciones arbitrarias, para determinar que constituyen actos que ponen en riesgo la libertad ambulatoria los usuarios y usuarias de transporte público. El objetivo de ésta, es que la Justicia ordene a las fuerzas de seguridad que se abstengan de realizar este tipo de procedimientos, hasta que se reglamente sobre la expedición de comprobantes de pago del pasaje y se determine la obligación de conservarlos y exhibirlos a las autoridades que así lo requieran.

El eje temático identificado como **“Penitenciarias”** incluye una serie de trabajos que analizan la situación penitenciaria del país y de la provincia. En el capítulo **“Penitenciarias de Mendoza: situación actual”**, se abordan los puntos más relevantes de la situación carcelaria de la provincia durante el 2017. Un año marcado por el colapso de los establecimientos carcelarios debido al gran incremento de personas detenidas. Asimismo, se proporcionan datos estadísticos y se analiza cómo algunas reformas legislativas que “endurecieron” el sistema penal, junto a los discursos punitivos de actores políticos y medios de comunicación -que en muchos casos se transforman en presiones para la Justicia- han tenido un gran impacto en la situación penitenciaria.

En el segundo apartado, **“La superpoblación como problema histórico en la Argentina”**, la Procuración Penitenciaria de la Nación aborda el tema desde la premisa de que esta situación ha estado presente de manera sostenida en las cárceles argentinas en los últimos 20 años. Se plantea que, con el auge de las medidas securistas y vinculadas con cierta demagogia punitiva, se agudiza la restricción de acceso a institutos de libertad anticipada o las restricciones para la concesión de excarcelaciones, con lo que este problema se agrava.

A continuación, el acápite **“La prevención de la tortura en Argentina: ausencia de políticas eficaces”** - un aporte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) a nuestro informe - expone algunos de los hallazgos del trabajo de investigación que desarrollamos en forma conjunta durante los años 2015-2017. Brinda un panorama sobre esta problemática en nuestro país y analiza datos estadísticos relacionados a ella. Por otro lado, proporciona algunos parámetros para examinar las políticas de prevención de la violencia que se implementan en las cárceles. Destaca la importancia del rol de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en esta temática para la elaboración de programas que resulten eficaces.

El siguiente capítulo es uno de los aportes realizados a este informe por parte de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCuyo). En éste, **“El Programa de Educación Universitaria en Contexto de Encierro”** es analizado y puesto en consideración. Dicho programa permite que personas privadas de libertad puedan acceder a las carreras que tres unidades académicas ofrecen bajo esta modalidad. Se estudia el incremento significativo en lo referido a la cantidad de estudiantes que logran acceder y se plantea la necesidad de mejorar la calidad educativa para dar respuesta, desde la UNCuyo, a las demandas que se dan en el escenario actual.

El cuarto eje, **“Género y Diversidad”**, está integrado por tres apartados que ana-

lizan diferentes puntos de esta temática. El primero de ellos, bajo el nombre **“Violencia de Género”**, aborda algunos de los puntos principales de la problemática de la violencia machista en la provincia. A partir del análisis de diversos datos estadísticos nacionales y provinciales, brinda un panorama acerca de la situación actual. Luego, se hace mención de algunos avances que se han dado a nivel provincial - como la creación de una Unidad Fiscal Especializada y un refugio estatal para víctimas - y de las deudas pendientes que aún tiene el Estado provincial con las mujeres. Particularmente respecto a la implementación de un protocolo para garantizar la salud de las mujeres en casos de aborto no punible.

El siguiente capítulo, **“Johana Chacón: la sociedad mendocina reclama respuestas”**, analiza este caso que conmovió a toda la sociedad mendocina y en especial a la comunidad de Lavalle. Johana, una adolescente de 13 años, desapareció hace más de 5 años y hasta la fecha no hay certezas de lo que sucedió con ella.

A continuación, **“Una herida social trans”**, aborda uno de los temas centrales en relación a los derechos del colectivo LGBTIQ en Mendoza y Argentina. Ilustra la realidad de las personas trans, quienes enfrentan una grave situación de emergencia social, que es imperiosa combatir con políticas públicas destinadas a la restitución de los derechos del colectivo. Se recaba información de la situación actual y se insta a las autoridades a promover medidas positivas para lograr una convivencia social integrada, tolerante y que no reproduzca patrones de discriminación.

El eje temático **“Niñez y Adolescencia”**, incluye un primer acápite que tiene por objeto estudiar la valoración de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el marco de la salud mental y su prácticas en la provincia de Mendoza. Comienza con una breve reseña histórico-jurídica de la temática, luego se introduce en el análisis de la adolescencia como construcción social y las intervenciones en el ámbito de la salud mental, para finalizar con conclusiones y propuestas.

En el siguiente capítulo, **“El régimen penal juvenil y la edad de imputabilidad como políticas públicas de seguridad”**, sostenemos nuestra postura respecto a la necesidad de debatir la adecuación de la ley y las prácticas en materia de seguridad ciudadana, contemplado las necesidades de todos los sectores de la sociedad y los estándares internacionales. El tal sentido, se realiza un diagnóstico para conocer el estado de situación teórico y práctico, incluyendo datos estadísticos y concepciones de los organismos internacionales sobre los principios y garantías en la materia. Para finalizar, enunciamos propuestas de políticas públicas que consideramos superadoras de la sostenida por el Estado.

El siguiente eje, **“Pueblos Indígenas y Migrantes”**, aborda dos problemáticas centrales actualmente. En primer lugar se expone un trabajo sobre el **“Derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”**. Éste analiza los derechos territoriales de los pueblos indígenas a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales, el pronunciamiento de diferentes órganos de sistemas de protección de derechos humanos, así como del marco normativo nacional. Se hace especial hincapié en el desarrollo de la Ley N° 26.160 y se expone la situación actual de los pueblos indígenas en Mendoza. La finalidad del estudio es brindar herramientas de acceso a

información y plantear algunos interrogantes que den lugar a la necesaria discusión que debemos darnos como sociedad. Situación que se ha podido visibilizar a partir de algunos acontecimientos recientes y que expone la realidad que a diario viven las y los hermanos indígenas en todo el país.

El siguiente acápite, **“Análisis de la política migratoria argentina a partir del DNU 70/2017”**, presenta las diversas causales esbozadas por el Poder Ejecutivo Nacional para justificar la utilización de este instrumento. Como también indaga sobre algunas de las modificaciones que este decreto introduce a la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871. Se aborda la temática desde una perspectiva de derechos humanos y, principalmente, a partir de los estándares desarrollados en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

El noveno eje hace referencia a **“Derechos Humanos y Medio Ambiente”** y cuenta con tres capítulos: el primero de ellos aborda el **“Tribunal Internacional Monsanto y el delito de Ecocidio”**. Se hace especial mención a este acontecimiento de relevancia internacional en la materia, que tuvo lugar en abril del presente año y contó con la participación de Eleonora Lamm, jurista mendocina que colabora asiduamente con nuestra asociación. La Opinión Consultiva emitida por el Tribunal Internacional Monsanto, definió violaciones concretas a derechos humanos y estableció parámetros claros que los Estados deberían respetar para la protección de éstos.

En segundo lugar, se presenta un estudio de la UNCuyo que plantea **la integridad en la gestión de residuos sólidos urbanos**. Este trabajo busca dar cuenta de la experiencia de la UNCuyo - llevada a cabo a través de la Línea de Economía Social y Ambiente dependiente del Área de Articulación Social - respecto al estado actual de la gestión de los residuos en la Provincia de Mendoza. Se caracteriza la situación de los recuperadores urbanos, se hace hincapié en sus problemáticas y en su potencial organizativo.

Por último, se incluye un apartado denominado **“El problema de la lobesía botrana. Un caso práctico para analizar el dilema entre la urgencia sanitaria y el derecho humano a un medio ambiente sano”**. Éste estudia una problemática que, más allá de las consideraciones fitosanitarias y las consecuencias sobre la vitivinicultura cuyana, constituye un caso que permite analizar la actividad antrópica desde el principio y su impacto en el ambiente.

En el siguiente eje temático se presentan valiosos aportes sobre los **“Derechos de las personas con discapacidad”**. El primero de ellos, **“Discapacidad, un asunto de Derechos Humanos. Del discurso a la acción”**, elaborado por la Asociación Padres Autoconvocados De Niños, Jóvenes y Adultos con Discapacidad, aborda la temática a través de cuatro ejes: Trabajo, Pensiones, Salud y Educación. Tiene por finalidad brindar un mapa situacional de cada uno de estos aspectos, enfatizando que, a pesar de que los índices de sensibilización frente a la problemática de las Personas con Discapacidad se han incrementado, aún la sociedad en su conjunto no ha modificado sus conductas suficiente y sustancialmente frente a este colectivo.

Los siguientes capítulos, **“El Caso Próvolo y el sistema de encubrimiento eclesástico”** y **“Litigio estratégico en el Caso Próvolo”**, tratan desde dos perspectivas el “Caso

Provolo”, uno de los casos más conmovedores y que más repercusiones ha tenido en nuestra sociedad. El mes de noviembre de 2016 marcó un hito en materia de abuso sexual eclesiástico. Tomaron estado público los aberrantes hechos cometidos por sacerdotes y laicos integrantes del Instituto Antonio Provolo de Mendoza y de la ciudad de La Plata. El primero de estos capítulos avanza sobre este caso en relación con el sistema de encubrimiento eclesiástico; el segundo de ellos, da cuenta de la investigación penal que se está desarrollando en nuestra provincia y las graves falencias del Estado en materia de asistencia a las víctimas y sus familiares.

El eje **“Derechos Humanos y Servicios Públicos”** cuenta con un único capítulo titulado **“Servicios públicos energéticos. Una perspectiva desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz del fallo Cepis”**. En él se profundiza sobre el aumento generalizado, intempestivo y desproporcionado de las tarifas de los servicios públicos llevado adelante por el Gobierno Nacional a partir del año 2016. Se advierte que esto ha traído como consecuencia la vulneración de derechos custodiados por el Corpus Iuris Interamericano, en particular, en materia de acceso a los servicios públicos energéticos. Lo que genera consecuentemente el aumento de los niveles de pobreza energética en nuestro país y en nuestra provincia, y afecta principalmente a niños, adultos mayores y mujeres. Representando un obstáculo para el desarrollo humano y económico.

A continuación, **“Independencia Judicial y Responsabilidad Internacional del Estado”**, se tratan dos cuestiones centrales sobre la protección del estado de derecho. El primer apartado llamado: **“La Corte de la Nación, en principio, es Suprema. Implicancias del fallo de la Corte Suprema en el caso Fontevecchia”**, analiza el impacto que tiene en el derecho nacional e internacional esta sentencia dictada a comienzos de este año. Este fallo produjo un quiebre en la jurisprudencia mantenida durante décadas por el Máximo Tribunal de nuestro país, respecto a la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Por lo que se constituye como un preocupante precedente en lo que respecta al cumplimiento de sentencias de la Corte IDH.

El segundo capítulo, **“Análisis de la Independencia Judicial desde una perspectiva de derechos humanos”**, tiene como objetivo realizar un análisis crítico de la vigencia del principio de independencia judicial en Mendoza. A raíz de ciertos actos del actual gobierno provincial que implican, cuanto menos, un debilitamiento de esta garantía constitucional.

El último de los ejes de este informe, **“Salud y Derechos Humanos”**, incluye un único acápite llamado **“Derechos de las Personas con VIH en la Provincia de Mendoza”**. Éste visibiliza cómo los avances en los tratamientos y en la atención sanitaria han hecho del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) una infección crónica. Se da cuenta de que, actualmente, la calidad de vida de las personas con VIH ha mejorado significativamente, tanto que hoy puede ser igual a la de cualquier persona. Sin embargo, la percepción social del VIH no ha avanzado tanto como la medicina: ocultar el estado serológico puede provocar estrés y otros efectos negativos en la autoestima o el estado anímico de las personas, debilitando el sistema inmunológico. Además, el

rechazo social y la discriminación pueden dificultar la motivación de quienes tienen VIH para asumir pautas correctas de cuidado personal y de adherencia al tratamiento antirretroviral. Por ello, es que en este capítulo se dan a conocer los aspectos locales en lo respectivo a la realidad legal y social del VIH, mediante el análisis de las normativas vigentes y los actores sociales que intervienen en la respuesta al VIH.

MEMORIA, VERDAD Y JUSTICIA

Juicios de Lesa Humanidad en Mendoza

LUCAS LECOUR- SERGIO SALINAS

1. Introducción: Algunos aspectos relevantes del plano nacional e internacional

Dando continuidad a la metodología empleada en nuestros previos informes, relevaremos en primer término -y desde una perspectiva esencialmente estadística- algunos datos duros referidos al ámbito nacional, para luego destacar los aspectos más importantes que ha exhibido el proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en nuestra provincia durante el presente año.

Previo a ello, no podemos dejar de celebrar en este capítulo la creación, en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de una Unidad sobre Memoria, Verdad y Justicia.

En tal sentido, recordemos que en el marco del 162° Periodo de Sesiones -celebrado nada menos que en nuestro país, del 21 al 26 de mayo de 2017-, ese Organismo Internacional creó tres nuevas Unidades temáticas, entre las cuales se encuentra la antes mencionada¹.

¹ Puede verse el comunicado de prensa de la CIDH en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/co->

Estimamos que, con ello, la CIDH ha enviado un claro mensaje a los Estados sobre la vigencia e importancia de esta temática en la agenda de DDHH de nuestro continente, lo cual resulta de suma relevancia en momentos históricos que evidencian diversos intentos de retrocesos en este ámbito.

Estos intentos regresivos en la materia ya fueron señalados en nuestro pasado informe, cuando dábamos cuenta no sólo de las lamentables manifestaciones públicas que el año pasado formularon altas autoridades del Gobierno Nacional, incluido el propio presidente Mauricio Macri, sobre diversos aspectos vinculados a los crímenes de lesa humanidad y a su juzgamiento –desconociendo el número de personas desaparecidas, minimizando la discusión sobre esa cifra y refiriendo como “guerra sucia” al terrorismo de Estado-, sino también de la preocupación que nos generaban los señalamientos por parte de diversos organismos que aludían al vaciamiento de ciertas áreas del Poder Ejecutivo con injerencia en esta temática².

Ahora bien, este año la nota regresiva vino nada menos que desde el Máximo Tribunal de nuestro país, al pronunciarse en favor de la cláusula conocida como “2x1” con relación a Luis Muñña, condenado por delitos de lesa humanidad³.

Como aspecto a destacar, no podemos dejar de celebrar la clara reacción que mostró la sociedad argentina frente a ello⁴, sumado a la posterior “desobediencia” de tal precedente por parte de una abrumadora mayoría de los Tribunales de nuestro país –al respecto, resulta interesante el “Informe sobre los planteos de aplicación del “2x1” de imputados por crímenes de lesa humanidad, elaborado por la Procuraduría de crímenes contra la humanidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación, que da cuenta del rechazo de los tribunales a la aplicación de dicho fallo⁵-. En este punto, deben destacarse las decisiones adoptadas en Mendoza, donde todos los planteos dirigidos a invocar la aplicabilidad de ese precedente fueron rechazados por los Tribunales, previa intervención del Ministerio Público Fiscal a través de la Oficina Fiscal Federal por crímenes de lesa humanidad con asiento en nuestra provincia.

En definitiva, en el marco de este contexto, celebramos la decisión de la CIDH antes referida e instamos nuevamente a todos los poderes del Estado a evitar cualquier acción que pueda significar un nuevo intento de retrocesos en la materia.

municados/2017/066.asp

2 Sobre todo esto, nos remitimos al Informe anual de nuestra asociación, correspondiente al año 2016.

3 Puede consultarse en: <http://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a-declara--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-prisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>

4 Entre muchas otras notas periodísticas, puede verse: <http://www.lanacion.com.ar/2022467-comenzo-la-concentracion-en-plaza-de-mayo-en-contra-del-beneficio-del-2x1-para-delitos-de-lesa-humanidad>; <http://www.telam.com.ar/notas/201705/188565-ciudades-argentina-marcha-repudio-fallo-2x1-delitos-de-lesa-humanidad-fallo-corte-suprema-de-justicia.html>

5 Puede verse en: <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/informe-sobre-los-planes-de-aplicacion-del-2x1-de-imputados-por-crimenes-de-lesa-humanidad/>

2. Panorama Nacional – Abordaje estadístico

Como en previos informes, valga señalar que la información que se consigna en este punto es sustancialmente extraída del informe estadístico que anualmente publica la Procuraduría de crímenes contra la humanidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación⁶. Desde Xumek destacamos una vez más estos esfuerzos de sistematización de información por parte del Ministerio Público y celebramos nuevamente la publicidad de los mismos, en tanto constituyen una herramienta fundamental para el control –por parte de la sociedad civil- de la actuación del sistema judicial en esta materia.

De los diversos aspectos relevados por esa Procuraduría, replicaremos aquellos cuyo desarrollo venimos analizando en los distintos informes de nuestra asociación: la situación de las sentencias recaídas en juicios orales y públicos (1); la cantidad de debates en trámite (2) y la situación de libertad o detención (y sus modalidades) de quienes se encuentran procesados y condenados por crímenes de lesa humanidad (3).

i.Sentencias

En nuestro último informe indicábamos que la tasa de personas sentenciadas –condenadas o absueltas- mostraba un crecimiento moderado pero sostenido en los últimos años (en el informe del año 2014 dábamos cuenta de un crecimiento del 12,01 %, en el del año 2015 del 12,04 % y en nuestro último informe registramos un crecimiento del 11,48 % correspondiente a los últimos 9 meses relevados para entonces)⁷. A la fecha de nuestro último informe, eran 757 las personas sentenciadas.

Ahora bien, el último informe estadístico parcial –elaborado por la Procuraduría- que se refiere a este punto⁸, indica que para junio del corriente eran 756 las personas condenadas y 79 las absueltas, sumando un total de 835 personas sentenciadas a esa fecha. Es decir, si se compara con las cifras relevadas en nuestro último informe (que, como dijimos, indicaban que al 30 de junio del año pasado eran 757 las personas sentenciadas -689 condenadas y 68 absueltas), se observa –desde junio del año pasado a junio del corriente- un incremento del 10.30 %. En otras palabras, si bien continúa incrementándose la cantidad de personas sentenciadas, se muestra una desaceleración de esa tasa de crecimiento.

ii.Debates

En los últimos informes de nuestra asociación, señalábamos que el monitoreo de

6 El último informe completo publicado con relación al año en curso es el publicado el 2 de marzo del corriente, que puede consultarse en: http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/03/LH_Informe-Estadistico_2017.pdf

No obstante, con posterioridad han sido publicadas diversas estadísticas sobre la materia, vinculadas con mediciones de distintos indicadores, que pueden consultarse en: <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/?tipo-entrada=estadisticas>

7 Ver Informes anuales de XUMEK años 2014, 2015 y 2016.

8 Estadística referida a “imputados por delitos de lesa humanidad, según estado procesal – Datos al 31 de mayo de 2017”, publicada en: <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/causas-por-delitos-de-lesa-humanidad-segun-situacion-procesal/>

los debates en curso constituía una herramienta de suma relevancia para medir el compromiso del poder judicial con la continuidad del actual proceso de juzgamiento de los gravísimos crímenes de lesa humanidad ocurridos en nuestro país.

En esa tónica, nuestro último informe –del año 2016- arrojaba un panorama preocupante: pese a que para fines del año 2015 eran 116 las causas que se encontraban elevadas a juicio –comprensivas de la situación de 233 procesados-, a junio del año pasado sólo se había iniciado debate respecto de 4 de ellas –por su parte, con relación a la gran mayoría de las restantes ni siquiera se había fijado fecha de inicio de los respectivos juicios-. Incluso, el propio informe de la procuraduría del año pasado, que citamos en nuestro previo informe, indicaba que “el universo de causas elevadas desde 2014 osciló entre 142 en diciembre 2014 y 112 en junio 2016, [por lo que] considerando estos totales, llegan a juicio por año, como máximo, un 14% del total de causas elevadas”⁹.

Ahora bien, el año pasado indicábamos que –al 30 de junio de 2016- habían 112 causas elevadas sin debate comenzado (como dijimos, de las 116 que se encontraban en esta situación en el año 2015, sólo en 4 se había iniciado debate durante el año 2016); a su vez habían 16 debates en curso para entonces. Por su parte, de esas 112 causas, sólo 9 tenían prevista fecha de inicio. Si analizamos el último informe parcial con estadísticas sobre este punto que ha sido elaborado por la Procuraduría¹⁰, se observa que al 31 de mayo del corriente año continuaban elevadas a juicio –sin inicio de debate- 111 causas y que los debates en curso a esta fecha eran 17. En otras palabras, del 30 de junio del año pasado al 31 de mayo del corriente sólo se inició un debate oral y público en nuestro país –que es precisamente el que comenzó en nuestra provincia-.

De conformidad con lo anterior, desde Xumek expresamos nuevamente nuestra profunda preocupación por la acumulación de causas en los Tribunales Orales sin que ello se traduzca en nuevos juicios. Como dijimos en nuestro pasado informe, si a ello sumamos la extensa duración de los mismos, es claro que la perspectiva de obtener sentencias respecto de este gran cúmulo de causas es francamente desalentadora, todo lo cual se agrava si –tal como venimos denunciando en nuestros dos últimos informes- se considera el enorme atraso que exhiben las instancias revisoras –Cámara Federal de Casación Penal y Corte Suprema de Justicia de la Nación-.

Por lo expuesto, lamentamos que en el presente informe –al igual que en el anterior- debamos instar nuevamente a los Tribunales Orales, a la Cámara Federal de Casación Penal y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a adoptar medidas serias y efectivas que garanticen mayor celeridad en el desarrollo de estos procesos, en estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales que pesan sobre nuestro país.

9 Informe estadístico de la Procuraduría de crímenes contra la humanidad – El estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina –Diagnóstico del primer semestre de 2016”, se encuentra disponible en <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Informe-Estadistico.pdf>

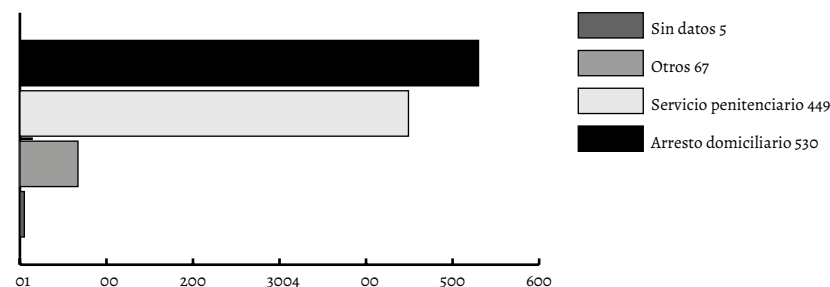
10 “Causas por delitos de lesa humanidad, según estado procesal –Datos al 31 de mayo de 2017”, publicado en: <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/causas-por-delitos-de-lesa-humanidad-segun-estado-procesal/>

iii. Situación de libertad o detención de quienes se encuentran vinculados a estos procesos.

Nuestro último informe daba cuenta que, a diferencia de las cifras relevadas en los informes anteriores –que no mostraban mayores cambios sobre este particular-, los datos correspondientes al año pasado exhibían una disminución de la cantidad de personas privadas de su libertad alojadas en establecimientos penitenciarios –cerca del 60 % en el año 2014 a un 54,78 % en el año 2016-, mientras que la tasa porcentual de personas en detención domiciliaria se había incrementado de un 40 % en el año 2014 a un 43,75 % en el año 2016 –las demás modalidades (alojamiento en hospitales y dependencias de seguridad) no registraban cambios sustanciales-.

Ahora bien, las últimas cifras publicadas sobre este punto pueden estar reflejadas en la gráfica confeccionada por la Procuraduría de crímenes contra la humanidad, del siguiente modo:

Imputados por delitos de Lesa Humanidad detenidos, según tipo de detención.
Datos al 31 de mayo de 2017



Fuente: Procuraduría de Crímenes con la Humanidad

Es decir, comparadas con las cifras relevadas el año pasado (1056 personas detenidas, de las cuales 462 se encontraban en modalidad domiciliaria y 568 en establecimientos penitenciarios¹¹), el año en curso muestra que el porcentaje de personas detenidas bajo arresto domiciliario se incrementó del 43,75 % del año pasado hasta el 50.4 % en el corriente, mientras que el porcentaje de detenidos en establecimientos penitenciarios disminuyó del 54,78 % al 42,72 %.

En otras palabras, hasta el año pasado continuaba siendo relativamente mayor la cantidad de personas detenidas en establecimientos penitenciarios, mientras que el año en curso muestra claramente que más de la mitad de personas detenidas –bajo todo concepto- por delitos de lesa humanidad se encuentran en prisión domiciliaria.

Si en nuestros previos informes ya señalábamos que estas cifras contradecían con claridad a aquellas expresiones de ciertos sectores de opinión que denunciaban **una suerte de prisionalización irrestricta de personas mayores que no estarían en condi-**

11 Ver informe anual de Xumek año 2016.

ciones de estar detenidos en establecimientos penitenciarios, pues la falacia de tales afirmaciones se ve aún con mayor claridad en el presente, en tanto demuestran con claridad que **-contrariamente a lo que sostienen- el uso de un beneficio excepcional como es el de la prisión preventiva ha sido generoso en el marco de estos procesos.**

3. Estado de situación en la provincia de Mendoza

Tal como indicaremos, no podemos dejar de mencionar que en un panorama nacional que preocupante, la provincia de Mendoza continúa exhibiendo avances significativos en esta materia, tal como reflejan los diversos aspectos que serán seguidamente abordados.

En este contexto, debemos destacar el trabajo fundamental que desarrollan desde hace años la Oficina Fiscal de Asistencia en causas por violaciones a los Derechos Humanos de Mendoza (Ministerio Público Fiscal) y los abogados querellantes que desde el MEDH y desde Xumek intervienen en estos procesos.

i. Sentencia en el denominado mega-juicio –comprensivo del juzgamiento de los ex-magistrados federales-.

Ya hemos referido en nuestros previos informes sobre la relevancia del juicio iniciado el 17 de febrero del 2014¹², que abarcaba inicialmente la situación procesal de más de 40 acusados (número que, tras algunos fallecimientos y diversos apartamientos, se vio posteriormente reducido: finalmente serían sentenciadas 28 personas).

Recordemos que entre los acusados de ese debate se encontraban integrantes del Comando de la VIII Brigada de Infantería de Montaña, de la Compañía de Comunicaciones, del Liceo Militar General Espejo, de la policía de Mendoza –en especial del Departamento Informaciones D-2- y los ex magistrados de la Justicia Federal de Mendoza Otilio Roque Romano, Luis Francisco Miret, Rolando Evaristo Carrizo y Guillermo Max Petra Recabarren.

A su vez, el juicio abarcó los delitos padecidos por más de 200 víctimas, comprensivos de privaciones abusivas de libertad, homicidios, desapariciones forzadas, torturas, robos y ataques sexuales.

Sin dudas, la sentencia recaída en ese proceso constituye el aspecto más relevante de la situación vinculada con esta temática no sólo en nuestra provincia sino en todo el territorio nacional. Sobre ello, brindamos mayores detalles en el apartado denominado Sentencia por responsabilidad civil con el Terrorismo de Estado dictada por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza.

ii. Sentencia mega-causa “San Rafael”

Luego de casi diez jornadas intensas de alegatos –que incluyeron audiencias maratónicas de más de ocho horas- el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Mendoza

dictó sentencia en la mega causa en que se investigaban delitos de lesa humanidad ocurridos en San Rafael y alrededores.

El pasado 14 de junio, en una sala repleta de familiares de las víctimas, militantes de derechos humanos y público en general, Fátima Ruiz López –presidenta del tribunal integrado además por Gretel Diamante y Marcelo Grosso- leyó el veredicto de la causa: se condenaban a prisión perpetua a doce de los catorce imputados para los que se había pedido esa pena y a otros once imputados a penas temporales de prisión. Además, se absolvían dos imputados por falta de acusación de Ministerio Público Fiscal y querellas, y a otros dos acusados, por beneficio de la duda.

Los condenados a prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua fueron los ex militares Luis Alberto Stuhldreher, Luis Ricardo Rizo Avellaneda, Juan Armando Giovarruscio Chebotar, Cecilio Oseas Martínez Garay, Aníbal Alberto Guevara Molina; los ex policías provinciales Raúl Alberto Ruiz Soppe, Oscar Raúl Pérez Fernández, Juan Roberto Labarta Sánchez, Daniel Ernesto Huajardo Martínez, Orlando Gerardo Gutiérrez Álvarez, Pierino David Massaccesi y Hugo Ramón Trentini Colletti. Por su parte, los ex militares Miguel Ángel Báez Malbec, Carlos Alberto Ochoa Ledesma y Rafael Francisco Bitti Rodríguez y los ex policías Norberto Ernesto Mercado Laconi, Tomás Luis Rojas García, Luis Juan Edgardo Graín Farina, Ciro Isidro Maza Correa, Emilio Eduardo Castro Castro, Argentino Eduardo Villafañe Martínez, Miguel Ángel Megetto Baigorri y Osvaldo Alfredo Domínguez Muñoz recibieron penas de prisión que fueron entre los tres y ocho años. Asimismo, Daniel Navarro Farías y Juan Antonio Gallardo Torres fueron absueltos por el beneficio de la duda, mientras que Osvaldo Orellano Benítez y Raúl Alejandro Olguín Gibeaud lo fueron por falta de acusación de fiscalía y querellas.

Posteriormente, en audiencia que se realizó el 28 de agosto, el tribunal dio a conocer los fundamentos de la sentencia, dando cuenta de los argumentos de las condenas y de las absoluciones.

Lo más destacado del fallo que dictó el Tribunal Oral n° 2 de Mendoza sin dudas fue la declaración de responsabilidad de los miembros de la Sección de Inteligencia 144 de San Rafael Luis Rizo Avellaneda –jefe del organismo- y los sargentos Juan Giovarruscio y Cecilio Martínez Garay. Se trató de la primera vez que un tribunal de la región Cuyo responsabiliza a integrantes de un órgano de inteligencia por delitos de lesa humanidad, demostrando los imprescindibles aportes que estas secciones del Ejército tuvieron en el Terrorismo estatal instaurado durante la última dictadura cívico-militar.

iii. El nuevo “mega-juicio” en curso

Ya en nuestro pasado informe celebramos el inicio de un nuevo juicio de considerable magnitud en nuestra provincia –cuando aún se encontraba en curso el anterior-. Indicamos que ello expresaba la continuidad del proceso enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad en nuestra provincia.

La audiencia inicial tuvo inicio el 27 de octubre de 2016 y actualmente el debate se encuentra en plena etapa probatoria (recepción de declaraciones testimoniales). Recordemos que el debate se encuentra a cargo del Tribunal Oral Federal 1 de Mendoza,

12 <http://cij.gov.ar/nota-12914-Comenz--un-nuevo-juicio-oral-por-cr-menes-de-lesa-humanidad-en-Mendoza.html>

presidido actualmente por Daniel Cisneros, e integrado por Alejandro Piña, Gretel Diamante, y por Raúl Fourcade como cuarto juez. Está conformado por 12 causas acumuladas, entre ellas algunas que –en sí mismas– son grandes expedientes producto de acumulaciones producidas durante la instrucción. Inicialmente proyectado contra casi 30 integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad, finalmente –y tras diversos apartamientos que responden a fallecimientos o razones de salud– abarca actualmente la situación de más de 20 acusados, de los cuales una parte considerable enfrentan por primera vez un juicio oral y público. Por lo demás, como ya indicamos en nuestro previo informe, este nuevo debate incluye –por primera vez en nuestra provincia– la acusación contra Luciano Benjamín Menéndez. A su vez, comprende los hechos padecidos por casi 90 víctimas.

Ya hemos señalado en nuestros previos informes que abarcacasos emblemáticos, como los referidos a las víctimas que fueron detenidas en el Campo Las Lajas –Carlos Armando Marín, Enrique Luque Bracchi, Horacio Ferraris, Juan Ramón Fernández, María del Carmen Marín, Mauricio López, Osvaldo Zuin–; el expediente que ventila la responsabilidad de policías federales por los hechos referidos a Amadeo Sánchez Andía y Víctor Romano Rivamar; las ejecuciones de Susana Bermejillo y Mario Susso; lo sucedido Casino de Suboficiales –Centro Clandestino de Detención donde se mantuvo prisioneras a numerosas mujeres–; entre otros.

A su vez, entre los acusados que por primera vez enfrentan un debate Oral y Público, están –entre otros– Juan Carlos Santamaría, Luis Cunietti y Armando Carelli (Fuerza Aérea); Carlos Ledesma (Ejército); Marcelo León y José Luis Mirota (Policía Federal) y ex integrantes de la policía provincial, como Miguel Ángel Salinas, Carlos Luciani; Carlos Rico, Carlos Faustino Álvarez, Domingo Scacchi y Roberto Usinger.

Desde Xumek reiteramos una vez más nuestra satisfacción por la continuidad de procesos de esta naturaleza e instamos a los Tribunales Orales de nuestra provincia a seguir avanzando en esta línea.

iv. Los próximos debates -Fuerza Aérea Argentina y Destacamento de Inteligencia N° 144-

Ya nos hemos referido en nuestros informes previos a las investigaciones vinculadas con las dos áreas represivas antes mencionadas, que resultan sin dudas protagónicas en el esquema de terror implementado en nuestra provincia en el contexto de la última dictadura cívico-militar.

Pues bien, a la fecha de confección de este informe, ambas causas se encuentran ya elevadas a juicio, con lo cual es previsible –e instamos en este sentido a los Tribunales Orales– que próximamente podamos dar cuenta del inicio de un nuevo “mega-juicio” en nuestra provincia.

Ya hemos indicado que, en el caso de la Fuerza Aérea, el expediente se vincula con la posible responsabilidad penal de más de una decena de integrantes de esa fuerza, respecto de múltiples hechos ilícitos perpetrados con relación a más de 70 víctimas, ya sea en función de los operativos que aquella Fuerza desarrolló, o a partir de los CCDs que funcionaban bajo su órbita –esto es, el Campo Las Lajas y aquél que se orquestó en

la propia sede de la IV Brigada Aérea.

En el caso del Destacamento de Inteligencia N° 144, ya previamente hemos relevado que las requisitorias de elevación a juicio se dirigieron contra 8 integrantes de esa unidad militar (aunque uno de ellos está apartado y otro se encuentra prófugo –en tanto, tras haber sido beneficiado con una falta de mérito por el Juzgado Federal Nro. 1, si bien fue luego procesado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, este procesamiento no pudo hacerse efectivo porque se encontraba ya sustraído al accionar de la justicia–). También es importante recordar nuevamente que el pedido de imputación original en esta causa casi duplicaba la cantidad de acusados, sin embargo gran parte de las indagatorias no pudieron efectivizarse en tanto muchos de ellos nunca fueron habidos. Esta causa tiene por objeto grandes operativos, realizados con un importante despliegue de inteligencia, entre ellos los realizados en mayo de 1976, abril de 1977, diciembre de 1977, mayo de 1978 y el denominado “Operativo Antijesuita”. También se encuentra elevada a juicio la acusación que pesa sobre dos integrantes de ese Destacamento que se desempeñaron como personal civil de inteligencia.

Desde Xumek propiciamos que a la mayor brevedad se dé inicio a un nuevo juicio con relación a estas causas, que sin dudas constituyen un pilar fundamental en la determinación de altísimas responsabilidades penales respecto a los crímenes de lesa humanidad cometidos en nuestra provincia.

v. Pericia en curso en el Campo las Lajas

Como en cada uno de nuestros informes, es preciso relevar nuevamente el imprescindible esfuerzo que viene realizando el Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos (MEDH) en la labor vinculada con la búsqueda de restos de personas desaparecidas en el Campo Las Lajas, dependiente de la Fuerza Aérea Argentina, que fue siempre motorizada por Elba Morales, cuya memoria no queremos dejar de honrar en este informe.

Valga recordar que dicho Campo fue localizado como CCD por el MEDH. Recuérdese que el MEDH viene impulsando desde hace años una pericia de parte, cuyo objeto es la búsqueda de posibles lugares de enterramientos en dicho campo. Tales labores se realizan con un cuerpo de peritos integrado por geólogos procedentes de la Universidad de San Luis, integrantes del Equipo Argentino de Antropología Forense y otros profesionales. A través de la articulación judicial por parte de la Oficina Fiscal de DDHH el MEDH impulsa constantemente tareas de relevamiento del predio y trabajos exploratorios, con apoyo especial del Municipio de Las Heras.

vi. Estado de situación con relación a las personas sustraídas del accionar de la justicia en Mendoza

Como venimos indicando en cada uno de nuestros informes, persiste la problemática vinculada con la significativa cifra de prófugos correspondientes a la jurisdicción de Mendoza. Ya previamente hemos señalado que esta dicha situación se explica, en gran parte, en la considerable cantidad de imputaciones propiciadas por el Ministerio Público Fiscal, en cuyo marco se pidieron en su momento detenciones colectivas de un

gran número de personas, de las cuales muchas nunca lograron ser habidas (tal como ocurre con el caso del Destacamento de Inteligencia 144, antes referido). Así, junto a este incremento de pedidos de imputación y detención se incrementó naturalmente la cifra de personas no habidas.

También hemos indicado anteriormente que existen legajos de búsqueda -delegados al Ministerio Público Fiscal en el caso de la ciudad de Mendoza-, cuyo objeto es precisamente la adopción de todo tipo de medidas dirigidas a dar con el paradero de los prófugos. A la vez, hemos referido ya que, entre tales medidas se solicita regularmente la incorporación de los prófugos al fondo de recompensas que se enmarca en el Programa Nacional de Coordinación para la Búsqueda de Personas Ordenada por la Justicia sobre Delitos de Lesa Humanidad. Por tal razón, es relevante dar difusión –tal como lo venimos haciendo todos los años– al sitio web del Programa de Búsqueda de Personas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el que puede encontrarse la información vinculada al fondo de recompensas no sólo respecto de los prófugos en causas de esta jurisdicción, sino en múltiples causas que tramitan en distintos lugares del país¹³. Valga precisar que la identidad de la persona que suministre la información ante la Unidad Especial del referido Programa, es mantenida en secreto, aún para los agentes que intervengan en la ejecución de la captura. Asimismo cabe destacar que pueden ser denunciadores los miembros de las Fuerzas de Seguridad y de las Fuerzas Armadas. Para acceder al Fondo de Recompensas es preciso contactarse telefónicamente con el Programa Nacional de Coordinación para la Búsqueda de Personas Ordenada por la Justicia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), llamando al (011) 5300-4020, durante las 24 hs del día.

¹³ Véase: <http://www.jus.gob.ar/la-justicia-argentina/programa-buscar/delitos-de-lesa-humanidad.aspx>.

La sentencia por responsabilidad civil con el Terrorismo de Estado dictada por el Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza

PABLO GABRIEL SALINAS

1. La Sentencia que llegó en el momento más difícil. Un día luminoso de Justicia -26 de Julio de 2017-

El Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza entró en la historia argentina e internacional el día que dictó el fallo que condenó a prisión perpetua a cuatro ex magistrados de la Justicia Federal de la dictadura.

Entró en la historia de la Justicia argentina porque jamás se había condenado a un aparato judicial como participe primario en el plan criminal del terrorismo de Estado.

Entró en la historia de la Justicia internacional porque su único antecedente fue el juicio “*The United States of América vs. Josef Altstötter, et al.*” a los ex jueces nazis en el Tribunal de Nuremberg luego de la segunda guerra mundial.

Hoy se juzgó en el mundo dos veces a un aparato del régimen represivo por aplicar justamente el régimen represivo en Alemania y en Argentina.

El Tribunal Oral Federal N° 1 de Mendoza estaba integrado por su Presidente el Dr. Alejandro Piña y sus miembros, Dres. Raúl Fourcade, Juan Antonio González Macías y Héctor Cortés. Estos jueces, en momentos muy difíciles donde diversos sectores nos-

tálgicos de la dictadura pretendían acabar con los juicios contra los represores, dictaron un fallo luminoso de justicia que fue ponderado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un comunicado.

Debemos considerar que previo al fallo del Tribunal Oral Federal de Mendoza en el “juicio a los jueces”, la Corte de la Nación había dictado un vergonzoso fallo aplicando un indulto a través de la aplicación del 2x1 a los condenados por los crímenes más graves de nuestro Código Penal.

Es decir, mientras la Corte de Justicia de la Nación dicta un fallo que no resiste el control de convencionalidad hoy dispuesto por supremacía constitucional a partir de la reforma de 1994, en un Tribunal Oral Federal de Mendoza se dictaba la sentencia más importante de las últimas décadas.

En su fallo, el Tribunal Oral condenó a los siguientes represores:

1. Alcides Paris Francisca Beccaria: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
2. Paulino Enrique Furió Etcheverri: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
3. Pablo José Gutiérrez Araya: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
4. Oscar Alberto Bianchi Bartell: seis años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
5. Héctor Rubén Camargo Granda: absuelto.
6. Rolando Evaristo Carrizo Elst: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
7. Amando Osvaldo Fernández Miranda: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
8. José Antonio Fuertes Fernández: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
9. Antonio Indalecio Garro Rodríguez: 3 años de prisión con los beneficios de la condenación condicional e inhabilitación absoluta y perpetua.
10. Rubén Darío González Camargo: 20 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
11. Armando Hipólito Guevara Manrique: 5 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
12. Julio Héctor La Paz Calderón: 20 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
13. Mario Alfredo Laporta Chielli: 15 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
14. Pedro Modesto Linares Pereyra: seis años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
15. José Antonio Lorenzo Constantino: 3 años de prisión con los beneficios de la condenación condicional e inhabilitación absoluta y perpetua.
16. Dardo Migno Pipaon: 20 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
17. Ricardo Benjamín Miranda Genaro: 10 años de prisión e inhabilitación absoluta

y perpetua.

18. Luis Francisco Miret Clapés: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
19. Diego Fernando Morales Pastrán: 15 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
20. Marcelo Rolando Moroy Suárez: 18 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
21. Guillermo Max Petra Recabarren: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
22. Miguel Ángel Ponce Carrera: absuelto.
23. Juan Carlos Ponce Ochoa: absuelto.
24. Ramón Ángel Puebla: 20 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua.
25. Luis Alberto Rodríguez Vázquez: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
26. Otilio Romano Ruiz: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
27. Miguel Ángel Tello Amaya: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.
28. Carlos Horacio Tragant Garay: prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua.

2. Fallo contra el aparato judicial:

El fallo condenó, entre represores de la fuerza aérea, la policía, el ejército, a cuatro ex magistrados que aplicaron el régimen penal de la dictadura. Condenó a Otilio Roque Romano, Luis Francisco Miret, Evaristo Carrizo y Guillermo Max Petra Recabarren como participantes primarios a la luz del art. 45 del Código Penal.

En nuestros alegatos sostuvimos que esta era la solución penal y que esta era la pena que correspondía. Los acusamos porque en los diversos expedientes de hábeas corpus de los familiares de las víctimas y en las denuncias penales el “modus operandi” fue el mismo: “garantizar la impunidad”.

El aporte al plan criminal del terrorismo de Estado de estos ahora ex magistrados fue garantizar la impunidad.

El Tribunal en sus fundamentos dados a conocer en el 20 de septiembre de 2017 expresó: “Lo que ocurre es que la omisión –léase omisión propia- de funcionarios judiciales con la específica misión de perseguir delitos era el verdadero aporte a la obra delictiva del otro.

Para tal entendimiento, debemos simplificar su conducta en extremo: jueces y fiscales debían actuar de cierta manera, ante el conocimiento de delitos graves; no obraron de la manera prevista por la ley; no lo hicieron, en razón de que querían colaborar con la actuación de los autores del delito grave; los autores de los delitos contaban con la inacción de jueces y fiscales; y la inacción permitió a los autores seguir cometiendo los delitos.

Esto significa que una conducta que podría ser considerada aisladamente como una omisión simple –concretamente, la del artículo 274 del Código Penal-, cobra un nuevo sentido por los elementos intencionales del funcionario responsable: la intención de colaborar con la obra ilícita de otro, y el conocimiento de este otro de que el funcionario no cumpliría con su deber.

No cabe duda que este mutuo entendimiento es lo que permitió a los autores principales seguir operando en la manera que lo hicieron: contaban con la absoluta seguridad que el Poder Judicial de la Nación no reaccionaría de manera alguna, cometerían el delito que quisieran cometer.”

Este es uno de los argumentos centrales que permite comprender la verdadera colaboración del Poder Judicial Federal con el terrorismo de Estado.

3. Antecedentes del Sistema Interamericano.

Su aporte fue esencial a la luz de los casos de la Corte Interamericana “VelázquezRodríguez” y “Campo Algodonero”. En el primero de ellos¹, la Corte Interamericana sostuvo que la desaparición forzada necesita dos cosas: 1.- Un grupo de tareas que secuestre a la persona y 2.- El accionar cómplice de la justicia que debe investigar el secuestro y homicidio de dicha persona.

En este caso, la Corte IDH, sostuvo unánimemente que el Gobierno de Honduras era responsable de la desaparición involuntaria de Ángel Mandredo Velásquez Rodríguez, y, como tal, había infringido el artículo 7 (derecho a la libertad personal) y 4 (derecho a la vida) de la Convención americana de derechos humanos. No solo responsabiliza al Estado por el accionar de los “grupos de tareas” sino por la justicia que brinda impunidad al accionar represivo.

En el segundo de los precedentes, “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana analizó el aporte que significa la impunidad para que los hechos se sigan cometiendo, a partir de la impunidad en un caso luego se desencadenan los demás.

La Corte sostuvo: “Cuando los perpetradores no son responsabilizados –como en general ha ocurrido en Ciudad Juárez— la impunidad confirma que esa violencia y discriminación es aceptable, lo cual fomenta su perpetuación”.²

Lo que la Corte Interamericana advierte en los casos mencionados es el “ciclo de impunidad” y este ciclo, en el caso de la Justicia Federal cómplice del terrorismo de Estado de la dictadura, se puede explicar de la siguiente forma: las fuerzas militares y de seguridad secuestran, torturan, roban y atacan sexualmente. Luego, llevaron a las víctimas “chupadas” al D-2 –de las asesinadas aún no hemos recuperado sus cadáveres-. Mientras todo esto ocurría, los jueces y fiscales federales penales se declaran incompetentes y archivan las actuaciones, tanto los hábeas corpus de los familiares de las víctimas como las denuncias penales que se realizaban.

4. Respaldo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH emitió un comunicado destacando el fallo del Tribunal Oral Federal de Mendoza N° 1. En él sostuvo que la “[...] decisión representa un histórico paso hacia adelante en la lucha contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos” y que “[...]”

1 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

2 Corte IDH; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Serie C No. 205; párr. 163.

consolida la interpretación de que los ex jueces son responsables activos y directos de la comisión de actos de secuestro, tortura y asesinato. Además, la decisión es histórica en la medida en que representa un avance en la responsabilización de civiles y de otros poderes por los crímenes de la dictadura.”³

Consideraron al fallo un importante paso en los avances de la justicia en Argentina y un ejemplo para la región en cuanto a los graves crímenes del pasado y el juzgamiento de responsabilidad civil con el terrorismo de Estado.

También llama al Estado a continuar su deber de investigar, juzgar y sancionar a todos aquellos involucrados en la perpetración de graves crímenes y violaciones de derechos humanos. Este llamamiento es importante porque se dirige a concientizar de la gran importancia que tiene el proceso de memoria, verdad y justicia que se inició a partir de la nulidad de las leyes de impunidad dispuesta en 2005 por el fallo “Simon” de la Corte de la Nación en su anterior composición.

5. Ponderación del fallo por parte de la Cámara de Senadores de la Provincia de Mendoza

La Cámara de Senadores de Mendoza también se pronunció acerca de esta histórica sentencia. Mediante la resolución N° 273, declaró su beneplácito por el trabajo realizado por los Tribunales Federales de la Provincia que derivó en las condenas a los jueces, militares y policías en la Megacausa por delitos de lesa humanidad, destacando que la decisión implica un importante paso en la lucha por Memoria, Verdad y Justicia y en la determinación de las responsabilidades militares y civiles del genocidio.

No se trata de una simple declaración, sino que demuestra un punto de acuerdo de todos los sectores políticos de la Provincia de Mendoza. Debemos recordar que el día de la sentencia estuvieron presentes todos los referentes de las fuerzas políticas representadas en las Cámaras Legislativas y los candidatos de diversas agrupaciones políticas.

6. Repercusión en la comunidad internacional

Diversos medios internacionales también destacaron la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal a los ex magistrados.

El diario “El País” de España presentó la siguiente noticia⁴: “Argentina condena a cadena perpetua a cuatro jueces por delitos de lesa humanidad”, allí resaltan que la justicia argentina ha dado otro paso sin precedentes en el castigo al terrorismo de Estado. A los

3 CIDH; “La CIDH saluda histórica decisión del Tribunal Oral Federal de Mendoza, Argentina”; Comunicado del día 29 de agosto de 2017; ver: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/128.asp>

4 Diario El País; “Argentina condena a cadena perpetua a cuatro jueces por delitos de lesa humanidad”; nota del día 27 de julio de 2017.

Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/07/27/argentina/1501177434_819392.html

cientos de militares juzgados y condenados, suma ahora a cuatro ex jueces federales de la provincia de Mendoza culpables de garantizar la impunidad en decenas de secuestros, torturas y asesinatos cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983) al no investigar los delitos.

El medio periodístico informó que *“La novedad del fallo, leído el jueves por la noche, es la condena a una conducta sistemática del Poder Judicial y no a casos puntuales, como en causas anteriores [...] La garantía de impunidad fue la clave de las condenas a prisión perpetua contra Rolando Carrizo, Guillermo Max Petra Recabarren, Otilio Romano y Luis Miret, el tribunal consideró que todos fueron partícipes primarios de los delitos de lesa humanidad cometidos por otros 21 acusados en el juicio, entre militares y policías que fueron la “mano de obra” de la dictadura.”*

Se destaca el avance con respecto a la responsabilidad civil y se explica brevemente cuales son los principales fundamentos de la sentencia, indicando que *“La condena ha sido también un avance hacia los responsables civiles del terrorismo de Estado. Si bien los juicios contra los militares avanzaron con rapidez con el regreso a la democracia en 1983, con el juicio a la Junta militar como emblema, los funcionarios que apoyaron a la dictadura lograron evadir durante años a los tribunales. El caso de los cuatro magistrados ahora condenados es paradigmático.”*

La condena a los jueces mendocinos, en The Washington Post: *“Argentina sentencia a cuatro exjueces por crímenes de la dictadura”*, tituló el diario de Estados Unidos.

Además, señaló que los organismos de Derechos Humanos calificaron de histórico el proceso por castigar a los cómplices civiles.

La comunidad internacional analizó con mucho optimismo y respaldo el avance con respecto a la complicidad civil que implica la sentencia del Tribunal Oral Federal de Mendoza N° 1 que reconoce un solo antecedente en cuanto a juzgamiento de responsabilidad del aparato judicial que es el juicio a los jueces nazis en Nuremberg.

7. El Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con firma de los Ministros Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco.

El 10 de octubre de 2017 la Corte de la Nación, con las firmas de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, en el expediente *“Miret Caples Luis Francisco y otros s/Incidente de recurso extraordinario”*, ordenó revisar si los ex magistrados deben ser detenidos de inmediato.

En el fallo del 26 de julio de 2017, el Tribunal Oral Federal de Mendoza condenó a prisión perpetua a los ex jueces mendocinos Guillermo Max Petra Recabarren y Rolando Evaristo Carrizo, Otilio Romano y Luis Miret.

El único que se encontraba detenido era Otilio Romano los otros tres ex jueces condenados se encontraban en libertad por una determinación de la Cámara de Casación Penal de la Nación que fue revocada el 10 de octubre de 2017.

Los tres fueron condenados por delitos de lesa humanidad a perpetua a mediados de año, pero gozaban desde antes de una decisión judicial de no detenerlos pese a un pedido en contrario de la fiscalía y la parte querellante por el Movimiento Ecuuménico por los Derechos Humanos Dr. Pablo Gabriel Salinas.

El fallo de la Corte revocó aquella decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó dictar un nuevo fallo siguiendo los precedentes de la Corte especialmente el caso *“Olivera Rovere, Jorge Carlos s/ recurso de casación”*.

Jorge Carlos Olivera Rovere fue condenado a prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua por considerarlo coautor mediato de decenas de delitos de lesa humanidad. En la misma sentencia, de diciembre de 2009, el Tribunal Oral Federal decidió mantener la libertad del condenado. Esta resolución fue recurrida y la Corte resolvió hacer lugar a dicho recurso extraordinario y que se revocara la libertad de Olivera Rovere.

En igual sentido se pronuncia la Corte de la Nación en el caso de Miret y otros, ordenando que se dicte una nueva resolución. En el caso de Miret, dicha nueva resolución no lo alcanzó porque falleció en libertad pero los ex magistrados Evaristo Carrizo y Guillermo Max Petra Recabarren quedaron, a partir del fallo del mismo, en condiciones de ser detenidos.

Este precedente es sin dudas también un fuerte respaldo a la Justicia Federal de Mendoza y al histórico fallo emitido el 26 de julio de 2017.

8. Consideraciones Finales

Los ahora ex magistrados fueron condenados el 26 de julio de 2017, en un día luminoso de justicia avanzando un paso más en el derecho internacional de los derechos humanos. Como mencionamos, dicha condena fue ponderada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Cámara de Senadores de Mendoza y por la comunidad internacional a través de los diversos medios internacionales, como un gran avance en el juzgamiento de la responsabilidad civil con el terrorismo de Estado.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 10 de octubre revocó un fallo de la Cámara de Casación que protegía a los ex magistrados de ser detenidos dando un profundo respaldo a la sentencia del Tribunal Oral Federal de Mendoza N° 1.

El caso “Muiña”: “Una zancadilla en la lucha contra la impunidad”

DIEGO LAVADO

1. Antecedentes

El 3 de mayo del presente año la CSJN aplicó la ley 24.390, en su redacción original, beneficiando al condenado por delitos de *lesa humanidad* Luis MUIÑA. La decisión se impuso por el voto mayoritario de los nuevos Jueces Rosatti y Rosenkrantz al que se adhirió la Juez Highton. La disidencia estuvo a cargo de los Jueces Lorenzetti y Maqueda, quienes señalaron que la fórmula del 2x1 era inaplicable para computar la prisión preventiva como pena en casos por delitos de *lesa humanidad*. A partir de este fallo comenzaron a solicitar el mismo beneficio un gran número de condenados como partícipes de la represión ilegal impuesta por la última dictadura militar. Sin embargo, la mayoría de los tribunales del país, en un acto de desconocimiento de la autoridad de la Corte sin precedente, se han negado a seguir los criterios con los que se benefició a Muiña.

Los hechos del caso comenzaron la madrugada del 28 de marzo de 1976, cuando un operativo del Ejército comandado por el General Reynaldo BIGNONE y en el que participaron tanques y helicópteros, ocupó el Hospital de Haedo, provincia de Buenos Aires. Allí fueron detenidas varias personas que trabajaban en el establecimiento y lue-

go trasladados al centro clandestino de detención “El Chalet” donde sufrieron torturas y algunos de ellos permanecen como desaparecidos.

Por su responsabilidad en dichos sucesos, el 29/12/2011 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de La Plata condenó a Luis MUIÑA a 13 años de prisión como coautor de privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia o amenazas y tormentos en cinco 5 hechos que tuvieron por víctimas Gladys Evarista CUERVO, Jacobo CHESTER, Jorge Mario ROITMAN, Jacqueline ROMANO y Marta Elena GRAIFF.

El fallo quedó firme el 21/8/2013 cuando la Corte declaró inadmisibile el recurso extraordinario articulado por la defensa del nombrado y el 9/9/2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 efectuó el cómputo de pena aplicando la ley 24.390, por lo que la misma se cumpliría el 11/11/2016. Dicho cómputo fue observado y luego recurrido en casación por el Ministerio Público Fiscal y anulado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal el 28/3/2014 que dispuso realizar un nuevo cómputo con prescindencia del llamado 2x1 por resultar inaplicable al caso. Este último pronunciamiento fue recurrido ante la Corte Suprema por la defensa oficial del condenado en queja por el recurso extraordinario denegado (CSJ 1574/2014) y, a raíz de ello, el Alto Tribunal de nuestro país emitió el polémico fallo.

Entre otros argumentos, el voto mayoritario apeló al carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas ya que el mismo continúa en ejecución hasta nuestros días. Con ese razonamiento, expresó que es posible aplicar tal beneficio ya que si bien la ley fue parcialmente derogada en el año 2001, estuvo vigente mientras se seguía cometiendo el delito.

2. Crítica al fallo:

La Corte Nacional recurre a argumentos falaces para aplicar al caso “Muiña” la ley 24.390 en su redacción original, antes de su derogación parcial por la ley 25.430 que eliminó la fórmula del 2x1.

Hay que recordar que esa fórmula sólo estuvo en vigencia desde el 21/11/1994 hasta el 30/05/2001 y que la misma tenía por objeto hacer frente a la grave situación de hacinamiento que existía en los establecimientos penitenciarios de todo el país. Con ella, se buscaba acelerar los procesos judiciales que violaban el derecho a ser juzgado en plazo razonable y evitar que, en todo caso, los “costos” de la mora judicial no fueran a cargo del imputado ya que el beneficio se aplicaba exclusivamente a quienes llevaban detenidos largo tiempo sin condena, computando doble cada día de detención sin sentencia que superara los dos años.

Algo que llama poderosamente la atención es que la mayoría de la Corte omitió considerar otras tantas normas legales que debieron ser analizadas, bajo riesgo de caer en una verdadera prevaricación por parte de los jueces.

a) En efecto, cuando se sancionó la ley 24.390 (1994) se encontraban en plena vigencia las leyes de “Punto final” y de “Obediencia debida”, aprobadas en 1986 y 1987, respectivamente. Sendas leyes recién fueron declaradas inválidas el 02/09/2003 por ley 25.779 y privadas de todo valor con el fallo “Simón” de la CSJN, el 14/06/2005. Por ello,

mal puede decir el voto mayoritario que cuestionamos, que la voluntad del legislador fue no hacer excepciones con los delitos de lesa humanidad, al sancionar la ley 24.390. Porque lo cierto es que durante el período de vigencia de la fórmula del 2x1 no existían procesos judiciales abiertos, ni personas detenidas preventivamente por ese tipo de crímenes debido a la vigencia de las leyes de impunidad. Recién años más tarde se comenzaron a activar juicios por el delito de apropiación de hijos de desaparecidos que habían quedado al margen de esas leyes. Tanto es así que en el caso “Rey” la CSJN aplicó el 2x1 a una persona condenada por estos hechos pero se fundamentó en que el imputado estuvo en prisión preventiva mientras regía el 2x1. Lo que marca una sustancial diferencia con Luis Muiña que nunca fue detenido mientras regió el cómputo doble que traía la ley 24.390, en su versión original, precisamente porque las leyes de impunidad impedían la aplicación de cualquier medida de coerción contra este genocida.

No se trata, entonces, de afirmar como regla general que en los delitos de *lesa humanidad* no rigen principios tales como “ley más benigna” u otras garantías judiciales. Se trata de resolver la situación de cada imputado con las normas que se encuentran vigentes y resultan aplicables en cada caso concreto.

b) Como si eso fuera poco, meses antes de la sanción de la ley 24.390, se había aprobado la reforma constitucional de 1994 que elevó a rango constitucional tratados internacionales, de donde surge la obligación de juzgar y sancionar con penas adecuadas, en función de la gravedad de los hechos. Estos tratados, más otras reglas imperativas de derecho internacional general, ya impedían el establecimiento de rebajas de pena que, de un modo explícitas o encubiertas, desvirtúen las sanciones que los jueces valoraron adecuadas cuando dictaron sentencia. En concreto, mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura de la ONU y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los Estados parte se comprometen a castigar con penas adecuadas en las que tengan en cuenta la extrema gravedad del delito que constituya graves violaciones a los derechos humanos y no admitir privilegios, inmunidades, amnistías, indultos o conmutaciones de penas para sus perpetradores.

En tal sentido, la Corte IDH ya había señalado en el año 2001 que los Estados deben garantizar que los procesos internos tendientes a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surtan los debidos efectos (“Barrios Altos vs Perú”). Precisamente por ello los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o “suprimir los efectos de la sentencia condenatoria” (“Gómez Paquiyauri vs. Perú” - 2004; “Gutiérrez Soler vs. Colombia” - 2005 y “Almonacid Arellano vs. Chile” - 2006).

Esta interpretación de la Corte IDH fue seguida por la propia CSJN a partir del año 2005 para declarar inválidas las leyes de impunidad (“Simón”) y a los indultos presidenciales (“Mazzeo”) que impedían reabrir los juicios por delitos de lesa humanidad y aplicar las sanciones a los responsables en nuestro país.

c) La Corte IDH también había sostenido que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas genera una obligación al Estado de imponer una

pena apropiada que tenga en cuenta la extrema gravedad del delito de desaparición forzada (“Pedro Huilca Tecse vs. Perú” y “La Masacre de la Rochela vs. Colombia”, ambos del 2007).

En otro caso señero había señalado que la respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados, que dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar sanciones que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado (“Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia - 2008).

d) Finalmente, el voto mayoritario que nos ocupa, también omitió considerar la existencia de la ley 27.156 (promulgada el 24/07/2015) que, en sintonía con esos tratados internacionales, dice expresamente: “*Las penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga*”.

3. Conclusiones:

Parece claro que mediante este fallo “Muiña” la CSJN ha violado los principales tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional porque otorga una *conmutación encubierta de la pena* en favor de un condenado por graves violaciones a los derechos humanos.

Además, al declarar aplicable la regla del 2x1 a un condenado por crímenes de *lesa humanidad*, desconoció una consolidada jurisprudencia de la Corte IDH y violó el principio de proporcionalidad de la pena en relación a la gravedad del delito.

De este modo, la CSJ compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino por contrariar al Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos en su integridad y a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, cuando dispone en su art. 27 que una disposición de derecho interno no obsta a la aplicación de un tratado internacional.

Pero además, la CSJN otorga un “premio” a quienes, luego de privar la libertad de una persona, no reconocen la detención ni entregan a los detenidos, prolongando su desaparición por más de 40 años, lo que resulta claramente contrario al ordenamiento jurídico nacional e internacional

Este fallo demuestra la posición que los nuevos jueces de la CSJN quieren imponer respecto al juzgamiento de los delitos de *lesa humanidad* en nuestro país y fue un anticipo del nuevo criterio que sobre el valor de las sentencias de la Corte IDH luego develaron en el fallo “Fontevicchia” del 14/02/2017.

Sin embargo, apenas se conoció el fallo “Muiña”, la reacción de la sociedad fue con-

tundente, ya que a el 10/05/2017 se produjo en las principales ciudades argentinas la movilización más grande de los últimos años en contra de la impunidad.

La respuesta del Congreso de la Nación también fue veloz y contundente con la aprobación de la ley 27.362, en tiempo récord¹, mediante la cual se efectúa una interpretación auténtica del significado que debió darse al artículo 7 de la ley 24.390 y del cual la CSJN se había apartado.

Algunos han entendido que esta nueva ley busca tender un *punte de plata* para que en algún momento la Corte modifique su criterio considerando nuevos elementos. También se ha sostenido que la reciente ley otorga razón a la mayoría de la Corte, dado que, de lo contrario, no hubiera sido necesaria. Pensamos que no es así, porque lo cierto es que el voto mayoritario de la Corte omitió valorar leyes que se encontraban vigentes al momento de resolver y pretendió resucitar otras que nunca resultaban aplicables a los hechos que se estaban analizando. Además va en contramano de una abrumadora jurisprudencia de la Corte IDH y de otras tantas resoluciones de la CIDH.

La decisión del Congreso de dictar una nueva ley interpretativa no debería ser el argumento central para que la Corte Suprema vuelva a rectificar su posición frente al juzgamiento de estos crímenes, porque sobran razones para descalificar la decisión que los nuevos jueces del máximo tribunal quisieron imponer en este caso. Una decisión que fue unánimemente rechazada por casi todos los Tribunales Federales cuando otros imputados en similares circunstancias pretendieron beneficiarse con ella.

Por el contrario, la nueva ley pone de manifiesto que los argumentos de los Jueces Rosatti y Rosenkrantz eran inaceptables desde un principio y el Congreso de la Nación asumió su ineludible función, como uno de los poderes del estado, de respetar y hacer respetar la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y las leyes dictadas en consecuencia. Sin duda alguna, esta nueva norma lleva implícito un fuerte mensaje político de todas las bancadas del Congreso para todos los Jueces de la Corte: “*el juicio y castigo de los responsables de los crímenes contra la humanidad no tiene marcha atrás en la República Argentina, porque una mayoría abrumadora no está dispuesta a tolerar nuevos ropajes para la impunidad*”.

1 La ley 27.362 fue aprobada en Diputados el martes 09/05/2017, con sólo un voto en contra. El miércoles 10/05 fue aprobada por unanimidad por el Senado, promulgada el jueves 11/05 y publicada en el B.O. el viernes 12/05/2017. Art. 1°: “De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”. Art. 2°: “El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”. Art. 3°: “Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite.”

De pie estoy, de pie estamos

SILVIA ONTIVERO

Justamente los jóvenes que nos instruyen, nos ayudan, nos orientan, nos complementan, nos acogen, nos contienen, “Los Xumek” -como les decimos cariñosamente los viejos de ahora- me vienen a pedir que les cuente cómo flautas he llegado a estar de pie y contenta luego de miles de intentos fallidos, de algunos golpes que dejaron marcas indelebles, de pérdidas de seres únicos e irremplazables, de amores y desamores... y aún con miles de sueños sin realizar que no sé si a esta altura de la vida, los veré concretados. De pie estoy, de pie estamos o quizá como estamos de pie, es que estoy de pie.

1. Los comienzos

Yo no fui una niña de tesón y grandes horizontes, criada en un hogar conservador donde me prepararon para conseguir un marido “que me tuviera llena de un todo”. No fui capaz de entender ese mandato y, al contrario, soñaba con ser patinadora sobre el hielo o trapecista del Circo de Moscú que había visto en algunos films que llegaban en los intervalos de la matiné... nunca lo logré, no sólo porque seguramente no sería buena en eso, sino que mis padres jamás hubieran soportado que yo anduviera en esas acti-

vidades y en esos años. Sin su consentimiento, no podía llegar muy lejos... les parecía que estaba loca de solo pensar que podía andar con esa gente marginal que se prende en los circos. El escándalo que originó en mi familia estos oficios en los que soñaba, me los hicieron bajar y entonces, comencé a soñar con algo más sencillo: ser empaquetadora!!!! veía a mi madre ir a comprar a grandes tiendas que hoy fueron reemplazadas por shoppings y me maravillaba ver los moños de los paquetes... me imaginaba en el mostrador atendiendo mucha gente que iba a hacer regalos y así me iba "perfeccionando" mientras soñaba con hacer cada día más grandes y bellos moños. Otra desilusión para mi familia, que obviamente me veía "bien casada" o médica o abogada... sueños pequeños los míos, ¡yo les avisé!

Fui criada con el concepto que debía buscar amigas que fueran "mejor que yo", entendiendo por "mejor" que tuvieran más plata y/o mejor casa... me angustiaba ese asunto, si yo buscaba chicas que tuvieran más plata o casa más grande y me hacía amiga de ellas, un día podrían no querer ser más mi amigas porque quizá su madre les diría que busquen "alguien mejor que ellas" y yo quedaría descartada por tener menos dinero y una casa un poco más chica, y eso que mi casa era grande y nunca supe que faltara plata... raro todo y nunca asumido, ni cumplido.

De entre mis pequeños sueños, surgía una inquietud, o algunas preguntas que iban logrando protagonismo en las vueltas y revueltas de mi cabeza: ¿cuál sería el sentido de la vida?, el mío propio y en el contexto en el que vivo, ¿cuál? Se me ocurre que tendremos distintos pareceres en estos temas vitales... porque empiezo a darme cuenta que hay valores que uno puede tomar, asirlos o descartarlos y que, finalmente, se pueden armar como decálogos o escalas de valores predeterminadas... qué lío mi cabeza.

Yo, obviamente, iba a colegio de monjas y no lograba entender, creer, enamorarme de los que me explicaban sobre el cielo, el más allá, los rezos y las misas. Todo me resultaba intolerable y lo peor: increíble o mentiroso... y se me armaba lío entre el ser de luz y de amor que vendría a ser nuestro padre celestial y el trato a las niñas pobres que hacían las tareas en el colegio y debían vestir uniformes grises horribles. Mientras que los nuestros eran hermosos, con camisas blancas maravillosas que lucíamos orgullosos a la salida cuando venían a pispiar los chicos de los colegios cercanos, que también eran colegios privados.

No fue difícil darse cuenta que es cuento eso de que todos somos iguales a la vista del Señor... o que el Señor miraba para otro lado siempre o era daltónico o no estaba. No fue muy complicado eso, no tuve grandes conflictos con "fe si o fe no". Simplemente NO y me sentí liviana por siempre en ese tema.

Alejarme del cielo me arrojaba casi dramáticamente al mundo, la gente, los grandes, los chicos... Una vez, siendo chica y estando en Buenos Aires, sentí algo maravilloso a la salida de un subte: estar en el medio de una marea de gente que me llevaba casi en andas y, lejos de preocuparme, me sentí realizada... quería estar así siempre, es una sensación que guardo hasta ahora, estar en el medio de una marea humana... que usualmente se da en festivales, metros, estaciones de trenes o de micros.

Por eso, entre mis sueños elegidos estaba el de unirnos todos los seres humanos. Y sin tener idea cómo, esos mismos sueños me llevaron a encontrarme con la posibilidad

de aprender un idioma universal: el esperanto... Me pareció genial y empecé a estudiarlo sola en mi cuarto, pensando que desde ahí yo podría conectarme con el mundo, o bien patinando, o haciendo paquetes con grandes moños en algún local en un país lejano o bien colgada de algún trapecio. Rápidamente me di cuenta que en el mundo en que yo me movía, no habían visto la belleza de tener un idioma universal que nos conectara... Eran épocas que había que viajar para ver otros mundos, no había internet, ni whatsapp... Ahí me quedé hablando el esperanto conmigo misma, no supe que nadie lo hubiera estudiado, fue una gran frustración.

Seguía entonces, ya cerca de los 15 años, con las preguntas que me llegaban a torturar y que no tenía con quien conversar... ¿Para qué vivimos? ¿Para qué vivo? ¿De dónde venimos? ¿De dónde vengo? ¿Quiénes somos? ¿Quién soy? ¿Qué parte del mundo me corresponde?... y, al revés ¿A qué parte del mundo pertenezco? ¿Busco mi lugar y me inserto? Me la juego sola y... No! Nunca sola y así estoy, nunca sola.

Cuando hoy veo esos certámenes universales con niñas preciosas dando volteretas en el hielo o los del Circo du Soleil haciendo esos espectáculos que llenan de asombro y, con una cuota de incredulidad, pienso que yo podría haber sido una de ellas, lejos de sentir frustración por eso, agradezco que la vida me haya puesto otras alternativas que he podido tomar con pasión y que hoy me hacen feliz.

Hoy mi vida tiene el sentido que tiene: ser parte de esa humanidad que piensa en plural... Me subo en la escalera de la vida que llega al infinito y siento enorme orgullo en cada escalón, me cargo en mi mochila de la vida las frustraciones y los errores y, aun así, la sigo subiendo porque arriba, a los costados y abajo, están quienes eligieron este mismo loco camino y escalones de la vida: NADIE ES QUIEN ES SINO EN FUNCIÓN DE QUIENES TIENE AL LADO, ELEGIDOS Y NO ELEGIDOS. Por ahí viene el sentido de la vida, al menos de la mía.

2. Los compromisos

En los años 70, ya en todos los espacios a los que yo concurría: UNC, trabajo, cultura, comienzan a crecer esas ideas fuerza que originaron los grandes movimientos sociales, la profundización de las ideas de izquierda y, en contraposición, los grupos de derecha y los paramilitares... Regla básica aprendida rápidamente: a la acción siempre viene la reacción.

En 1971, ya era mamá y me ganaba el pan trabajando en la Dirección de Comercio dependiente del Ministerio de Economía de la provincia. Eran años de mucha discusión, en el país el retorno de Perón, en el sindicato el escalafón. Jetona de alma, mis compañeros de trabajo empezaron a "verme" y, un poco por comodidad y otro poco porque yo misma dejaba el espacio, apenas hubo elecciones de delegados, fui elegida junto con Edesio Villegas, gran compañero que hoy no está con nosotros, está desaparecido.

Esta delegatura desde 1974, tuvo un rol fundamental en esto que yo llamo darle forma a la búsqueda para encontrar cual es el sentido de mi vida... no sé si lo busqué pero llegó.

Eran ya los años previos al golpe, al verme en el rol de delegada de mis compañeros de trabajo, comencé formalmente a militar, casi llevada por la misma realidad... O miraba para otro lado o me ponía al frente de mi propia vida y me comprometía con aquello que la realidad me mostraba crudamente día a día, primero en el mundo gremial y reconociéndome con un pensamiento de izquierda. La conducción del sindicato estaba, como muchos otros sindicatos en ese momento histórico, en manos del peronismo de derecha, que nosotros llamábamos “la patota sindical” y que solucionaban las diferencias a los tiros, denunciaban delegados, truchaban elecciones o las anulaban si percibían que podían perder. Una verdadera “patota”. Cuando quisimos presentarnos a las elecciones, las anularon y tomaron el gremio.

Las propias asambleas y las discusiones, por dónde seguir y mis “bases”, como se decía entonces, me iban mostrando que la mayoría de los trabajadores eran peronistas... Yo, clase medida de origen, bastante gorila, familiarmente gorila, fui haciendo un proceso difícil, a veces doloroso, pero finalmente me encontré asumiendo yo misma que el Proyecto Nacional tenía un solo apellido. Así fue que ingresé al Peronismo, y dentro del Peronismo, a la Juventud Trabajadora Peronista “JTP”, la rama sindical de Montoneros.

Le llamaron “Proceso de Reorganización Nacional” a lo que originó que en todo nuestro país funcionaran más de 500 centros clandestinos de detención, tortura y exterminio. No hubo dependencia de las Fuerzas Armadas que no se convirtiera en campo clandestino, cárcel de paso o lugar de tortura y violaciones. Toda dependencia quedó al servicio del genocidio, violando los más elementales derechos humanos.

En la militancia y los años duros del 70, comenzamos a tener claro que cada día que salíamos podía ser el último... pensábamos en la cárcel o en la muerte, nos cuidábamos mucho, siempre teníamos citas y controles.

Sin embargo, no recuerdo que entre las compañeras nos hayamos dicho: ¿Y si nos violan? ¿Si desaparecemos? Creo que estas dos figuras irrumpieron destruyendo todas nuestras prevenciones... además de los golpes, la picana y el aislamiento, venía para las mujeres “lo otro”... y después de ese “otro”, venía la desaparición.

Todas son acciones siniestras e inhumanas, pero la desaparición forzada, creo yo, es la peor porque toca todo, tu sufrimiento del momento -si te tienen con vida un tiempo- y el sufrimiento de quienes te quieren. Es la peor de las figuras. No sólo anulan una vida para siempre, sino que obligan a las familias a una incertidumbre que no estaba siquiera como posibilidad en nuestras sencillas, rutinarias y obligatorias medidas de seguridad... en nuestras conversaciones y en nuestros miedos. Hoy nos golpea el corazón y la historia nos castigará una vez más con un nuevo desaparecido: Santiago Maldonado.

3. Alejo

Allá adentro, esos años de encierro, tuve que entender lo inentendible. Ese dolor lacera, indescriptible e inentendible: el padre de mi hijo Alejo tomó la decisión de que no era “sano” que el niño me viera, además tuve que escuchar como un mazazo directo

a mi corazón “que no quería verme”... Me arrancaron de su lado a los 4 años, volví cuando había cumplido 11... también había impedido que me fuera a visitar a la cárcel. Todo en nombre de la sanidad mental con el “asesoramiento inestimable” de una psiquiatra de Mendoza: la Dra. Di Bari. Consejos que obviamente apuntaban al olvido, confiaban que el tiempo haría lo suyo y lo suyo era el olvido.... justo lo que nunca estuvimos en disposición de aceptar.

No alcanzó... Alejo, aún con el petardeo de su padre y su nueva familia, de la prensa, de la tele, fue también un niño recuperado. El trabajo maravilloso de Federica Pavese y Celia Duek, sus dos amigas de la secundaria, contradijeron con palabras, hechos y el potente mensaje que lo alejaba de la verdad. Y la verdad llegó, un día, el 12 de julio de 1984, nos abrazamos para siempre.

Aunque la vida me tenía otro episodio, el peor, el único que no es reparable, inesperado y atroz como ninguno... un día de noviembre del 2004, a sus bellos y jóvenes años, apenas 33, partió de este mundo en manos de un delincuente común comido por la droga. Como mamá lo odié y lo odio, aún hoy que está entre rejas... como ciudadana, me duele en lo más profundo, ya que fue también otro joven por el que no hemos podido hacer nada para que salga de esa selva impenetrable que es la droga y el delito.

4. La cárcel

Luego, la cárcel nos ha marcado para siempre el temor al frío, la impaciencia frente a la espera, los ruidos que nos recuerdan los candados y las rejas, el carro de la comida “tumbera”, el sonido del agua que bajaba por los caños de desagüe de las letrinas, los gritos, los golpes, los movimientos bruscos, la humedad de los calabozos con sus paredes mojadas y chorreantes e innumerables situaciones que nos mostraron con claridad lo que sabíamos de antes.

La nuestra es una experiencia única en nuestro país: el momento histórico, la cantidad de mujeres detenidas por razones políticas y concentradas en un mismo penal y su resistencia desde ese lugar al plan de destrucción social imperante. Situación que, ojalá, no vuelva a repetirse. Aun así, queremos transmitir sobre todo los valores que emergen de esa experiencia, que no tienen tiempo ni lugar, que pueden aplicarse y vivirse en cualquier circunstancia por más dura que ésta sea y que permiten que, de todos modos, sea posible vivir con alegría.

La tortura es inhumana, no hay categoría para incluirla en nuestra especie... me pareció que moría cada vez que me llevaban a la parrilla o al baño, o llegaban a la celda, iba muriendo de terror antes de que empezaran. Luego de la primera vez ya se sabe cómo sigue, por eso el terror, ese sentimiento que nunca antes había experimentado. Nada hay comparable a la tortura, ese asco porque me manosearan hombres que quizá con esas mismas manos acariciaban a sus hijos a la noche, el bajar al infierno cuando empezaban las violaciones de hombres que quizá esa misma noche estaban con sus esposas... terror, desesperación, asco y desolación. En esos momentos no podía pensar en nada más; “que se terminara, que se terminara, que se terminara”.

Luego de 18 días -que fueron 18 siglos- nos avisaron que iríamos a ver a un Juez.

Nos bajaron del celular y era una dependencia policial... ¿Un juez en una dependencia policial? ¿Había un juez que sabía dónde habíamos estado?

Llegué con un vestido que me alcanzó un policía de una mujer, ¿su amiga?, ¿su esposa? Yo entraba dos veces en ese vestido, una manera más de burlarse. Pero a su vez, ¿qué impunidad para los policías! porque ellos nos dijeron que nos llevaban a un Juez, y si llegábamos a un Juez lastimados, con ropa que no era nuestra. El Juez que, hasta ese momento uno suponía como uno de los mejores ciudadanos que llegaban a tan alto cargo, iba a darse cuenta que nos habían torturado y violado salvajemente... No fue así, esas personas convalidaron todo y cuando le dije al Juez que me recibía -que luego supe que era el Juez Carrizo- “miré cómo estoy Doctor”, me preguntó: “¿No se habrá caído?”

Tenía muchas cosas que desaprender y volver a aprender... por ejemplo, que hay jueces que no son como nos enseñaron en las clases de educación cívica, si no que sirviendo al patrón de turno pueden olvidarse de su juramento y hasta de su Patria... que no hay dictadura militar sin civiles que la consientan. ¡Tantas cosas se trastocaron en esa noche negra de nuestra historia...! ¡Tantas! Quizá por eso ya no se imparte “Educación Cívica” en la escuela... Por vergüenza ¿será?

En el D2 de Mendoza -hoy Espacio para la Memoria- la jefatura de policía estuvo desde 1974 hasta 1976 a cargo del brigadier Julio César Santuccione -origen y dirección del Comando Pio XII- dedicado a torturar y asesinar prostitutas, fue la versión mendocina de la Triple A, el Comando Anticomunista de Mendoza (CAM).

5. La calle

Recuerdo que cuando salí, con delicadeza y en lugares de confianza, empecé a relatar lo vivido sin producir golpes bajos. No quería originar compasión o lástima. Sino comprensión de quienes eran en su total magnitud estos tipos que habían tomado el poder por asalto. Desde ahí, hubo muchas ocasiones para conversarlo, lo denuncié cada vez que me llamaron para conformar organismos de DDHH, hasta que al fin y luego de mucho trabajo, logramos los juicios.

Hay un carril paralelo que tiene que ver con las consecuencias que tuve como mujer de esos hechos... Sabemos, además, que el intento de destrucción ejercido sobre nosotras ha quedado registrado en nuestras mentes, en nuestros cuerpos, en nuestros corazones; somos conscientes de ello, lo llevamos a flor de piel en nuestra vida y nos ha preparado para sumarnos -sin dudas ni dilaciones- con las mujeres que reclaman por cualquiera de todos sus innumerables derechos conculcados.

Reencontrarnos en la vuelta de la democracia fue una fiesta para quienes ya habíamos podido organizarnos apenas salimos, para quienes habían salido y aún no se habían organizado, para quienes habían vuelto al abrazo peronista... En fin, para todas las expresiones del centro a la izquierda y todos... ¡A la plaza! ¡A festejar!, a abrazarnos, a seguir la lucha o a comenzar una nueva... Me emociono cuando recuerdo ese día, éramos cientos de miles, con niños, con pancartas de los sindicatos, de partidos políticos, carteles hechos a mano, banderas argentinas, barrios completos, silbatos, globos,

lo que fuera que significara fiesta.

Mucho tiempo después vi filmaciones de esa plaza desde arriba, nueva emoción saber que estaba allí. Que ese otro momento de la patria estuve allí, anónima y abrazada con quienes conocía, con quienes no conocía, pero hermanados en esta nueva maravillosa posibilidad de construir lo nuevo, reparar las heridas, re-encontrarnos con la lucha que es lo que nos da identidad y la razón de vivir... Milito desde muy joven, no sé dónde empiezo yo y donde empieza la militancia, estamos juntas.

Había pocos canales de TV en ese momento, veíamos cada tanto los carromatos con las insignias del PI (mirábamos con cariño y atención al Dr. Alende). Periodistas acercaban el micrófono a preguntar sobre lo que se estaba viviendo, era la fiesta de la democracia y teníamos de nuevo los sueños apretados en el corazón para que no se escapen.

Se acercaban días difíciles, la dictadura había cumplido con sus “deberes” de la mano del inefable Ministro de Economía, José Martínez de Hoz, beneficiando a los sectores del campo y la industria con bandera gringa, nos dejaba una alta inflación, una deuda externa multiplicada por 6 veces. Martínez de Hoz es, hasta hoy, referente ineludible de las Multinacionales.

En el año 1999, Mariana Crespo, nuestra entrañable compañera, tuvo la idea de escribir nuestra historia en Devoto donde nos concentraron a todas las mujeres. Idea que fue tomada, en ese momento, por Darío Olmo, perteneciente al Equipo de Antropólogos Forenses (EAF) y por todas nosotras. Así se sentaron las bases del libro “NOSOTRAS”. Ciento doce (112) de nosotras, apenas comenzaba internet fuimos capaces de plasmar allí lo que habíamos vivido. Una gesta inolvidable, y un regalo para la historia: en Devoto pudimos definir una política de resistencia que nos permitió salir vivas, fuertes y militantes. Justo al revés de lo que intentaron.

6. Los juicios

La última vez que llegué a los tribunales fue para mí declaración. ¿Cuántas son? Ya casi no podría asegurar el número... Cruzó Pedro Molina y Avenida España, los micros meten la punta, es una pulseada eterna... si te animas pasas, si viene muy rápido, pasan y pasan, tenés que esperar al próximo semáforo. En un segundo, cambia el estado de ánimo, llegan las emociones del entorno, los carteles con las fotos de las compañeras y los compañeros que nos desaparecieron, usualmente colgados por “hj@s”: Celeste, Lorena, el Naza... que impulsan, joden, definen, acercan, levantan, cuelgan. “¡Ahí está bien!”, dicen con seguridad y seguro que “ahí está bien”, se ve de todos lados, para quienes pasan en el micro, en los autos, caminando por allí o por enfrente.

Llegando por otros temas al Juzgado, sólo podrían no verlo quienes no quieren verlo... que los hay... yo lo veo. Pero también ahí están los compañeros y compañeras, los abrazos, los apoyos, algún pañuelo blanco... Hoy “me toca”, paso a la salita de espera... allí está la Sarita, la psico de apoyo, la vez pasada estuvo Barandica. Siempre hay un hombre, una oreja, un abrazo, un mate, la cosa es que te bancan hasta que te llaman y ahí lo inexorable: adelante el tribunal, jurás y te sentás... al frente el Tribunal. A la

izquierda los Fiscales, nuestros abogados defensores, caras conocidas, queridas, necesitadas... la Vivi, el Pablo, el Diego. A la derecha los asesinos, los genocidas, “los valientes soldados de la patria”, todos drogados para sostener “el olvido perenne” según parece su juramento de sangre, sus abogados, casi todos del Estado, pocos o uno solo particular.

¡Que cosa!, como es la justicia ahora... jueces respetuosos para preguntar y escuchar, que enorme distancia con aquel que cuando me vio en ese entonces me preguntó si me había caído... Los defensores, los fiscales, los acusados, la dignidad con que se los trata, su posibilidad de defensa en un juicio... Terminó ese capítulo refrendando los 3 ejes que nos cruzan: Memoria, Verdad y Justicia.

Quiénes podemos, contamos esta historia, tuvimos la chance de salir vivos y de ahí surgió naturalmente la inexcusable responsabilidad histórica, ciudadana: contar lo que pasó allí adentro y, junto con ese testimonio, levantar una nueva figura a derrotar, la de los genocidas y violadores. Los que violaban no por que fueran enfermos ni machistas, ni calientes... Como todo asesino compulsivo y convencido, desarrollaron una nueva manera de matar sin quitarte la vida: violarte, llevarte al estado de “cosa”, lo más humillante sin duda.

Las mujeres tenemos una condición básica con la que nacemos: la de gozar, engendrar y parir por “ahí”, por el mismo lugar. Entonces, por donde debe entrar el amor, el goce y la perpetuación de la especie. Entró el odio, la burla, la destrucción y la animalización del acto. Los insultos, la brutalidad y la bajeza.

7. Mi refugio

Para terminar este loco escrito, me gustaría describir cómo me siento, dónde estoy ubicada y de qué manera me sostengo. Se me ocurre una imagen que me representa: estoy metida en una estructura que es como una biblioteca, que tiene diferentes espacios, grandes, chicos, profundos, panditos, oscuros, claros... ahí me refugio, ahí me sostengo, ahí me alimento, en cada abertura hay gente que amo en las dos puntas que tiene mi camino: Alejo, la familia, las compañeras, los compañeros, las amigas/hermanas, los amigos fieles modelo hipocampo... las compañeras y compañeros de trabajo de antes y de ahora, las mochilas de los viajes permanentes, las cosas que dejé pendientes y que “alguna vez juro que voy a retomar”, quienes amé y partieron antes... Esta estructura, traten de imaginarla, la tengo en mi cabeza, es una biblioteca de la vida, allí van quedando -como libros- pedazos de historia vivida con sus batallas, sus héroes con monumento y todo... sus vaivenes queridos y no queridos. En cada espacio estoy metida, a veces contenta, otras medio escondida. La mayoría de las veces haciendo algo, retomando alguna actividad, releendo alguna página, metiéndome en alguno de esos espacios para encontrarme con alguien... Soy varias páginas a su vez, y también dispuesta a colocarme a disposición de quienes quieren meterse para juntarnos, explicarnos, abrazarnos, alentarnos, discutirnos, alejarnos para tener luego la oportunidad de acercarnos... Así es de fuerte, diversa, entretenida y alocada la estructura que me sostiene. Por eso nunca estoy sola, aunque el silencio me llegue a golpear a veces alguna

noche no deseada o alguna tormenta que no espero... Aun en la más profunda soledad, está latente la historia de quienes amo o amé, de quienes me constituyen y aparecen para abrazarnos, en cada vuelta de página, en cada rincón, cada hueco. Hay un espacio que estuvo muy vacío y expectante durante muchos años, culpa de la noche más negra de nuestra historia como país... Un espacio que estuvo siempre a la espera de la vuelta y en esa vuelta la incógnita de “¿Volverá? ¿Cómo volverá? ¿Cómo iría a poblarse?”. Así es la estructura que me contiene, sigue firme aunque me vaya o aunque “me vayan”... Por eso, siempre tengo el deber de volver.

VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Dificultades judiciales en la investigación de detenciones arbitrarias

FRANCISCO MACHUCA-NATALIA LORENZO-GONZALO EVANGELISTA

1. Introducción

Para complementar el trabajo de recopilación de información que realizamos todos los años¹, en esta oportunidad encontramos de interés poner en evidencia las consecuencias de cómo utilizan e interpretan el instituto de la detención por averiguación de antecedentes, tanto el Ministerio de Seguridad como los tribunales provinciales, mediante el relato de experiencias concretas que las han sufrido.

Entendemos necesario hacerlo a fin de informar con precisión los alcances reales de la ley provincial N° 6722, particularmente en su artículo 11 inciso 3², en tanto lejos de interpretarse las facultades policiales en un sentido adecuado, restrictivo, tendiente a priorizar el ejercicio libre de los derechos de las personas, hoy sigue existiendo

1 Ver: Informe Anual Xumek 2016. Págs. 101 y ss. Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/Informe-2016-XUMEK-pdf.compressed-1.pdf>; Informe Anual Xumek 2015. Pág. 87 y ss. Disponible en: http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2015/12/x15_maquetaweb.pdf

2 Ver: Informe Anual Xumek 2015. Pág. 101.

un claro manejo discrecional, arbitrario y desprovisto de control judicial con nefastos resultados.

Desde la secretaría de litigio estratégico de la asociación durante este año hemos llevado adelante -como representantes de las querellantes particulares y de las defensas- casos que estimamos claros ejemplos de ello.

Recordamos que esta potestad policial tiene expresos requisitos exigidos por la normativa a fin de legitimar una privación de libertad por parte del personal policial son claros: necesidad y razonabilidad basada en una razón objetiva que vincule a la persona con un delito cometido o próximo a cometerse, con una medida judicial pendiente o con un peligro cierto, más la negativa de la persona a identificarse. Situaciones todas que deben quedar plasmadas expresamente en los libros y actas policiales para que la autoridad judicial cerciore su cumplimiento.

2. Casos testigos

Matías García Soria

El primer caso que destacaremos, es un hecho de violencia institucional seguido del intento frustrado de armado de una causa penal a la víctima por parte de las fuerzas de seguridad con el objeto de encubrir los delitos cometidos por agentes policiales.

En el mes de julio en el barrio La Gloria del departamento de Godoy Cruz Matías García Soria fue demorado por personal policial aduciendo que dicha detención obedecía a una averiguación de antecedentes. Durante la aprehensión le propinaron golpes en el suelo, lo encerraron en la movilidad policial y le arrojaron gas pimienta en el interior.

Producto de su intento por salir del móvil para evitar ahogarse con los efectos propios del gas pimienta, Matías fue imputado por la presunta comisión del delito de daño agravado.

Puesto a disposición de la justicia de flagrancia, durante la realización de la primera audiencia la Sra. Fiscal de Instrucción no mantuvo la acusación en su contra. La situación era evidente: Matías no sólo no había cometido delito alguno (las pericias sobre el vehículo lo demostraban) sino que había sido víctima de un claro caso de violencia institucional: tenía lesiones en su cuerpo e irritación en su vista constatadas por los médicos del Cuerpo Médico Forense.

Además, no se acreditó de modo alguno la razón por la cual se lo detuvo en la vía pública, en tanto no había ninguna circunstancia objetiva que hiciera presumir que estaba cometiendo algún tipo de delito; tanto él en su declaración como una vecina que brindó su testimonio relataron que los efectivos descendieron del móvil y sin más comenzaron a golpearlo.

Ante el pedido de la defensa de Matías asumida por Xumek se accedió a extraer una compulsa de dicho expediente a fin de que la Unidad Fiscal de Violencia Institucional investigara su aprehensión ilegal y las lesiones sufridas durante la privación de libertad.

No obstante ello a la fecha de cierre de este capítulo no se ha citado a la víctima ni a

los demás testigos de la causa a fin de reunir las pruebas necesarias que sirvan de base para citar a los efectivos policiales e imputarles la comisión de dichos delitos.

Leonardo Rodríguez

La muerte de Leonardo Rodríguez en la comisaría 27° en el año 2015³ nos ha dejado otro claro ejemplo de la maliciosa interpretación que se hace del instituto bajo análisis, agravada en esta oportunidad por el aval obtenido en sede judicial, muy a pesar del peligroso mensaje que ello conlleva.

Durante la investigación por la muerte, se solicitó se investigara si la detención de Leonardo se encontraba dentro de los límites de la legalidad (Expediente N° P-19.463/15). Su muerte violenta sin que se acreditara fehacientemente los motivos de la misma, tuvo origen en una detención que objetivamente sostenemos se apartó en forma flagrante de la ley, pero que las autoridades judiciales rechazaron velozmente nuestros planteos sin demasiado argumento.

Luego de las declaraciones de los imputados en autos- las cuales de modo alguno acreditaron un accionar ajustado a los parámetros de la ley provincial N° 6722- quedó evidenciado que no existió un motivo objetivo y razonable para aprehender a Leonardo (no existía siquiera una presunta conexión con un ilícito anterior o pronto a cometerse), que él llevaba consigo su documentación y que tan sólo se encontraba transitando por la vía pública; del mismo modo quedó acreditado tanto el claro desconocimiento de los efectivos de la norma que rige su actividad como la impericia en el cumplimiento de su deber en tanto no pudieron acreditar con datos objetivos su accionar: a modo de ejemplo, no tomaron nota del nombre de la persona que les brindó el supuesto dato de que Leonardo estaba caminando por inmediaciones del Corredor del Oeste ni al menos el dominio de la supuesta camioneta en la que se desplazaba.

No obstante que el marco probatorio era claro, al menos con el grado exigido por la ley procesal de la provincia, para elevar la causa a un plenario y discutir en un debate oral y público el desempeño ni más ni menos que de funcionarios encargados de velar por la seguridad de todos los ciudadanos, tuvo lugar la primera situación a nuestro entender repudiable: a instancias del representante del Ministerio Público, en el mes de Mayo del presente año el titular del Sexto Juzgado de Garantías resolvió sobreseer mediante sentencia N° 4825 a Juan Andrés Vera Altamirano y Romina Andrea Flores Montaña, únicas personas imputadas por los delitos de privación ilegítima de la libertad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, sin cumplir las exigencias del nuevo código procesal -que establece la necesidad de hacerlo en una audiencia con la participación de las partes- y, en consecuencia, denegando a la querella llevada a cabo por Xumek la posibilidad de argumentar en contrario.

La secretaría de litigio estratégico planteó la nulidad de la sentencia en cuestión, la cual fue rechazada por el Sr. Juez de Garantías pero en instancia de apelación fue acogida por la Octava Cámara del Crimen quien ordenó la realización de la audiencia oral para discutir la solicitud de sobreseimiento.

3 Ver: Informe Anual Xumek 2016. Pág. 114.

Durante la realización de la audiencia donde fueron escuchadas la querella, fiscalía y defensa, quedó claro, por un lado, que Leonardo fue aprehendido ante la supuesta adrencia de una persona -no identificada- quien circulaba en una camioneta -tam-poco identificada- por encontrarse caminando por el corredor del oeste, pese a portar consigo su documento nacional de identidad; y, por otro, que nada de ello había sido plasmado en tiempo y forma en las actuaciones de la policía.

Como es usual, en el libro de aprehendidos y detenidos figura como causal de aprensión sólo la referencia “ley 6722”. Tan escasa información había en las correspon-dientes actas policiales, que en sus alegatos las tres partes interpretaron que los agen-tes habían encuadrado la situación en diferentes artículos de la ley: la querella, en el art. 11 inciso 3º basado en las declaraciones testimoniales de los miembros de la fiscalía y en los dichos de Vera Altamirano y Flores Montaña; la fiscalía, en el art. 11 inciso 2º, motivado en que las pericias realizadas luego de fallecido acreditaban que estaba al-coholizado y –según sus palabras- el Código de Faltas otorga la posibilidad de detener en casos como este; y la defensa de las personas imputadas, en los artículos 8º y 9º, que permiten a la policía actuar para proteger la vida de las personas⁴.

Aun cuando esta notable diferencia producida por el incumplimiento de la norma fue advertida por la querella mientras se desarrollaba la audiencia -además agregando expresamente que, igualmente, todas ellas debían contar con el cumplimiento de to-dos los requisitos legales (por ejemplo, los establecidos en los artículos 12 y 13 de la ley) y no habilitaban a la detención en una celda-, no fue suficiente para convencer al Juez Mangiafico, quien decidió en el mismo sentido que lo había hecho con anterioridad.

Lucas Carrasco

La causa por el homicidio de Lucas Carrasco en el año 2014 en las inmediateces del estadio del club Independiente Rivadavia a manos del oficial Diego Domingo Guzmán Zalazar, es triste ejemplo de otra situación: la falta de prioridad judicial que tiene el esclarecimiento de los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad, el retraso inus-tificado para resolverlos y la evidente postergación de las familias⁵.

Concretamente, luego de frustrados intentos de llegar a una resolución, nueva-mente se encuentra a la espera de fecha de debate. La triste crónica judicial de esta causa comenzó con el debate oral y público iniciado el 28 de Julio de 2016 en la Segunda Cámara del Crimen, integrada en dicha oportunidad por los jueces Arlinton Uliarte, Ramón Ariel Spektor y José Valerio (hoy miembro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

El día 20 de septiembre de ese mismo año, los integrantes del tribunal se inhibieron de seguir entendiendo en el juicio debido a que las audiencias habían sido suspendidas por más de 15 días hábiles por el delicado estado de salud del Dr. Valerio que, según el certificado médico por él agregado como justificativo al expediente, le impedía levan-

tarse de su cama.

La polémica inicialmente se centró en que no hubieron motivos suficientes para dejar transcurrir el extenso plazo entre audiencias previsto por el código procesal. Sin embargo, hubo una situación que la hizo mutar, tiñendo aun más de dudas el accio-nar de la justicia provincial: diversos medios periodísticos informaron que el mismo día que el Dr. Valerio presentase el certificado médico para no concurrir al debate, se tomó el trabajo de acercarse a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y firmar el presente en la planilla de asistencias para dar clases de consulta a estudiantes.

Es decir que el estado de salud que según manifestaba el certificado médico le im-pedía ejercer sus obligaciones durante la mañana -y ello tenía como consecuencia el agotamiento del plazo de 15 días y la necesidad de comenzar de nuevo todo lo actua-do-, como mínimo contradecía su accionar de la primera hora de la tarde⁶.

Esta situación motivó la realización de una denuncia por parte de la Sra. Miriam Medina (madre de Sebastián Bordón, joven asesinado por la policía de San Rafael en 1997) y el diputado nacional Leonardo Grosso, por falsedad ideológica⁷.

La Tercera Cámara del Crimen, subrogante natural para el caso, rechazó la inhi-bición planteada generando que el conflicto de competencias deba ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia, quien ordenó que el debate se reiniciara a cargo de la Segunda Cámara del Crimen.

Por un lado, desde Xumek entendemos que para garantizar a la familia de Lucas una verdadera tutela judicial efectiva, es fundamental la independencia e imparciali-dad del tribunal al momento de valorar las pruebas y dictar una sentencia conforme a derecho, por lo que, teniendo en cuenta todo lo sucedido tras la suspensión, los actua-les jueces de la Segunda Cámara no garantizan este derecho.

Por otro, es pertinente resaltar que las consecuencias del negligente atraso judicial fueron nefastas para la familia. Todo ese sufrimiento y tensión acumulada desde el homicidio y ventilada públicamente en una investigación penal seguida de un juicio durante años, afectó seriamente a cada uno de sus miembros. Su madre, Viviana Es-pina, se llevó la peor parte. Luego de años de lucha, no soportó el desinterés estatal y la constante revictimización a la que era sometida, e inmediatamente después de enterarse la fecha del nuevo juicio, decidió tomar una trágica decisión.

Esta situación tuvo una inesperada repercusión en la causa penal, porque efec-tivamente ella era la querellante particular, dejando la causa sin esta parte porque técnicamente su repentino fallecimiento previo al comienzo del debate impedía la for-mulación de una nueva constitución por algún otro familiar.

El Código Procesal Penal de Mendoza no hace mención a situaciones tan tristes y especiales como las que le ha tocado vivir a los Carrasco-Espina. Por ello, la familia, a través de los abogados de Xumek, se presentó en la 2ª Cámara del Crimen solicitando continuar con las acciones previstas al querellante particular en su carácter de herede-

4 Ver: ley 6722/99. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/6722-local-mendoza-reglamenta-cion-para-organizacion-funcionamiento-fuerzas-policiales-provincia-lpmoo06722-1999-10-13/123456789-0abc-defg-227-600omvorpypel>

5 Ver: Informe Anual Xumek 2015. Págs. 110-111; Informe Anual Xumek 2016. Págs. 228-230.

6 Ver: <https://www.elsol.com.ar/polemica-el-juez-valerio-admitio-haber-ido-a-clases.html>.

7 Ver: <https://www.elsol.com.ar/denunciaron-al-juez-jose-valerio-por-falsedad-ideologica.html>

ros forzosos de Viviana Espina, previo iniciar los trámites sucesorios de Viviana ante el 2° Juzgado de Gestión Asociado.

La novedosa solución propiciada desde Xumek tuvo acogida favorable por la Segunda Cámara aceptando una nueva constitución de querellante particular por parte de Daniel Carrasco (padre de Lucas y esposo de Viviana).

No obstante, a la fecha de redacción del presente informe la causa no tiene fijada aún fecha de debate en tanto dicha aceptación de la nueva constitución de querellante particular ha sido objeto de un recurso de casación por parte de la defensa de Guzman Salazar por lo que deberá ser revisada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Claudio Gil⁸

Finalmente, traemos a colación un hecho que demuestra el desinterés por parte del Ministerio público fiscal en alcanzar la verdad en casos de esta naturaleza. La muerte de Claudio Gil en la Comisaría N° 19 del departamento de Junín en junio del 2014⁹, a pesar de haber transcurrido ya más de 3 años, se encuentra de nuevo en la etapa de Investigación Penal Preparatoria pura y exclusivamente por el impulso privado de su familia constituida como querellante particular¹⁰.

El día 22 de junio de 2014 alguien alertó al personal policial de la Comisaría 19 de la ciudad de Junín, porque en la casa Claudio “Willy” Gil se estaba desarrollando una discusión, (lo que surge del informe del CEO), eran alrededor de las 7:30 de la mañana y la policía se apersonó en la casa de Claudio que estaba viviendo una crisis nerviosa como la que días atrás había padecido y que en el Hospital Perrupato los médicos habían logrado controlar.

Se lo llevan, a la fuerza en uno de los dos móviles, ante la presencia de sus familiares que observaron todo el proceder, y en la comisaría, en el piso del pasillo, siendo alrededor de las 8:30 Claudio Gil muere. Según los efectivos, se quedó quieto nada más, pero en realidad estaba muerto.

La causa se caratuló como “Av. Muerte” y desde el comienzo estuvo a cargo del Dr. Giuliani, quien consideró que no configuraban ningún delito penal los hechos acontecidos, y que al no haber intervención de terceras personas debía archivar.

Ese fue uno de los pocos fundamentos que esgrimió en el exiguo decreto, así es que el 4 de febrero de 2015 dejó de investigar la muerte de Claudio, previo a hacer un repaso del acta de procedimiento y declaraciones testimoniales del personal policial interviniente, necropsia y declaración testimonial de la madre de Claudio Gil, sin hacer una valoración del material probatorio y fundando su decisión en un único y último párrafo del decreto que dice que por el 313 y conc. del CPP no hay acción penal que nazca de los hechos porque no se encuentran tipificados en norma penal alguna.

En el mes de noviembre de 2015 la madre de Claudio se presenta como querellante en la causa solicitando desparalización, y que se investigue a los policías intervinientes. Se acepta la querella pero se deja firme el archivo.

La querella requieren informes de las comunicaciones del CEO (Centro Estratégico Operacional) de ese día, que se cite al médico que constató muerte en la comisaría y al chofer de la ambulancia que llega antes que el médico y lo ve tirado en el pasillo ya muerto, entre otras medidas, denunciando y poniendo en conocimiento al Procurador y a la Comisión de Derechos y Garantías del Senado, el proceder de la Fiscalía.

En junio de 2016 se toma declaración testimonial del chofer de la ambulancia quien cuenta que cuando se apersona en la Comisaría 19 ve a Claudio tirado sin signos vitales.

El Procurador contesta la denuncia de la querella particular y comparte su posición ordenando directivas al Fiscal para que produzca la prueba que efectivamente se encontraba pendiente de recepción.

El Fiscal se excusó, y la causa queda a cargo de una Fiscal que será subrogada por una tercera, por causas que no se conocen en profundidad.

En los primeros meses de este año se toman nuevas testimoniales, a los médicos (el de la necropsia y el que constata la muerte), a familiares de Claudio, y se solicitan informes al Hospital Perrupato. Y en el mes de agosto la querella entiende que existen elementos para que se impute a los 5 policías que no cumplieron con sus deberes y dejaron morir a un ciudadano en el pasillo de la comisaría. Desde la fiscalía entienden que no hay elementos suficientes aún y pese a haberse solicitado la remisión de la investigación a una fiscalía especial, siguen en manos de la unidad fiscal de Rivadavia, sin respuesta.

Los policías investigados son los mismos que prestan funciones a la Oficina y Unidad Fiscal que debe investigar.

Este es el estado actual de este caso, la investigación impulsada por la madre del Claudio, Elsa, quien vio cuando a su hijo esa mañana se llevaron en el móvil, y se lo devolvieron sin vida.

Son muchas las causas en las que funcionarios públicos deben ser investigados por la justicia, por el mismo Estado al que responden. Son órganos públicos acusados de haber participado en algún delito contra el mismo ciudadano al que deben “proteger”. Si a esto le sumamos que esos funcionarios pertenecen a las fuerzas policiales y hablamos de muertes que ocurren dentro de una comisaría, en condiciones de detención o aprehensión, los hechos adquieren alto grado de gravedad y nos preocupan.

Estudiando un caso como el que se comenta, es fácil llegar a la conclusión de que si hubiera sido por el Estado, representado por el Fiscal de la investigación, la muerte de Claudio quedaba en un depósito, la muerte de un ciudadano ocurrida en una dependencia policial quedaba en la nada, sin otro fundamento que no fuera la “falta de presencia de terceras personas”, con al menos cinco efectivos policiales en el lugar, que obligados por el mismísimo reglamento que los rige, debían preservar su salud y su vida.

⁸ Texto realizado por Natalia Lorenzo, abogada representante de la parte querellante particular en la causa penal donde se investiga la muerte del Sr. Gil.

⁹ Ver: Informe Anual Xumek 2014. Pág. 71. Disponible en: http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2014/12/informe_xumek2014.pdf.

¹⁰ Ver: <http://www.losandes.com.ar/article/piden-imputar-a-4-policias-por-una-muerte-en-una-comisaria-de-junin>.

Criminalización de las organizaciones sociales, de la pobreza y de la protesta. Inclusión del caso Túpac Amaru

HORACIO BÁEZ

1. Criminalización de la pobreza.

Veremos primero este objetivo de la criminalización porque entendemos que la pobreza es el estado humano que aparece como más general y porque es el factor común de la selectividad que ha tenido el sistema penal, compartiéndose con la selectividad de otros objetivos políticos del momento histórico que se transitara. Fueron objeto de selectividad penal alguna creencia religiosa, algún color de piel, alguna ideología, alguna elección de sexualidad. Mas junto con esas selectividades, el estado de pobreza de las personas ha sido objeto permanente de selección en la historia de la humanidad.¹

Más cercanos en el tiempo, la reestructuración de los mercados económicos y el progresivo desmantelamiento del Estado social han generado un crecimiento en los índices de pobreza. Frente a ella, el Estado neoliberal ha reaccionado mediante su criminalización. El “delincuente” callejero pasa a ser el enemigo simbólico interno del Estado al que hay que contener y atacar con la mayor rigurosidad de la ley. De esta forma, se relaciona pobreza con delincuencia, dando como resultado que las personas

¹ Zaffaroni, E.R.: “El enemigo en el derecho penal”. Primera ed. Bs As. Ediar. 2006. Págs. 35/37

que viven en estado de pobreza sean estigmatizadas, excluidas, oprimidas y criminalizadas. Mediante políticas implementadas por efectivos policiales y operadores de justicia empeoran las circunstancias de vulnerabilidad en las que viven las personas marginadas y excluidas de la vida política y social. Escenario en el que son violados sus derechos humanos más básicos distraendo de la agenda pública la verdadera responsabilidad que tiene el Estado en la protección, garantía e inclusión de todas las personas. A partir de la década de 1970 hasta los días actuales, las crisis estructurales han sido cada vez más frecuentes y destructivas, teniendo como terrible consecuencia el quebrantamiento del Estado de Bienestar. El modo de producción capitalista ingresó en un período recesivo combinando “bajas tasas de crecimiento con altas tasas de inflación, esta situación, marcaba el inicio de la crisis del modelo de acumulación que había caracterizado al período de posguerra y que fuera conocido como los “años dorados” del capitalismo.

Entenderemos por pobreza “la condición caracterizada por una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información. La pobreza no es una cualidad intrínseca de las personas, la pobreza siempre es un estado en el que se encuentran las personas o los grupos o los Estados, pero como condición del estar y no del ser”².

Díez Ripollés, desde España, rechaza el llamado “derecho penal securitario”, actualmente vigente, y propone lo que denomina “Modelo penal bienestarista”. Sostiene que las exigencias penales tradicionales de responsabilidad con altas cuotas de precisión y seguridad jurídica están siendo sometidas a duras críticas por parte de distintas instancias sociales, rompiéndose el equilibrio deseable entre las necesidades de protección social y el respeto de las garantías individuales. Se debilita la defensa del ciudadano frente a posibles abusos del Estado punitivo. Los cambios obedecen a una nueva forma de configurar el control social. Se estaría dando un cambio profundo en las creencias y en las formas de vida de la sociedad moderna.

Como consecuencia, no pierde protagonismo la “delincuencia” en torno a delitos contra intereses individuales, a pesar de que en la segunda mitad del siglo XX parecía extenderse la idea de que el derecho penal abarcaría la criminalización de los poderosos. Prevalece un sentimiento colectivo de “inseguridad” ciudadana y una disminución de la comprensión del autor como un ser desfavorecido y marginado socialmente. Ahora es visto como un ser sin escrúpulos, egoísta e inmoral, sin apelar a ninguna complejidad social y cultural.

Observamos la preeminencia de espacio y primeros titulares en diversos medios de comunicación de “hechos de inseguridad”. Díez Ripollés entiende que esta preeminencia de interés parcial por parte de los medios de comunicación es la causa -no la consecuencia- del creciente interés social por esta “delincuencia” más tradicional.

Adquiere rasgos novedosos la atención a los intereses de la víctima. Cualquier ganancia procesal o penal de fondo para el autor es tomada como un agravio y pérdida

para la víctima, lo que no supone una valiosa recuperación de intereses de la víctima, históricamente expropiados en favor del Estado. Contrariamente, significa un fortalecimiento de la actuación del poder punitivo. La “opinión pública” creada por aquellos medios de comunicación social sería idónea para configurar la ley penal y su aplicación. Se ha revalorizado el componente de castigo -sufrimiento- de la pena, contra nuestro principio constitucional del art. 18. Se torna respetable la idea de venganza dentro de una visión ficticia de “consenso” en la sociedad, sin consideración de las diferencias de oportunidades entre sus miembros (conflicto). Se da preeminencia a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social, lesionándose el principio de subsidiariedad. De esta política criminal que cuestionamos, resulta un derecho penal que privilegia estructuras típicas de peligro abstracto, cancelando exigencias de causalidad y lesividad.³

El análisis que hace Díez Ripollés para Europa occidental, se extiende a un derecho penal mucho más general, dominado por la actual “sociedad del riesgo”⁴. Pero con características aún más preocupantes para el derecho penal latinoamericano. La criminalización primaria es la que realiza el poder legislativo al hacer la ley penal. La secundaria es la que realizan las agencias ejecutivas, es decir las policías con sus respectivos poderes ejecutivos y los jueces y fiscales, al aplicar la ley a los casos que se les presentan.⁵

La criminalización de la pobreza no es un fenómeno circunstancial de nuestro presente. Es una constante histórica desde tiempos remotos. Entendemos al poder punitivo como la facultad de seleccionar a un reducido grupo de personas a las que se somete a coacción con el fin de imponerles una pena. Y al derecho penal como el discurso de los juristas, estudio del ordenamiento jurídico y proposición de soluciones de casos a los jueces y fiscales. Es la ciencia o doctrina del derecho penal.

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato que no correspondía a la condición de personas. “Sin duda que esa política criminal no responde a la teoría política del Estado de Derecho. Consecuentemente, el derecho penal debe poner freno a esa acción, interpretando el ordenamiento jurídico en su conjunto, con sus principios constitucionales.”⁶

La tesis del autor argentino confirma parcialmente la doctrina desarrollada por Günther Jakobs en torno al derecho penal del enemigo, pero lo que este autor europeo limita al presente histórico, el argentino lo concibe como una constante práctica del poder punitivo y no concibe la posibilidad de su legitimación. Una fundamental contradicción entre ambos es que Jakobs cree posible acotar la excepcionalidad de un trata-

3 Díez Ripollés, José Luis: “La política criminal en la encrucijada. Montevideo-Bs.As. IB de F. 2007. Págs. 189 parágrafo 4; 129/137; 69/86.

4 Beck, Ulrich: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. Barcelona. Bs. As. Paidós. 2006

5 Zaffaroni, E.R.: “Derecho penal. Parte general” Bs. As. Ediar. 2000. Págs. 3/4 y 6/12.

6 Zaffaroni: “El enemigo en el derecho penal”. Primera ed. Bs As. Ediar. 2006. Pág. 11/13. Págs.

7 Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Principio de legalidad estricto. Págs. 33/35

2 Paredes Torres, Flor María: “Criminalización de la pobreza y Derechos Humanos”. Universidad Carlos III de Madrid. 2015-06-03. <http://hdl.handle.net/10016/21233>

miento diferente solo para ciertos individuos que se apartan del Estado de Derecho. En cambio, sostiene Zaffaroni que ello no será posible y que lo que se trata como excepcional se extenderá de acuerdo a la necesidad circunstancial de quienes detentan el poder punitivo. A partir de la confiscación del conflicto a la víctima (siglos XII y XIII), ese poder adquirió la capacidad de decisión de los conflictos, como también la medida y forma de tal intervención. La medida en que lo hizo y lo hace actualmente implica una selección de personas sobre las que recaerá principalmente la punibilidad. Al mismo tiempo que ejerce un permanente poder de vigilancia y control sobre la sociedad, en particular sobre los que supone dañinos para mantener su poder de dirección. A la práctica inquisitiva europea de la edad media y más acá, continuó el genocidio de la población sudamericana, desbaratando las organizaciones sociales y políticas de quienes eran considerados inferiores y hasta de dudosa humanidad.⁸

La siguiente afirmación nos acerca al presente. Nos muestra que las personas en situación de pobreza han sido y son los enemigos o extraños más complicados. Son los que reinciden en comportamientos de menor gravedad. Ese “peligro” se acentuó con la concentración urbana; se trataba, en su gran mayoría, de integrantes de las clases subalternas, a los que hoy identificamos como personas en situación de pobreza.⁹

La consigna nazi de los campos de concentración: “El trabajo libera”, fue una síntesis de las premisas colonialistas en América Latina, donde el poder punitivo actuó con altísima selectividad y discriminación. La globalización vino acompañada por una revolución comunicacional, lo que posibilitó un discurso único autoritario y antiliberal, reforzando prejuicios para identificar al enemigo de turno. La criminalización del parado como sospechoso de holgazanería cala en el discurso político. Con ese relato, los poderes buscan justificar el abandono a su suerte del más desfavorecido y neutralizar cualquier resistencia a las medidas de ajuste.¹⁰

Si es pobre, por algo será. Si le van mal las cosas, es que no se ha esforzado lo suficiente. Como una lluvia fina, el pensamiento que culpabiliza al pobre por ser pobre y al parado por no encontrar trabajo va calando en el discurso político. Es en realidad el reverso del ideario del liberalismo económico, que entroniza la figura del emprendedor como modelo social y sitúa la competitividad como motor de cualquier progreso. En fase de bonanza económica, especialmente si está basada en dinámicas especulativas, este ideario tiene una gran aceptación social porque siempre hay historias de éxito fulgurante que mostrar. Pero en tiempos de crisis, puede volverse fácilmente contra los pobres y los parados, a los que se presenta como sospechosos de holgazanería y culpables de no haber atendido sus oportunidades.

El poder punitivo latinoamericano se caracteriza por la prisión preventiva. Tres cuartas partes de los privados de libertad están en esta situación. La naturaleza de esta medida preventiva es de naturaleza condenatoria y no responde al principio de

inocencia, con altísimos índices de violencia y mortalidad en las cárceles.¹¹

2. Criminalización de las organizaciones sociales.

Las personas que el poder punitivo selecciona como enemigos, son las personas que amenazan al poder por su malestar, por su estado de pobreza. Vimos que tales personas son sometidas a vigilancia y control y que el objetivo de estas acciones del poder es impedir cualquier “desborde” en sus conductas. Son “sospechosos” y “peligrosos” porque es posible que cometan delitos. Resulta necesario impedir que esas personas se organicen para protestar y para lograr mejores condiciones de vida. Si las personas que tienen problemas comunes logran reunirse y organizarse, pasan a ser más peligrosas aún y al mismo tiempo es más difícil su control.

Hay gran cantidad de organizaciones sociales en el país. Nos referiremos a vivencias recientes de algunas de ellas. En todos los casos por haber sido víctimas de criminalización, en alguna de sus formas. Juan Grabois, titular de la Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP), advirtió que el mega-operativo realizado de madrugada en la Villa 1-11-14 de Buenos Aires, forma parte de medias propagandísticas en campaña electoral del gobierno nacional. También se refirió a la represión a cooperativistas que se manifestaban frente al Ministerio de Desarrollo Social.¹² El primero se trató de un operativo conjunto de Gendarmería, Policía Federal y Policía de Bs. As. Para Grabois, es más fácil hacer un allanamiento y militarizar una Villa que meterse con personas que viven en Nordelta y comen en Puerto Madero. Interpreta que se trata de actos de propaganda electoral con un criterio que compartimos: Una parte muy considerable de la población aprueba ese tipo parcializado y selectivo del control policial en razón de que de esa manera se tiende al “orden y a la legalidad” en la conducta de las personas.

Vemos que ese criterio no analiza las necesidades de la organización social. Se la juzga como violenta y causante de intranquilidad social, de inseguridad. Esta visión del problema coincide con los criterios que gobiernan la “Seguridad ciudadana” en el análisis que hace Díez Ripollés en su obra comentada más arriba. Grabois agregó que hay un populismo de derecha que cree que “la culpa de los problemas económicos y de seguridad, la tienen los más pobres, los paraguayos, los negros de mierda.” Diversas organizaciones sociales, luego de múltiples pre-congresos en diversos lugares del país, impulsaron un congreso en Plaza de Mayo para debatir sobre los principales problemas que los afectan. La consigna central fue: “El barrio que tenemos y cómo nos organizarnos para cambiarlo”. El deseo de uno de los chicos y chicas reunidas: “Quiero tener una casa con ventanas” es ilustrativo de la pobreza de los pibes y pibas que se congregaron. Otro de ellos manifestó: “No hay actividad en los barrios y eso hace que los pibes usen el tiempo libre en cosas que no siempre están buenas”. Gritos de auxilio

⁸ Zaffaroni, ob. cit. “El enemigo ...”. Pág. 29/36 (nota 66); págs. 151/164. Ob. cit. “Derecho penal. Parte general”, págs. 17 y ss., págs. 218/225.

⁹ Zaffaroni: ob. cit. “El enemigo en...”, págs. 142; 150.

¹⁰ <http://sociologos.com/2013/04/04/>

¹¹ María M. Duberti. Sergio Salinas: en Xumek, informe 2016. “Situación de los derechos humanos en Mendoza”. Mendoza. Xumek. 2016. Pág. 171. Zaffaroni: ob. cit. “El enemigo en...”, págs. 67/68; 107/112.

¹² Página 12, primero de julio de 2017.

contra policías que vigilan y acosan para impedir que se junten y se organicen.

Sin espacio para analizar cada caso de criminalización arbitraria, solo mencionamos entre tantos ocurridos en nuestra provincia, el desafuero por imputación delictiva a sindicalistas, dirigentes políticos y legisladores del Frente de Izquierda y los Trabajadores (FIT) por su adhesión y apoyo a protestas callejeras. Acoso, intimidación y hasta detención de usuarios del transporte público de pasajeros. Detención de feriantes de Guaymallén y de afectados por desastres naturales que reclamaban por sus viviendas. Detención de militantes sindicales, de **género** o de organizaciones juveniles por colocar carteles o pintar paredes. Entendemos que todas estas acciones son muestras de pretensiones de disciplinamiento de la clase trabajadora para evitar la protesta social y política.¹³

2.1 Criminalización del pueblo Mapuche.

Un grupo de especialistas e investigadores de diferentes universidades del país y del CONICET manifestaron su repudio ante la embestida mediática contra este pueblo originario¹⁴. Sostienen que discursos difundidos por autores no especializados son empleados para deslegitimar al pueblo Mapuche, creando confusión y generando sentimientos discriminatorios y xenófobos en la opinión pública en general, a partir de una serie de falacias y tergiversaciones. Informan que desde el Estado Nacional y desde sectores del poder relacionados con la oligarquía y los grandes latifundistas -con intereses económicos y políticos muy claros- emplean y reiteran estos argumentos negacionistas, esencialistas e invisibilizantes para desvalorizar y desacreditar a este grupo indígena; al tiempo que violan e incumplen instrumentos legales nacionales e internacionales. Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional del año 1994 que ha incorporado con rango constitucional el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Declaración de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas (ONU 2007). Ley Nacional N° 26.160 (sancionada en 2006) que específicamente impide el desalojo y/o represión de los pueblos originarios en todo el territorio Argentino. Además, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) reconoce al pueblo Mapuche, al igual que distintas cartas magnas provinciales y municipales.

Entre las explicaciones empleadas para poner en duda el carácter "originario" del pueblo Mapuche, se recurre al argumento largamente utilizado de categorizarlos como presuntos "invasores chilenos", en contraposición a los "Tehuelches", visibilizados como "auténticos indios argentinos". Desde la arqueología, la historia, la antropología social y la etnohistoria, esta visión por demás limitada y reduccionista ha sido extensamente refutada, evidenciando dinámicas de interrelación social muy complejas y de gran profundidad histórica a partir de la articulación y complementariedad entre los diversos pueblos indígenas entre sí y con la sociedad hispano-criolla a ambos

lados de la Cordillera de los Andes. Es contundente la evidencia de población Mapuche asentada en lo que hoy se reconoce como territorio argentino que a medida que avanzaba la conquista militar de fines del Siglo XIX, se vio forzada a desplazarse de manera coercitiva hacia el oeste de la cordillera.¹⁵

2.2 El caso de la organización barrial Túpac Amaru

Uno de los casos más destacados de organización social que se ha criminalizado de los más vulnerables por su situación económica y social, es la organización barrial, social y política Túpac Amaru, nacida en los años noventa. Formada por personas muy vulnerables por su situación económica y social en la Provincia de Jujuy. Su principal promotora fue la señora Milagro Amalia Angélica Sala. Fue convocada a la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), parte de la Confederación de Trabajadores Argentinos (CTA)¹⁶. Ello después de haber superado una infancia nacida en una caja de cartón de la que fue rescatada por sus dignos padres adoptivos.

El 19 de mayo de 2017 el "Comité Mendoza por la libertad de Milagro Sala, Nélide Rojas y otros presos políticos de la organización barrial Túpac Amaru" presentó un informe a una misión en el país de la Comisión Internacional de Derechos Humanos en el marco del "Foro nacional por la libertad y la democracia". En ese informe se explicó lo que decimos a continuación sobre la causa penal formada en perjuicio de la organización y de sus principales referentes en Mendoza, alrededor de la señora Nélide Rojas.

Además de constituir una herramienta de personas en situación de pobreza, la "Túpac Amaru" es una organización que se comprometió con ideologías políticas que le dieron sentido y claridad a sus objetivos. Pero también le costaron extremas enemistades políticas. La organización tomó contacto con ideologías de pueblos originarios, entre ellas la experiencia política de mayor desarrollo del Estado Plurinacional de Bolivia, en tiempo de la presidencia de Evo Morales. Constituyeron el partido político "Soberanía Popular" con el que llegaron, en muy poco tiempo, a tener 98.000 afiliados y obtuvieron el catorce por ciento de los votos en la provincia, siendo la tercera fuerza electoral, después del bipartidismo tradicional jujeño formado por el Peronismo (PJ) y el Radicalismo en alianza con el Pro.¹⁷

La complejidad organizativa y política militante de la Túpac Amaru, con guías históricas como el indio Túpac Amaru, Ernesto "che" Guevara y Evita (Eva Duarte de Perón), le costaron la oposición de su mayor oponente provincial, el Gobernador Gerardo Morales, a partir de diciembre de 2015. Aunque ya antes hubo expresiones de Morales y su alianza política que presagiaban violentas agresiones.¹⁸ Luego gravitó y molestó a sus enemigos el desarrollo extraordinario de su sistema de construcción comunitaria.¹⁹

Se trata de un caso de vibrante actualidad y demuestra que la criminalización de una organización social puede ser inusitadamente grave. Los móviles políticos que

15 <http://www.eldiariodebuenosaires.com/2016/12/01/>

16 Verbitsky, Horacio: "La libertad no es un milagro". Bs. As. Planeta. 2017. Págs. 35 y ss.

17 Verbitsky: ob. cit. "La libertad no ..." Págs. 175/180

18 Verbitsky: ob. cit. "La libertad no ...". Pág. 16 en palabras de un diputado jujeño.

19 Verbitsky: ob. cit., págs. 55/70

13 María Pía López, Socióloga, en obcit "La libertad no es un milagro", pág. 416/417.

14 <http://www.infonews.com/nota/309780>

han conducido a la formación de esta causa han provocado groseras deformaciones de la legalidad penal y han implicado la consecuencia más grave y violenta del accionar penal institucional, la privación ilegítima de libertad, desprovista de toda sujeción a las normas penales de fondo y de forma.

La arbitrariedad e ignorancia jurídica con las que se agredió el derecho a la libertad ambulatoria y a la defensa en juicio son expresiones y demostración de un activismo judicial impetuoso, aventurado e inescrupuloso. Con el objetivo de impresionar y alarmar a la población, se usaron algunos medios de comunicación para estigmatizar a las personas imputadas y a su organización social. Para ello el Ministerio Público provincial se dedicó a difundir cotidianamente aberrantes imputaciones que no hacían más que criminalizar las actividades habituales de la Túpac Amaru en todo el país. Y se preocupó por difundir la presunta comisión de delitos de extraña competencia, por hechos que no estaban siendo imputados y por lo tanto imposibilitando el derecho a la defensa, tanto en los expedientes como ante la “opinión pública”. Todo con el manifiesto deseo de estigmatizar a las más de cuarenta personas imputadas como “delincuentes” o “clan Rojas”, en particular con especial ensañamiento contra la señora Nélida Rojas y su familia más directa. El Ministerio Público ha logrado su propósito, le ha hecho mucho daño a estas personas y también ha logrado destruir, por lo menos hasta hoy, a la organización social. Al mismo tiempo quedaron sin trabajo cientos de personas.

Todas las imputaciones con las que se logró la detención de los integrantes de la familia Rojas, fueron desestimadas como atípicas por una Cámara del Crimen en el pasado mes de setiembre, salvo una imputación por amenaza coactiva. La señora Fiscal actuante había realizado decenas de atribuciones delictivas por extorsión, coacción agravada, estafa y asociación ilícita. Solo como ejemplo: Se calificó como extorsión el pago de una cuota mensual a la organización y como coacción el cumplimiento de ocho horas de trabajo mensual o la asistencia a marchas políticas en apoyo o en repudio a decisiones gubernamentales. En todos estos casos, los integrantes de la organización y presuntas víctimas, habían prestado su consentimiento al ingresar a la misma.

Hay que destacar que hasta hace pocos días el Ministerio Público siguió imputando delitos a través de la prensa, los mismos hechos que fueron desestimados en el tribunal superior por su incompetencia material provisoria. Una verdadera obsesión personal y política ha desnaturalizado la delicada función penal que le corresponde a ese Ministerio. Ha quedado a la vista la persecución política por parte del Ministerio Público al advertir la flagrante ilegalidad de las imputaciones realizadas y la campaña de desprestigio personal a través de los medios de comunicación. Es decir que lo que no lograron en sede judicial lo están logrando ilegalmente por fuera de su debida función.

También quedó clara la estimulación política partidaria que ha practicado el señor Gobernador de la Provincia. Una vez conocida la decisión judicial que dejó sin efecto las imputaciones y ordenó la libertad de las personas detenidas, atacó públicamente a los jueces de la Cámara diciéndoles que su decisión era “guaranga” y que se debía a que eran jueces de “Justicia legítima”, que eran abolicionistas y que eran extremistas en el respeto a las garantías del debido proceso para los “delincuentes”. El desconocimiento

de la división de poderes ha sido por demás claro en la actitud del Gobernador. A lo que habría que aclarar, aunque no sea necesario, que ninguno de los jueces que firmó la resolución pertenece a la asociación civil que estigmatiza el Gobernador. Quien firma este artículo sí es miembro de dicha asociación, estigmatizada hasta el hartazgo por parte del gobierno nacional y provincial.²⁰

3. Criminalización de la protesta

La criminalización de la protesta es, en realidad, la lógica consecuencia de las medidas previas que criminalizan el estado de pobreza y el afianzamiento de las organizaciones sociales.²¹ La oposición entre dictadura y democracia estructuró la política en la Argentina posterior a 1983. Mientras la plaza vacía es una de las imágenes más evocativas del golpe de Estado, el retorno incremental a las calles, las rondas de las Madres de Plaza de Mayo, la masividad de las protestas hacia el final de la dictadura y las concentraciones de la campaña electoral de 1983 consolidaron el lazo simbólico, social y político entre movilización callejera, derechos humanos y democracia. La vuelta al espacio público está ligada al fin del estado dictatorial, a la lucha por los derechos humanos y a las reivindicaciones de los sectores populares. Protestar es un componente esencial de toda democracia que involucra derechos fundamentales como peticionar a las autoridades y expresarse en libertad.

El actual gobierno nacional tiene una perspectiva restrictiva de la movilización social. Desde que comenzó, difunde mensajes negativos sobre el derecho a la protesta. Están en discusión protocolos y otras normas regresivas en materia de persecución de manifestantes e intervención policial en protestas. Las prácticas policiales han abandonado algunas medidas que reflejaban amplios acuerdos sociales y políticos respecto de la necesidad de evitar la ocurrencia de muertes en protestas. En particular, en situaciones recientes se ha ignorado la prohibición de que los policías porten armas de fuego en estos operativos. A casi cuatro décadas desde que la sociedad argentina recuperó las calles, en este momento es necesario luchar por aspectos básicos de la libertad de manifestar y del derecho a la protesta. La protesta social, núcleo de la democracia argentina.²²

20 Recientemente, se ha revocado la prisión domiciliaria que tenía Milagro Sala: “*Dejenme, ¿por qué me hacen esto?*”, preguntaba Sala, mientras era arrastrada por los policías del GEOF, contó Noro, su compañero. Los abogados de la dirigente social explicaron que se trató de un secuestro debido a que no fueron notificados por el juez de la causa Pullen Llermanos, quien resolvió por sí solo.

21 <https://www.cels.org.ar/web/tag/criminalizacion-de-la-protesta>. No es posible hacer una descripción de la gran cantidad de manifestaciones de protesta de distinta índole que existen y han existido en los últimos años en América Latina y que han sido objeto de criminalización. Remitimos a esta página del Cels.

22 Schuster, Federico. “Protestas sociales en la Argentina. 1989-1996”, en CELS: Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina 1996, CELS, Buenos Aires, 1997. CELS (2003): El Estado frente a la protesta social 1996–2002, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI.

Si bien durante 2016 las autoridades optaron en general por privilegiar la negociación, en 2017 recrudeció la violencia. Hubo hechos muy graves de represión y criminalización de manifestantes en diferentes zonas del país, con participación de fuerzas federales y provinciales y del sistema judicial. Las autoridades avanzaron con protocolos y proyectos de ley que habilitan y agravan la represión y la criminalización. La Policía de la Ciudad de Buenos Aires, creada en los últimos días de 2016, protagonizó en sus primeros meses reiterados hechos de represión y cacería de manifestantes.

Distintas fuerzas de seguridad reprimieron a los integrantes de la comunidad mapuche Lof Cushamen, en Chubut, en el marco de un conflicto de tierras entre grupos mapuches y empresas privadas. Fueron tres operativos violentos, que incluyeron el uso de balas de goma y de plomo, ocasionaron heridos graves y pusieron en riesgo la vida de quienes protestaban: uno protagonizado por la Gendarmería Nacional y dos por la policía provincial. Se utilizaron autos particulares sin identificación y parte del personal de seguridad estaba encapuchado.

El 8 de marzo de 2017, en la Ciudad de Buenos Aires, la policía Federal y de esa ciudad, tuvieron un despliegue represivo en la manifestación con la que culminó el Paro Internacional de Mujeres. Hubo una cacería policial que se aprovechó de la desprotección de las personas una vez que terminó la movilización: 15 mujeres fueron detenidas de manera arbitraria y con violencia y luego fueron requisadas de manera vejatoria. Quince mujeres y cinco varones quedaron imputados con diferentes figuras penales, como Atentado y resistencia a la autoridad.

El 9 de abril de 2017, en un operativo conjunto, la policía Federal y de la Ciudad de Buenos Aires, reprimieron a los docentes que intentaban instalar una escuela itinerante frente al Congreso Nacional. Los policías utilizaron gas pimienta y golpearon a los docentes, de los cuales por lo menos dos resultaron heridos y otros dos fueron detenidos e imputados penalmente por el delito de Atentado y resistencia a la autoridad. La represión ocurrió luego de que las autoridades de Nación y Provincia de Buenos Aires obstruyeran otras expresiones del conflicto docente. Se usó como excusa la supuesta “falta de permiso”. Hacer prevalecer un trámite administrativo por sobre la Constitución, implicó en los hechos no reconocer el derecho a la protesta.

3.1 El control penal de la acción política

Criminalización es el procesamiento judicial de activistas, manifestantes y referentes sociales, políticos o sindicales, debido a su participación en protestas, utilizando de manera arbitraria distintas figuras penales para reprocharles las formas o los tiempos de sus acciones. En estos casos se realiza una interpretación jurídica que aísla las conductas del marco del ejercicio del derecho a la protesta en el que ocurrieron. La persecución penal de los referentes sociales tiene consecuencias graves que trascienden los problemas individuales de la persona que es sometida a un proceso judicial: pesa sobre la organización a la que pertenece y emite un mensaje intimidante hacia el campo social y político. En la mayoría de los casos los activistas no obtienen una sentencia. Los procesos judiciales se dilatan por mucho tiempo o, tras una acusación grave, a los imputados se les propone una salida alternativa, como una *probation*, que

muchas veces aceptan para evitar llegar a una pena. Sin embargo, esto también es problemático porque las “salidas alternativas” no fijan estándares respecto a que esas conductas no sean delitos. Por ejemplo, como no hay condenas, las causas no llegan a los tribunales superiores que podrían realizar un control de constitucionalidad de las acusaciones que originaron la causa. Como tampoco se obtiene una absolucón, no se consolida una jurisprudencia que señale el abuso en la aplicación de ciertas figuras penales y que establezca que las acciones que se han reprochado no son delitos. En definitiva, no se alcanzan decisiones judiciales que operen como antecedente de otras causas similares.

3.2 Las figuras de la criminalización

La utilización de ciertas figuras penales para tipificar una diversidad de conductas asociadas a la protesta, muestra las posiciones ideológicas de los operadores judiciales. Los artículos del Código Penal más usados son los que penalizan el corte de rutas y el que castiga la usurpación de tierras. Sin embargo, también se acusa a los manifestantes con tipos penales más graves, que permiten mantener a los imputados con prisión preventiva durante el proceso. Entre ellos la coacción agravada, la privación ilegítima de la libertad agravada, el entorpecimiento de la actividad industrial, la asociación ilícita, la intimidación pública. Muchos de estos artículos del Código Penal son objeto de controversias ya que su vaguedad sobre cuáles son los bienes protegidos habilita usos laxos. Excepcionalmente, también se registran acusaciones por el delito de sedición, entorpecimiento del transporte o de los servicios de comunicación. Se trata del artículo 194 del Código Penal de la Nación que sanciona con pena de 3 meses a 2 años de prisión. Con frecuencia se utiliza para someter a proceso penal a los participantes de cortes de calles o rutas sin considerar si la conducta se realiza en ejercicio de un derecho constitucional. Las ocupaciones o tomas de tierra y la permanencia en plazas o espacios públicos son formas de protesta que el Poder Judicial ha considerado como hechos de usurpación. Con frecuencia las condiciones de modo no son tomadas en cuenta y la sola ocupación del espacio es considerada un hecho de usurpación. Este encuadre da lugar a que las protestas sean desalojadas a través de procedimientos policiales que en general agravan el conflicto. Históricamente, jueces y fiscales han recurrido a la figura penal de la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal para la criminalización de personas por el mero hecho de su pertenencia a un colectivo determinado. La ley 26.734 “antiterrorista”, sancionada en 2011, agrava la escala penal de todos los delitos previstos en el Código Penal cuando se hayan cometido “con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales (...) a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”. La vaguedad de la formulación hace posible la aplicación de este agravante a la gama de figuras penales típicamente utilizadas para la criminalización de la protesta social: la resistencia a un desalojo o el corte de vías de circulación. Si bien no ha prosperado ninguna causa con esta figura penal, se la ha utilizado para acusar a integrantes de la comunidad mapuche cuando, en reclamo de tierras ancestrales, ocuparon un predio que había sido adquirido por la empresa Benetton. Si bien no quita el riesgo cierto de ser aplicada, la regla contiene

una excepción prevista para las conductas realizadas en defensa de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

3.3 Medios de comunicación y Poder judicial.

Algunos medios poderosos de comunicación se encargan de poner en la agenda, con primeras planas y atrayentes títulos, el delito tradicional contra la propiedad cometido por las personas más vulnerables. Se instala así un temor generalizado en la población con el que otros hechos más graves, pero cometidos por personas no seleccionadas, pasan a segundo plano. Y mucho más grave aun cuando se actúa con la complicidad de algunos magistrados y funcionarios judiciales. Sin los “Falcon” ni las sirenas, sin zonas “liberadas” y sin secuestros, se extiende por el Cono Sur una “operación Cóndor” judicial. “Una prisión política como la de Milagro Sala y sus compañeros, más bien parece anacrónica, fuera de época y, justamente por eso, es un escándalo y una vergüenza internacional para todos los argentinos, porque compromete la imagen misma de nuestra Nación”. En lugar de esas medidas obsoletas –por propias de etapas anteriores del colonialismo–, se expande ahora por el Mercosur una nueva táctica en la consabida estrategia de neutralizar a quien pueda ofrecer alguna seria resistencia al avance del totalitarismo corporativo que sufren nuestros países, lo que al mismo tiempo es funcional para el desprestigio de la política. Bastan algunos jueces obedientes, cuyas motivaciones saben manipular los servicios de inteligencia y los gerentes y agentes de las corporaciones, en especial mediáticas. Miedo, servilismo, prebendas, promesas o esperanzas de ascensos cupulares, comodidad, aspiración política o simple afán de estrellato.²³

Muy pocos medios de comunicación acompañan o muestran con objetividad la defensa de derechos a través de la protesta en las calles. Se presentó en La Plata el Cuaderno N° 2 sobre el derecho a la protesta, una guía del “Colectivo de Investigación y Acción Jurídica” para las organizaciones sociales con el objetivo de poder afrontar la criminalización y la judicialización de la protesta.²⁴

Pablo Antonini, vicepresidente del Foro Argentino de Radios Comunitarias (FARCO) contó la situación de las radios comunitarias en el contexto político. “No es lo mismo dar una batalla cultural desde nuestros medios populares con un marco legal a favor y con políticas de fomento para nuestros medios, con recursos para desarrollar proyectos y talleres con organismos públicos, que darla en las condiciones de ataque y de vaciamiento de ese marco legal (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual). La mayoría de sus aspectos están vigentes, aunque muchos no se aplican”.

Laurana Malacalza, del “Observatorio de Violencia de Género” de la Defensoría del Pueblo, señaló que el movimiento de mujeres y el colectivo de lesbianas, gays, trans y travestis, está cada vez más presente en el espacio público y que son sujetos de criminalización porque se corren del lugar esperado socialmente. Aunque aclaró que “no se trata solamente de corregirnos sino que también se trata de excluirnos del espacio

público, tratan de imponer que no tenemos que estar formando parte de este orden social.”

Los medios masivos de comunicación han cobrado en los últimos años una destacada importancia a la hora de influir en la sociedad. Criminalizan sesgadamente²⁵. La credibilidad con la que estos cuentan hace que muchas veces elijan mostrar determinados temas de acuerdo a sus intereses económicos, sociales o políticos. En consecuencia, esa mirada sesgada que ofrecen es presentada como una única “realidad”, sin ahondar en otros aspectos de cierta problemática, por lo que terminan influyendo en el pensamiento de diversos sectores de la opinión pública. De esta forma, los medios masivos de comunicación se convierten en un espejo artificioso de la realidad, haciendo creer a la sociedad que lo que muestran es el verdadero reflejo de ésta.²⁶ Tal como afirma Omar Rincón en “Televisión, video y subjetividad”: “Todo es mediado por los lentes y las imágenes producidas por los medios masivos y estos se convierten en la única fuente para evaluar y comprender nuestras experiencias”. Aquí se ve claramente la real importancia de los medios como fabricantes de un presente continuo y creadores de imaginarios sociales, basándose en las imágenes para aumentar su credibilidad, pues las imágenes son hechos, hablan por sí solas. Un ejemplo actual es la relación creada que vincula a la juventud en estado de pobreza con el crimen. De esta manera muestran un prototipo de “delincuente”, con determinada forma de vestirse, gustos musicales, su propio lenguaje y forma de comunicarse.

²³ “Plan Cóndor judicial” en Pág. 12. Julio 6 de 2017. Por E. Raúl Zaffaroni

²⁴ <http://agencia.farco.org.ar/noticias/se-presento-una-guia-para-organizaciones-sociales-que-afrontan-procesos-de-criminalizacion>

²⁵ Publicado en Pag 12 junio 7 de 2017; entrevista a Rita Segato, Doctora en Antropología: “En los medios existe una pedagogía de la crueldad”

²⁶ <https://americacriminaliza.wordpress.com/>

Desaparición forzada de personas.

LUCAS LECOUR

“La vi a mi madre durante muchos años mirando por las esquinas, esperándolo”
(Declaración testimonial 2° Juicio de Lesa Humanidad San Rafael)

1. Introducción

Los primeros días de agosto nos enteramos que un joven de 28 años se encontraba desaparecido tras una violenta represión de la Gendarmería Nacional en la Lof en resistencia Cushamen, Provincia de Chubut. A partir de allí y durante dos meses y medio, todas y todos los argentinos nos preguntamos *¿Dónde está Santiago Maldonado?*

La desaparición forzada de personas (DFP) no se trata de un simple delito, y así lo señalamos en los alegatos del **2° Juicios de Lesa Humanidad de San Rafael** cuando sentimos la necesidad de adecuar las calificaciones legales a los acusados por las desapariciones ocurridas en el sur mendocino durante la última dictadura cívico militar. De igual modo, luego de 27 años sin respuesta judicial por las **desapariciones de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria** y con motivo de la incorporación del art. 142 ter del Código Penal, requerimos la intervención de la Justicia Federal en la investigación.

2. El delito de Desaparición Forzada de Personas

La DFP como figura penal autónoma no resulta un delito sencillo y fácil de explicar, puesto que no solo es utilizado para asesinar y procurar la impunidad de los autores, sino que también tiene otras finalidades que van mucho más allá de la víctima, que afectan no solo a sus familiares y amigos, sino a toda la sociedad. Por ello, este delito, no constituye una simple violación a derechos, sino que es una práctica que vulnera numerosos derechos humanos, muchos de ellos inderogables.

La **primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** señalaba que: “La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención”.

Algunos autores consideran que la primera utilización del término DFP y su incorporación al catálogo de las violaciones a los derechos humanos puede encontrarse en Guatemala, donde luego de que asumió la presidencia de facto el General Enrique Peralta Azurdia, en 1963, se organizaron los temibles escuadrones de la muerte². Pero lo cierto es que en El Salvador ya se hacían desaparecer los cadáveres de las masacres perpetradas en 1932 durante el régimen de Hernández Martínez³ y de allí en más esta práctica represiva se fue extendiendo a gran parte de los países de la región en el marco de las dictaduras cívico-militares que tomaron el poder durante los años 60 y 70.

Estudios más recientes indican que no se trataría de un “invento latinoamericano”, porque en la antigua Unión Soviética ya se hacía uso habitual de esta práctica como un modo de exterminar al adversario político⁴. Asimismo, el propio Adolf Hitler, el 7 de diciembre de 1941, emitió el conocido decreto de Noche y Niebla donde se autorizaba el secuestro de personas sin dar a conocer el paradero a los miembros de su familia.

1 Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155.

2 Amnistía Internacional: Guatemala. Crónica de las violaciones a derechos humanos. Ediciones PAI, Madrid, 1987, pg. 8. En el mismo sentido: Comité Pro Justicia y Paz de Guatemala. Informe del Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1984, Guatemala, diciembre de 1984.-

3 Amnistía Internacional. Desapariciones. Editorial Fundamentos, Barcelona, 1983.-

4 Entre 1930 y 1935 aproximadamente 11,8 millones de personas habrían sido confinadas a los “Gulag”, campos de trabajos forzados y rehabilitación, de las cuales entre 1,6 a 1,7 millones habrían muerto durante el encierro. Asimismo, entre 1937 y 1938 habrían sido detenido y ejecutadas entre 632.000 a 683.000 personas sin juicio ni defensa. Estos autores critican que se vincule el origen de *desaparición forzada de personas* con las dictaduras latinoamericanas o con el nazismo ya que en la antigua Unión Soviética se habría hecho uso habitual de esta práctica. Estos muertos nunca fueron reconocidas oficialmente y quedaron en el olvido, a diferencia de lo que pasó con los crímenes del nazismo merced a los juicios de Nuremberg y sus réplicas en Tokio y varios países europeos. Cfr. CORNELIUS, Kai; KLONOVSKY, Michael y Von FLOCKER, Jan. Citados por AMBOS, Kai y BÖHM, María Laura. “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo”. En: AAVV. Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional. Bogotá. 2009, págs. 195/255.-

Tal como lo explicara Hitler: “la intimidación eficiente y perdurable se consigue solamente con la pena capital o con medidas por las cuales los familiares del criminal y la población no conozcan el destino del criminal” (Tribunal de Nuremberg, 1946)⁵. También las fuerzas francesas de ocupación recurrieron a ella durante la llamada “Guerra de Argelia” (1945/1962)⁶.

Sin embargo, en la Argentina algunos autores encuentran su origen en un antecedente más remoto. Así por ejemplo, **Ignacio Montes De Oca**, en su libro Historia de la Argentina Olvidada, sostiene: “Desde 1820, las expediciones contra los aborígenes pampeanos inauguraron la costumbre nefasta de hacer desaparecer al combatiente enemigo y sus familias, apoderarse de sus propiedades y justificarlo todo con la defensa de la Nación (...) la sola denominación que recibió la expedición contra los pueblos nativos –y que aún sigue vigente en los libros de historia– deja expuesta su ideología: la Campaña del Desierto hace imaginar un enorme espacio despoblado y yermo, cuando en realidad se trataba de grandes áreas con considerables riquezas naturales y habitadas durante miles de años por pueblos nativos. Al despojar de entidad a los que iban a ser desalojados, se los desaparecía previamente y se aflojaban los debates morales en torno de los métodos utilizados para hacerlo (...)”.

Es interesante esta última tesis, porque vemos que desde comienzos del siglo XIX, bajo idéntica justificación: “la defensa de la Nación”, se utiliza la misma metodología, solo cambia el enemigo.

Resulta tan particular, complejo y aberrante este delito, que la palabra “**desaparecido**” no tiene traducción exacta en ningún otro idioma. Ni la palabra “*missing*” ni el término “*disparu*” son sinónimos de la palabra “*desaparecido*”. Los argentinos, trágicamente, hemos incorporado en el léxico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la palabra “*desaparecido*” ya que todos los textos que se ocupan del tema la escriben en español⁸.

La DFP tiene la especialidad de generar una forma de **sufrimiento triplemente pa-**

5 En 1940, cuando los nazis ya ocupaban la mayor parte del continente europeo, Adolfo Hitler emitió una orden general conocida como “*balance del terror*” que instruía a su ejército sobre la respuesta represiva que debían instrumentar cuando un acto de la resistencia costara la vida a algún soldado alemán y consistía, básicamente, en secuestrar miembros de la población civil y montar un sistema orgánico de desinformación respecto a los detenidos. Un año más tarde el Supremo Comando del ejército alemán emitió otro decreto, conocido como “*noche y niebla*”, donde expuso la forma en que los nazis pensaban llegar a “*la solución final del problema judío*” y el exterminio sistemático de todos los opositores políticos y miembros de la resistencia en los países ocupados. Cfr. LÁZARA, Simón. “*Desaparición Forzada de Personas, doctrina de la Seguridad Nacional y la influencia de factores económico-sociales*”. En: La Desaparición. Crimen de Lesa Humanidad. APDH, Buenos Aires, 1987, pgs. 31/44. También sobre el tema véase MATTAROLLO, Rodolfo: “*El decreto “Noche y niebla” de la Alemania nazi, antecedente de las desapariciones forzadas*”. En: Noche y niebla y otros escritos sobre derechos humanos. Le Monde Diplomatique. Buenos Aires, 2010, págs. 17/24.-

6 Cfr. ROBÍN, Marie-Monique: Escuadrones de la Muerte. La Escuela francesa. Editorial de la Campana, Buenos Aires, 2014, 383 págs.-

7 MONTES DE OCA, Ignacio. Historia de la Argentina Olvidada. 1810-1955, por, EDHASA, Buenos Aires, setiembre de 2011, pág. 64 y pág. 109.

8 BEIGEL, Viviana. El Libro de los Juicios: Experiencias, debates y testimonios sobre el terrorismo de Estado en Mendoza. El delito de desaparición forzada de personas. 1ª Edición. Mendoza. EDIUNC. Pág. 104.

ralizante:

1. Para las víctimas, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida.

2. Para los miembros de la familia, que no saben la suerte corrida por sus seres queridos y cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, cavilando y esperando, a veces durante años, noticias que acaso nunca lleguen. Además, muchas veces ellos también están amenazados, saben que pueden correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad les exponga a un peligro aún mayor. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos⁹.

3. Para la sociedad, porque se la utiliza como estrategia para infundir el terror en los **ciudadanos**. La sensación de inseguridad que esta práctica genera no se limita a los parientes próximos del desaparecido, sino que afecta a su comunidad y al conjunto de la sociedad¹⁰.

En la actualidad, cuatro instrumentos internacionales consagran su prohibición:

- **La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas** aprobada en 1992¹¹ establece una suerte de definición de este delito al señalar en su preámbulo que cuando se *arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.*

- **La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada**¹², aprobada en 1994, de la cual Argentina es parte desde el 28 de febrero de 1996¹³ define la desaparición forzada en su artículo II diciendo que *se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.*

- **El Estatuto de la Corte Penal Internacional**¹⁴, aprobado en 1998, en su artículo 7, dispone cuáles son los crímenes de lesa humanidad, es decir que se cometan como

parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entre aquellos actos se encuentra la desaparición forzada de personas –inciso i)-, descrita como *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”*.

- La **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**¹⁵, aprobada en 2007, define en su artículo 2 que se entenderá por desaparición forzada *el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.*

Asimismo, el **Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de Naciones Unidas** desarrolló desde su inicio en la década de los 80 una definición operativa del fenómeno, destacando en ella *“la detención ilegal por agentes o dependencia gubernamental o grupo organizado de particulares actuando en nombre del Estado o contando con su apoyo, autorización o consentimiento”*¹⁶.

Algunos de los tratados internacionales antes mencionados, además de dar una definición establecen que dicho **delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima** (vg. art. 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y art. 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada).

Por su parte, la **jurisprudencia de la Corte IDH** ha sido precursora en el derecho internacional de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado, permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad¹⁷.

De las definiciones mencionadas y de la jurisprudencia interamericana, podemos señalar como **elementos concurrentes y constitutivos** de la desaparición forzada:

15 La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas el 6 de febrero de 2007.

16 Véase, además, el Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 37º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 4, e Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 39º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párrs. 130 a 132.

17 Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 59.

9 Cfr. Corte IDH. Cançado Trindade, A. Voto separado en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, párr. 40.

10 HEREDIA, Verónica y HEREDIA, José Raúl. El delito de Desaparición Forzada de Personas. Código Penal Comentado de Acceso Libre. Asociación Pensamiento Penal, pág. 5 y 6.

11 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 47/133 del 18 de diciembre 1.992.

12 Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

13 Aprobada mediante Ley Nacional N° 24.556, sancionada el 13/09/1995 y promulgada el 11/10/1995. Luego, mediante la Ley Nacional N° 24.820, sancionada el 30/04/1997 y promulgada el 26/05/1997, adquiere jerarquía constitucional de conformidad con lo prescripto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

14 Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

1. la privación de la libertad;
2. la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y
3. la negativa de reconocer la detención y revelar la suerte o paradero de la persona interesada¹⁸.

El desarrollo de la jurisprudencia interamericana ha influido en las sentencias del **Sistema Europeo de Derechos Humanos**¹⁹ en casos como Kurt de 1998, Çakici de 1999, Timurtas y Tas de 2000, todos contra Turquía, tomando los mismo elementos concurrentes y constitutivos.

También podemos señalar las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, como las resoluciones de **Comité de Derechos Humanos** en los casos de Hungría de 1992 y 1993²⁰ al igual que varias **Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales**, coinciden con la caracterización indicada²¹. Así por ejemplo podemos mencionar: **Caso Marco Antonio Monasterios Pérez**, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela de 2007 (declarando la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada); en igual sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 2004: *El plazo para que opere su prescripción inicia hasta que aparece la víctima o se establece su destino* (afirmando que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y que la prescripción se debe comenzar a calcular a partir de que cesa su consumación); **Caso Caravana**, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, de 1999; **Caso de desafuero de Pinochet**, del Pleno de la Corte Suprema de Chile del año 2000; **Caso Sandoval**, de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, de 2004 (todos declarando que el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y que no puede ser objeto de amnistía); **Caso José Carlos Trujillo**, del Tribunal Constitucional de Bolivia, de 2001 (en el mismo sentido); **Caso Castillo Páez**, del Tribunal Constitucional del Perú, de 2004 (declarando, a razón de lo ordenado por la Corte Interamericana en el mismo caso, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta tanto se establezca el paradero de la víctima); **Caso Juan Carlos Blanco y Caso Gavasso y otros**, de la Corte Suprema de

Uruguay, ambos de 2002, en igual sentido.

Por otro lado, la caracterización pluriofensiva y continuada o permanente del delito, plasmada en la jurisprudencia de la Corte IDH²² implica que una desaparición genere responsabilidad internacional por la violación a varios derechos consagrados en distintos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que podemos separar en violación a derechos de las víctimas directas, violación a derechos de los familiares de las víctimas directas y violación a derechos de la sociedad:

a) Violación a derechos de las Víctimas Directas:

i. La Desaparición Forzada y el derecho a la personalidad jurídica (art. 3 de la CADH).

En el caso Torres Millacura contra la Argentina, la Corte IDH expresó: “Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer²³, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares²⁴. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares²⁵ o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho²⁶.”

Sin embargo, hasta el 2009 el Tribunal Interamericano había rechazado analizar violaciones al derecho a la personalidad jurídica por desapariciones forzada de personas. Es así que en el caso Bámaca Velásquez, expresó: “la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) no se refiere expresamente a la personalidad jurídica, entre los elementos de tipificación del delito complejo de la desaparición forzada de personas. Naturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecida en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio²⁷.”

18 Cfr. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97 y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 65.

19 Al respecto, pueden consultarse los siguientes casos sobre desaparición forzada de personas: C.E.D.H. Caso Kurt Vs. Turquía. Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrs. 124 a 128; Caso Çakici Vs. Turquía. Sentencia de 8 de Julio de 1999, párrs. 104 a 106; Caso Timurtas Vs. Turquía. Sentencia de 13 de junio de 2000, párrs. 102 a 105; Caso Tas Vs. Turquía. Sentencia de 14 de noviembre de 2000, párrs. 84 a 87, y Caso Chipre Vs. Turquía. Sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 132 a 134 y 147 a 148.

20 Sobre la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para revisar violaciones continuadas, véase, el *Caso de Ivan Somers v. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996, párr. 6.3, y el *Caso de E. y A.K. v. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, 50º período de sesiones, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994, párr. 6.4.

21 Cfr. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 83; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra nota 70, párr. 104.

22 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 60.

23 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 188.

24 Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 179.

25 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr.156; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214., párr. 249, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 97.

26 Cfr. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Parr. 105. Además en *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr.156, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 97.

27 Cfr. Corte IDH., *Caso Bámaca Velasquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de

Fue a partir de la sentencia del caso Anzualdo Castro que se modificó el criterio jurisprudencial al expresar que “(...) *dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, el Tribunal reconsidera su posición anterior y estima posible que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional*”²⁸.

En el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala la Corte IDH afirmó esta posición al señalar que si bien se había establecido en anteriores casos que dicha definición no se refería expresamente al reconocimiento de personalidad jurídica entre los elementos de tipificación del delito complejo de esta práctica, cabe hacer notar que en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional en la materia, el tribunal interamericano ha interpretado de manera amplia el artículo II de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada** (CIDFP), lo que le ha permitido concluir que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con otros elementos de la desaparición, la “*sustracción de la protección de la ley*” o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo, lo cual impide directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica²⁹.

ii. La Desaparición Forzada y el derecho a la vida (art. 4 de la CADH).

Desde su primera sentencia, la Corte IDH sostuvo que: “*La práctica de desapariciones (...) ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida*”³⁰.

En Castillo Páez expresó que *con la desaparición de personas se violan varios derechos establecidos en la Convención, entre ellos el de la vida, cuando hubiese transcurrido (...) un período de varios años sin que se conozca el paradero de la víctima (...) No puede admitirse el argumento de Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que “faltaría... el cuerpo de delito”, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víc-*

2000. Serie C No. 70. Párr. 180.

28 Cfr. Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 212, párr. 90.

29 Cfr. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 99.

30 Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 157.

tima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición.

En Bámaca Velásquez agregó que la desaparición forzada “*ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron*”³¹.

iii. La Desaparición Forzada y el derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH).

La Corte IDH ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “*el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 [del artículo 5 de la Convención]*”³².

Respecto del derecho a la integridad personal se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH una relación estrecha entre este derecho y cierta forma pluriofensiva de violación de derechos humanos, como es la desaparición forzada de personas. Desde su primera sentencia, la Corte considera que la figura de la desaparición forzada viola no sólo el derecho a la libertad personal de la víctima, sino también el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida³³.

En el caso Blake vs. Guatemala la Corte señaló: “*Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición*”.

iv. La Desaparición Forzada y el derecho a la libertad personal (art. 7 de la CADH)

La privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana³⁴.

El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, lo que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal³⁵.

Una privación de la libertad ajustada a la ley puede ser arbitraria, pero una priva-

31 Cfr. Corte IDH. Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 130. En un sentido parecido, Caso Blake, Sentencia de Fondo de 24 de Enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 49; y Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 124.

32 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 187; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra nota 69, párr. 94, y Caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 94.

33 Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 155 y ss.

34 Cfr. Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 198.

35 Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 1. párr. 155.

ción de libertad puede ser a la vez ilegal y arbitraria. Las privaciones de libertad ligadas a torturas, asesinatos o *desapariciones forzadas*, así como las enmarcadas en un cuadro general de abuso de poder, son calificadas frecuentemente por la jurisprudencia como ilegal y arbitraria³⁶.

b) Violación a derechos de los Familiares de las Víctimas Directas

i. Derecho a Acceder a la Justicia

En el caso **Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia**, la Corte IDH expresó: *Ahora bien, ya que uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, cuando una persona ha sido sometida a secuestro, retención o cualquier forma de privación de la libertad con el objetivo de ocasionar su desaparición forzada, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.*

En el caso de los **19 Comerciantes Vs. Colombia**, el tribunal americano explicó que el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

Y en el caso **Anzualdo Castro Vs. Perú**, la Corte IDH agrega además, que por tratarse de una desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia incluye que se procure determinar la suerte o paradero de la víctima.

ii. Derecho a un Recurso Judicial Efectivo

En el caso **Torres Millacura vs. Argentina**, la Corte IDH recordó que uno de los objetivos de la desaparición forzada de personas es precisamente impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, una vez que una persona ha sido sometida a secuestro, retención o cualquier forma de privación de la libertad con el objetivo de su desaparición forzada, si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan tener acceso a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

iii. Derecho a la Integridad Personal

En el caso **Blake Vs. Guatemala**. La Corte expresó que *“la violación a la integridad psíquica y moral de los familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar*

los hechos”.

En reiteradas oportunidades la Corte IDH ha considerado que se viola el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos.

En el caso **Chitay Nech vs. Guatemala** el Tribunal ha establecido que es de suma importancia para los familiares de la víctima desaparecida el esclarecimiento del paradero final de la misma, ya que esto permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre del **paradero de su familiar desaparecido**.

En **Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil** sostuvo que “la violación al derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas mencionados se verifica debido al impacto que ha generado en ellos y en el seno familiar la desaparición forzada de sus seres queridos, a la falta de esclarecimiento de las circunstancias de su muerte, al desconocimiento del **paradero final de los mismos y a la imposibilidad de darle a sus restos una adecuada sepultura**.”

En dicho caso, un **perito antropólogo** indicó que *“una de las situaciones que comprende gran parte del sufrimiento por décadas es la ausencia de sepultura, la desaparición de los cuerpos [...] y la indisposición de los gobiernos siguientes en la búsqueda de los restos mortales de sus familiares”* lo cual *“perpetúa el recuerdo del desaparecido, y dificulta el desligamiento psíquico entre este y los familiares que aún viven impidiendo el cierre de un ciclo”*.

c) Violación a derechos de la Sociedad:

i. Derecho a la verdad

En el caso **Anzualdo Castro vs. Perú** el Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.

3. La Tipificación en nuestro Código Penal:

Con todo este desarrollo jurisprudencial, sumado a las normas internacionales que consagran su prohibición, no existía en nuestro país el delito de desaparición forzada

³⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99. párr. 80.

de personas, hasta la sanción de la Ley Nacional N° 26.679³⁷ en 2011, que introdujo el delito en el art. 142 ter al Código Penal³⁸ cuyo contenido se vio inspirado en las definiciones de la CIDFP y el Estatuto de Roma.

El nuevo delito transforma a la desaparición forzada de personas en un delito autónomo y no la sumatoria de varios delitos, no obstante mantiene su carácter pluriofensivo, pese a que por su ubicación en el Código Penal pareciera que afecta únicamente a la libertad personal.

Reiteramos que esta figura legal tiene una composición compleja ya que las conductas prohibidas son múltiples y las mismas pueden ser realizadas tanto por una sola persona o por varias. Según el tramo de la ejecución podemos dividir las en dos grandes momentos. El primero de ellos se configura con la privación de libertad, la que podrá ser ejecutada tanto en la modalidad de comisión, como cuando se aprehende o detiene a otra persona, o por omisión, es decir cuando se prolonga indebidamente una privación de libertad que debe hacerse cesar. La privación de libertad puede ser legal o ilegal, ya que para que el delito comience a ejecutarse es suficiente que se prive a una persona de su libertad, sin que sea necesaria ninguna otra condición.

El segundo tramo de la conducta está conformado por la omisión de reconocer dicha privación de libertad o de proporcionar información sobre la situación o el destino de la víctima. Sin duda alguna es esta etapa la que marca la verdadera diferencia entre una privación ilegítima de libertad con una desaparición forzada. Es decir que para que el hecho sea subsumido dentro del art. 142 ter del C.P., la privación de libertad debe, necesariamente, ser seguida de la falta de información, la negativa a reconocer esa privación de libertad, o la omisión de informar sobre el paradero de la persona privada de su libertad.

Entendemos que no es necesario que exista un requerimiento expreso sobre el destino del desaparecido para que se concrete la omisión, dado que las leyes imponen dicha obligación de informar, tanto a los funcionarios públicos como a los particulares que privan a alguien de su libertad. En efecto, toda persona aprehendida o detenida debe ser puesta, en forma inmediata a disposición de la autoridad judicial competente

37 La ley nacional n° 26.679 fue sancionada el 13/04/2011 y promulgada el 05/05/2011. Sobre ello ABOSO, Gustavo Eduardo: Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia. Ed. B de F Montevideo- Buenos Aires, 2012, págs. 695/696.-

38 Código Penal. **Art. 142 ter:** “Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.”

para decidir sobre esa situación.

Con respecto a los autores materiales, las desapariciones forzadas sólo se considera como tal cuando el acto en cuestión sea perpetrada por funcionarios públicos o particulares o grupos de particulares (vg. paramilitares), con la autorización, el apoyo directo o indirecto, o la aquiescencia de funcionarios públicos, quienes deberán actuar siempre en forma dolosa, es decir, con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (en particular su deber de informar).

En cuanto a la pena del delito, corresponde señalar que esta resulta agravada con prisión perpetua cuando resultare la muerte de la víctima, la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de dieciocho años, una persona mayor de setenta años, una persona con discapacidad, una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. En su párrafo final se contempla la figura del “arrepentido”, pudiendo el juez o tribunal reducir facultativamente (“podrá”) la escala penal al agente que, habiendo participado en la ejecución de la acción típica, libere con vida a la víctima o proporcione información que permita la aparición con vida de la misma. En este último caso, dicha información debe ser “efectiva”, es decir, debe asegurar la aparición de la víctima.

Por último, corresponde señalar que, pese a que las normas internacionales autorizan a los Estados a consagrar en su derecho interno atenuantes para casos en los que la contribución permita el esclarecimiento de una desaparición forzada (*Art. III, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 7.2 a) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y art. 4.2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*) el art. 142 ter del Código Penal no consagra tal facultad a los jueces.

4. Mega Juicio de Lesa Humanidad de San Rafael:

Los testimonios brindados por familiares de víctimas de desaparecidos durante el 2° Juicio de Lesa Humanidad de San Rafael, nos revelaban que algo no estaba bien en las calificaciones legales imputadas a los acusados por los crímenes cometidos durante la última dictadura cívico-militar.

Recordemos que durante el Terrorismo de Estado en Mendoza (incluyendo San Rafael) desaparecieron **136 personas**. De todas ellas, **119 fueron secuestradas en el Gran Mendoza, diez lo fueron antes del golpe**. En el **Sur mendocino**, el total de desaparecidos suma **diecisiete personas**. Antes del golpe fueron secuestrados **Héctor Fagetti, Leandro Llancaleo e Irma Berterré**. La medianoche del 23 al 24 de marzo de 1976 fue secuestrado **Francisco Tripiana** y los trece restantes con posterioridad a esa fecha **-Rolando Berohiza, José Berón, Marta Guerrero, Rosa Sonia Luna, José Ortemberg, Omar Ozán, Raúl Reta, Ricardo Ríos, Carlos Zapata, Félix Ordenes, Hugo Montenegro, Roberto Osorio y Pascual Sandoval-**.

En la sala de debate se escucharon declaraciones impactantes, frases que decían:

“Era una hermosa familia, creo que mi vida de hoy la grabo mi marido. Lo espere mucho tiempo con la ilusión de que estuviera vivo”.

Marcaron una vida. Un antes y un después. Cuando se llevaban gente, se llevaban los sueños, el amor de uno. Se llevaban todo. Es nunca más ser feliz, es nunca más tener paz. Cada uno de los momentos lindos los hubiera querido compartir con él. Se llevaron cumpleaños. Ese padre de ese hijo que si no es por una foto no tendría imágenes. Miles de besos. Era una persona querida. Se llevaron todo. ¿Cómo una madre le cuenta esto a un hijo? ¿Cómo? No hay forma...

Ayer le tuve que decir a mi hija no sé si lo vamos a encontrar por el pacto de silencio. Ella me dijo ¿Qué les cuesta decirnos?, quieren seguir torturándonos con eso, no alcanzo a entender porqué son tan macabros con eso. Y eso que tienen familias. Eso demuestra que siguen con el plan de seguir torturándonos.

Los compañeros de trabajo de mi padre me decían vos no sabes el sufrimiento que tenía tu papá. Las veces que lo encontramos en la caldera llorando. Él no lo demostraba. Mi madre también falleció y no pudieron saber dónde está.

Mi mamá participaba de las rondas de los jueves. Iba al comando o a infantería a preguntar e iba con una muda de ropa por las dudas de que estuviese ahí, que se yo, por si aparecía...pero bueno... nunca más la vimos.

Es el peor de los delitos que se pueden cometer, uno puede odiar desde lo político, pero la dictadura fue peor que eso, utilizo la desaparición forzada de un modo perverso. Nos ponen en un lugar de no saber quiénes somos. Eso nos generó la pregunta eterna: ¿dónde están?, ¿qué pasó? Los familiares que buscan a un desaparecido les pasa a todos lo mismo. Fue un plan de exterminio regional. La metodología era siempre la misma. Si hay 30 mil desaparecidos, es porque hay 30 mil familias sufriendo.

Estos pequeños fragmentos fueron parte de algunos de los cientos de testimonios brindados en el denominado Mega Juicio que duró más de dos años en el sur mendocino. Ahora bien, con estas declaraciones ¿podemos equiparar a la desaparición forzada de personas con el delito de privación ilegítima de la libertad, conforme fueron imputados durante la instrucción de la causa por el Juez Federal? o ¿podemos decir que se trata de un homicidio calificado, según la acusación sostenida por el Ministerio Público Fiscal en los alegatos?

Entendimos que no y así fue que modificamos nuestra acusación en el momento de los alegatos, solicitando al Tribunal que condenara a los imputados por el delito de desaparición forzada de personas como figura penal autónoma, distinta a la privación ilegítima de la libertad agravada o del homicidio calificado.

Por ello, entendimos que el art. 142 ter del Código Penal puede ser aplicado a una situación de hecho preexistente a la sanción de este nuevo tipo penal, teniendo en cuenta la naturaleza permanente o continua de la Desaparición Forzada de Personas.

Luego de discutir mucho con el equipo de abogados que trabajamos en el Mega Juicio de San Rafael, concluimos que nuestra acusación debía ser por el delito previsto en el art. 142 ter. del Código Penal y pedimos que se condenara a **Rizo, Stuhldreher, Martínez Garay, Giovarruscio, Gutiérrez, Pérez, Huajardo, Ruiz Soppe, Guevara, Labarta y Trentini** a prisión perpetua por la desaparición forzada de **Francisco Tripiana y Marta Guerrero**.

Sin embargo, el Tribunal sostuvo la calificación sostenida por el Ministerio Público Fiscal, debido a que nuestro pedido de cambio de calificación afectaba el principio de congruencia ya que los hechos imputados al momento de ser indagados no cum-

plieron con los requisitos del nuevo tipo penal propuesto. Pese a ello, se condenó a 12 prisiones perpetuas, 2 condenas de 8 años de prisión, 1 condena de 7 años de prisión, 1 condena de 6 años de prisión, 5 condenas de 4 años de prisión, 2 condenas de 3 años de prisión en suspenso y 4 absoluciones.

5. Pedido de inhibitoria en Garrido y Baigorria:

Teniendo en cuenta lo sucedido en las desapariciones de **Iván Torres Millacura, Sergio Daniel Ávalos y Raúl Tellechea**, solicitamos a la Justicia Federal mendocina que investigue la desaparición de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria.

La pobre actuación de la Justicia Penal de Mendoza y de la Unidad Fiscal de Homicidio y Violencia Institucional a cargo de la Dra. Claudia Ríos, a 27 años de la desaparición, nos llevó a requerir, mediante un pedido de inhibitoria, que la investigación pase a la órbita de la Justicia Federal.

El sábado 28 de abril de 1990 gran cantidad de personas concurrieron al Parque General San Martín. A las familias que tradicionalmente visitan ese espacio verde, se sumaron los asistentes a un acto organizado por la comunidad mormona, en el estadio Malvinas Argentinas. Ese día en horas de la tarde Adolfo Garrido y Raúl Baigorria circulaban por el lugar en una rural Fiat 1.500 color azul. Al llegar a la rotonda conocida como “Monseñor Orzali” fueron interceptados por un móvil de la Dirección Motorizada del que descendieron cuatro funcionarios uniformados y con boinas que cubrían sus cabezas. Luego de hacerlos descender del vehículo y “cacharlos” los trasladaron a dependencias policiales.

Los familiares de Garrido iniciaron de inmediato su búsqueda, pero la tarea fue infructuosa ya que la respuesta oficial era que ninguna de estas personas estaba alojada en dependencias públicas. No obstante, el vehículo en que circulaban se encontraba estacionado en la puerta de la Comisaría Quinta ubicada en la calle Juan B. Justo de la Ciudad de Mendoza. La versión policial fue que el rodado había sido abandonado en el Parque General San Martín, de donde fue retirado por personal policial luego que un llamado anónimo.

Dos días después, los familiares presentaron un hábeas corpus en el Cuarto Juzgado de Instrucción de la Primera Circunscripción de Mendoza a cargo del Juez Enrique KNOLL, el cual fue rechazado.

La ausencia de una investigación seria y eficaz que diera con los responsables de la desaparición forzada hizo que el caso fuera presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego elevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes dictaron la primer sentencia contra la Argentina en 1996.

Por esta condena internacional el Jury de Enjuiciamiento de Mendoza destituyó al Juez de Instrucción de la causa Enrique Knoll en el año 2000 debido al mal desempeño y la omisión deliberada de investigar ambas desapariciones.

Para comprender acabadamente las circunstancias en que se produjeron los hechos, debemos recordar que los integrantes de las policías provinciales, actuando bajo control operacional de las fuerzas armadas, fueron los principales ejecutores de la ma-

sacre en el interior de nuestro país durante la última dictadura cívico-militar. Por otra parte, las leyes de “punto final”³⁹ y de “obediencia debida”⁴⁰ no sólo obstaculizaron, por más de 20 años, las investigaciones que derivaron del histórico juicio a los ex comandantes, sino que garantizaron la impunidad (penal y administrativa) de esos cuadros policiales que participaron del genocidio.

Es así que durante los 7 años transcurridos desde el retorno a la democracia, hasta principio de la década del 90, nada se había hecho para transformar la ideología represiva de las policías provinciales. Por ello no nos debería sorprender que, en esos años de democracia precaria, distintas organizaciones sociales denunciaron un gran número de graves violaciones a los derechos humanos señalando como responsables a miembros de las fuerzas provinciales de seguridad.

Estos nuevos casos poseían un patrón común: sus víctimas eran jóvenes que pertenecían a sectores especialmente vulnerables, frente al accionar violento y arbitrario de las fuerzas policiales. Todos los hechos quedaron en la más absoluta impunidad o, en el mejor de los casos, recién tuvieron avances sustantivos después de muchos años, cuando las investigaciones pasaron a manos de los Tribunales Federales.

El caso Garrido y Baigorria, es el primer caso de desaparición forzada de personas en la provincia de Mendoza en democracia y se inscribe junto a más de 30 hechos de violencia policial registrados entre 1989/1999.

Poco después de la presentación ante la Justicia Federal, la Corte IDH dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Garrido y Baigorria vs. Argentina⁴¹ donde ordenó al Estado Argentino adopte con la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a la investigación de los hechos que condujeron a la desaparición de los señores Adolfo Garrido y Raúl Baigorria y someter a proceso y sancionar a sus autores, cómplices, encubridores y a todos aquéllos que hubiesen tenido participación en los hechos. Siendo este el único punto que resta por cumplir de la sentencia de 1996.

Por lo tanto, entendemos que, con mayor razón, existe la obligación de la Justicia Federal mendocina de iniciar una investigación seria y eficaz de los hechos, que permita condenar a los responsables de estas desapariciones.

6. Conclusiones:

Comenzábamos este capítulo diciendo que la desaparición forzada de personas nos ha atravesado como sociedad durante muchos años, no solo por aquellos casos ocurridos durante la última dictadura cívico-militar sino también por hechos sucedidos

durante los primeros años de nuestra incipiente democracia.

Parecía que este delito, el más aberrante que puede existir, comenzaba a esfumarse de nuestra historia, sin embargo, el 1° de agosto desaparece Santiago Maldonado. Este joven artesano de 28 años se encontraba junto a un grupo de Mapuches cortando la ruta 40 en la Lof en resistencia Cushamen, en la provincia de Chubut.

En ese momento, solo sabíamos que la acción desenfundada de Gendarmería, que debían limitarse a desalojar de la ruta 40 por una orden judicial, se extendió más allá de la ruta y su banquina, al punto de actuar como si se tratase de una cacería de personas.

Bien señala el periodista Fernando Rodríguez que *“la intervención previsible debió haber sido que, superiores en número y en pertrechos, los gendarmes avanzaran en formación y con firmeza hasta desalojar; eventualmente, realizar detenciones y, como última ratio, efectuar disparos de posta de goma controlados, para dispersar, pero nunca para causar lesiones. El mayor poder siempre -tarde o temprano- está del lado de las fuerzas oficiales. Y nada, en la teoría, las habilita a dar una respuesta descomedida: hacerlo es lo que se conoce como represión ilegal o gatillo fácil”*.

Sabiendo de la gravedad de hechos como estos, las máximas autoridades nacionales eligieron el camino de la defensa corporativa, inventando innumerables hipótesis falsas que contaminaron la investigación judicial con la deliberada intención de desviar la responsabilidad institucional. Se investigó más a la víctima y sus familiares y amigos, que a los posibles autores.

Las graves consecuencias que esto podía generar en el resultado de las elecciones legislativas impidieron al Ministerio de Seguridad Nacional tomar las decisiones correctas: *suspender preventivamente a los efectivos que intervinieron en el desalojo, mientras avanzaba la investigación judicial, poner a disposición del juez todo el armamento y otros elementos usados, como los equipos de comunicación, los móviles, libros de novedades y secuestro, teléfonos particulares, etc., entre otras*.

Con el avance de la investigación se supo que la versión oficial, que limitaba las acciones de los Gendarmes al simple desalojo de la ruta, sin llegar al río Chubut, era absolutamente falsa. Así fueron aparecieron los piedrazos, los disparos de armas de fuego letales y la carrera de varios gendarmes hasta la vera misma del curso de agua helada donde, más de dos meses después, apareció el cadáver de Santiago Maldonado.

Ahora solo resta determinar las responsabilidades penales y administrativas de este lamentable hecho, analizar la forma de actuación de las fuerzas de seguridad en acciones de desalojo y rever los protocolos. Asimismo, corresponde a los funcionarios nacionales y chubutenses iniciar un proceso de diálogo con las comunidades indígenas del sur argentino que solucione el conflicto de un modo pacífico.

Por último, para que hechos como estos no sucedan NUNCA MÁS, es fundamental que las máximas autoridades políticas argentinas repudien enérgicamente la violencia institucional y los constantes abusos de las fuerzas de seguridad y los funcionarios judiciales investiguen seriamente y sancionen a sus responsables.

39 La ley n° 23.492 fue sancionada el 23/12/1986, promulgada el 24/12/1986 (B.O. 29/12/1986). Luego fue abrogada por ley n° 24.952 (B.O. 17/4/1998) y declarada insanablemente nula por ley n° 25.779 (B.O. 3/9/2003).-

40 La ley n° 23.521 fue sancionada el 04/06/1987, promulgada el 08/06/1987 (B.O. 09/06/1987). Luego fue derogada por la ley n° 24.952 (B.O. 17/4/1998) y declarada insanablemente nula por ley n° 25.779 (B.O. 3/9/2003).-

41 Ver: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garrido_30_08_17.pdf

Hábeas corpus preventivo y colectivo en favor de los usuarios de transporte público de pasajeros

MERCEDES DUBERTI

1. Introducción

El pasado 9 de octubre presentamos ante el 3° Juzgado de Garantías un Hábeas Corpus Preventivo y Colectivo con la finalidad de proteger los derechos de usuarias y usuarios de transporte público de pasajeros, ante la gran cantidad de “razzias” policiales que se estaban realizando en colectivos, en las que resultaban detenidas aquellas personas que no podían demostrar el pago del pasaje. Con nuestra intervención solicitamos a la Justicia que ordene a las fuerzas de seguridad que de inmediato se abstengan de realizar este tipo de procedimientos con el objetivo de detener personas por la supuesta comisión de una falta, hasta que se reglamente la expedición de comprobantes de pago del pasaje y se determine la obligación de conservarlos durante el viaje y exhibirlos a las autoridades que así lo requieran.

En este apartado sintetizaremos los puntos principales que fundamentaron la presentación, analizado los diversos motivos por los que estas detenciones son arbitrarias y constituyen actos que ponen en riesgo la libertad ambulatoria de todos los usuarios y usuarias de transporte público.

2. Las “razzias” policiales

Los motivos que fundaron nuestra intervención surgen a partir de una situación que comenzó a visibilizarse en el mes de agosto¹, cuando la Sra. Patricia Stibel fue detenida en circunstancias en que se dirigía a su trabajo como empleada doméstica, a bordo del colectivo 67. La usuaria, al no tener carga en su tarjeta “RedBus”, le pidió a otro pasajero que le abonara el pasaje de \$8,50, luego, la policía subió en uno de sus operativos y, al manifestarles lo ocurrido, le dijeron que “eso no servía” y que tenía que dirigirse a la seccional 36 de Las Heras. Allí fue alojada en un calabozo durante 7 horas junto a 15 personas y, al liberarla, le entregaron una constancia que hacía referencia a que la detención tenía que ver con el artículo 111 del Código de Faltas de Mendoza por una figura denominada “aprovechamiento malicioso del crédito”. El caso tomó estado público, y, como muchas otras situaciones de la vida cotidiana de la provincia y del país, generó un debate y una polarización de opiniones: diversos medios locales y aún nacionales se hicieron eco de la cuestión.

Así fue que hasta el mismo Gobernador de la Provincia de Mendoza fue consultado respecto del tema, quien aseguró que *“la Policía tiene la orden del gobernador de custodiar el transporte público para que no haya inseguridad y para que la gente pague el pasaje”*. Luego agregó que *“el Estado tiene que estar en esto porque, lamentablemente, hay un defecto de fondo en los contratos del transporte público, donde las empresas no tienen un incentivo para controlar el boleto del micro, dado que la empresa cobra por kilómetro recorrido y no por pasajero”*.

El mandatario también explicó que *“la Policía ha actuado correctamente, pidiéndole un comprobante, y ella no lo ha mostrado porque no lo tiene y dice que lo pagó otra persona. Es la palabra de ella contra el otro”*.²

A partir de entonces, se comenzaron a multiplicar los procedimientos e incluso se tomó una iniciativa insólita en la historia del transporte público de la provincia: aquellas unidades que están equipadas con pantallas “LED” para publicidad y esparcimiento de los pasajeros, comenzaron a emitir el siguiente mensaje: **“no pidas a alguien que pague tu pasaje”**.

El número de controles que llegaron a realizarse en colectivos, de acuerdo con declaraciones del Secretario de Seguridad de la Provincia, fue de unos 300 por semana. Esta circunstancia exponía a un gran número de personas a ser detenidas arbitrariamente en los mencionados procedimientos, por orden y con el aval de las máximas autoridades de la provincia³.

Esta situación comenzó a provocar un temor fundado y una incertidumbre gene-

ralizada en gran parte de los usuarios del transporte público local de ver obturada su libertad ambulatoria, mucho más cuando el sistema vigente no otorga al pasajero ningún comprobante impreso de haber realizado el pago correspondiente. Así, la persona que en los hechos abona su pasaje, o lo ha hecho un tercero por él pero no puede “demostrar” -en esa suerte de “juicio policial sumario”- que lo ha hecho, queda desnuda frente al despliegue arbitrario de elementos represivos, a las órdenes -también arbitrarias- de quien dirige y gobierna el uso monopólico de la fuerza en el Estado local.

Las razones -seguridad de la población y economía de la empresa- resultan insuficientes a fin de tolerar en los hechos tales procedimientos repugnantes a las disposiciones constitucionales y a los tratados internacionales incorporados a la misma.

Por los hechos mencionados, y en resguardo de la libertad de los usuarios y usuarias, se interpuso esta acción judicial en la que analizamos como esta práctica policial invierte principios constitucionales al imputar a quien viaja en colectivo sin tarjeta “Red Bus”, la falta prevista en el art. 111 inc.1 del Código de Faltas de Mendoza y procede a su detención, sin antes buscar formas menos lesivas de derechos para determinar la responsabilidad de las personas sospechadas de cometerla

3. La falta en cuestión

El artículo 111 del Código de Faltas (ley provincial n° 3.365 y modificatorias) dispone: *“Será castigado con arresto hasta treinta días:*

1) El que hiciera alojar en hoteles o posadas, el que se hiciera servir alimentos o bebidas en restaurantes, bares o cafés, o se hiciera atender en peluquerías o establecimientos análogos, con el propósito de no pagar o sabiendo que no podrá hacerlo.

2) El que en la misma situación o con el mismo propósito, se sirviera de un vehículo colectivo, coche o automóvil de alquiler”.

También prevé (art. 130), los casos en que el presunto infractor puede ser “detenido de inmediato” y “por cualquier agente de la autoridad”, incluyendo “Si fuera sorprendido in fraganti en la comisión de la falta o cuando se diera a la fuga inmediatamente después de haberla cometido.

De la descripción de la figura infraccional descripta en la citada norma, surge que el tipo objetivo que allí se delinea requiere, tanto por parte del preventor como del juzgador, la verificación de un solo extremo: **que el sujeto “se sirva” de un vehículo colectivo, coche o automóvil de alquiler**. Por servirse ha de entenderse “valerse de una cosa para el uso propio de ella”, conforme lo especifica la acepción n° 20 de la voz “servir” obrante en el Diccionario de la Real Academia Española en su edición web. Es decir: usar un vehículo colectivo, coche o automóvil de alquiler, conforme su uso *propio*: transportarse desde el lugar en que ese vehículo se toma hasta un destino.

Ahora bien: en el contexto reseñado, la sola constatación del hecho objetivo de que una persona se encuentra dentro de un vehículo de transporte público y no pueda “demostrar” que ha pagado, **no resulta suficiente a los fines de verificar la comisión de la**

¹ Diario “MDZ online”, Nota del día 22 de agosto de 2017, titulada “Pagaron pero no tenían tarjeta: detención y polémica”. Disponible en: <http://www.mdzol.com/nota/750904-pagaron-pero-no-tenian-tarjeta-detencion-y-polemica/>

² Diario “MDZ online”, Nota del 25 de agosto de 2017, titulada “Cornejo culpó a la pasajera detenida por no pagar con la Red Bus”. Disponible en: <http://www.mdzol.com/nota/751517-cornejo-culpo-a-la-pasajera-detenido-por-no-pagar-con-la-red-bus/>

³ Diario “Los Andes”, Nota del 23 de agosto de 2017, titulada “Detenidos por no pagar el pasaje de micro: ¿Qué hacer ante esta situación?”. Disponible en: <http://losandes.com.ar/article/siete-horas-presa-por-no-pagar-el-pasaje-de-micro-que-hacer-ante-esta-situacion>

falta y detener consecuentemente al presunto infractor.

En realidad, la presencia de una persona en un vehículo de transporte público implica la presunción de que esa persona abonó efectivamente el boleto respectivo, controlado previamente por el agente de la empresa de transporte que oficia no solo como chofer, sino además como autoridad de la empresa respectiva y es quien verifica que cada uno de los pasajeros realice el pago correspondiente.

Necesariamente la hipótesis infraccional en comentario queda integrada con carácter de inmanencia con el tipo subjetivo de la figura: el **“propósito de no pagar”** o el **“saber que no podrá pagar”**. El tipo subjetivo, a la vez, articula y completa el aspecto cognoscitivo del dolo requerido, de manera tal que el injusto queda configurado cuando, en la situación descripta, el pasajero: a) sabe que se ha servido de un vehículo de transporte público, auto o coche de alquiler; y, b) tiene la intención de no pagar, o sabe que no podrá pagar.

En este punto, debe decirse que **la figura en cuestión no admite la forma culposa** de comisión; el molde contravencional del artículo 111, inciso 2° sólo puede ser revestido *dolosamente*, y aún más precisamente, con *dolo directo*: integra inseparablemente la comisión de la falta la intención del autor de no pagar, o la certeza apodíctica plenamente por él percibida de que no podrá hacerlo.

Sin la verificación de ese dolo, no hay contravención ni tampoco se activa el procedimiento tendiente a constatar su comisión: cuando sólo se halla prevista la forma dolosa, la mera culpa no es suficiente para concluir en la punibilidad de la conducta seleccionada por la prevención (art. 5 del mismo Código).

De más está decir que, en un Estado de Derecho, no es dable presumir la intención delictiva de los habitantes, so riesgo de quebrantar el principio de inocencia contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional –que impone la consagración de un derecho penal de acto- a más de que tal presunción importaría sujetar las libertades de los individuos al arbitrio prejuicioso de la autoridad, situación que nuestra Constitución ha venido a disipar de una vez y para siempre, más allá de las indeseadas recaídas en el autoritarismo y en la vulneración de los derechos elementales del hombre que ha sufrido a lo largo de los años la vida institucional de nuestro país.

De esta forma, y sólo en atención al concreto tipo infraccional en estudio, **resulta ilegal la privación de la libertad de una persona por el solo hecho de que no ha podido “demostrar” que ha pagado su pasaje**, pues, como reza el artículo en vista, el aprovechamiento que exige la norma debe ser “malicioso”. Esto se acentúa mucho más cuando, como en aquellos casos que reseñó la prensa, se le ha hecho saber al agente policial que un tercero ha pagado el boleto, situación que se puede constatar a través del dispositivo electrónico que permite “leer” la tarjeta “Red Bus”. No hay elusión maliciosa del deber impuesto, si otro abona el boleto en su lugar.

En definitiva, y frente a este panorama, la orden aparentemente impartida desde las más altas autoridades provinciales a la policía local para que prive de la libertad a quienes “no hayan pagado el pasaje” no sólo no se funda en norma alguna; sino que, además, instituye al personal policial en indebido juez de la causa, en tanto le permite justipreciar en forma materialmente jurídico-judicial el vigor probatorio de la *suficien-*

cia de una “demostración” de pago que la ley tampoco exige.

Y, finalmente, tal decisión impone una selección arbitraria de los parámetros a tomar en cuenta para proceder a la detención, pues, de los casos que se han difundido por medios locales, no parece emerger una operación silogística por parte de los agentes policiales tendiente a verificar la existencia de dolo o de culpa (caso éste último, en el que no hay falta), o bien la concurrencia de alguna circunstancia que pudiera operar como causal de justificación de la conducta infraccional, como lo es el estado de necesidad evidente de quien, debiendo cumplir con la asistencia a su lugar de trabajo, no puede cargar su tarjeta “RedBus” porque no hay negocios de recarga abiertos a horas tempranas.

Cada vez que se detiene a una persona por el solo hecho de que no pueda “demostrar” que ha pagado su pasaje, con invocación del artículo 111 inciso 2° del Código de Faltas mendocino, la prevención opera sobre el cuerpo del presunto infractor en forma indebida, al activar un procedimiento a partir de **constataciones insuficientes e indebidamente selectivas** para iniciar el camino de punición estatal legítima.

4. La obligación de “demostrar” que se ha abonado el pasaje en el contexto indicado

Es de público conocimiento que los artefactos digitales colocados en los colectivos de transporte público para cobrar el pasaje no emiten comprobante alguno del pago. Ello ha generado la asombrosa idea justificatoria -difundida también por la mayoría de los medios de comunicación- relativa a que **“la única prueba del pago es la tarjeta”**.

Lo cierto es que no hay norma alguna que obligue a conservar la tarjeta “Red Bus” durante el transporte, sino sólo algunas reglas superpuestas que, bajo una forma u otra, sí obligan a pagar el viaje. Ni siquiera existen normas que impidan, dar en préstamo, o ejercer una liberalidad regalando a alguien, conocido o no, uno o más viajes en transporte público. Y, por lo demás, las contingencias que pueden ocurrir durante el recorrido son muchas: la tarjeta se puede perder, caerse; puede ser sustraída por algún hurto, se puede volar por la ventanilla, se puede romper por alguna causa; aún se puede “desmagnetizar”.

La tarjeta “Red Bus”, no obstante el valor de documento probatorio que quiere dársele, es en verdad un **mero instrumento de pago**, que podría resultar en un simple indicio de dicho pago -no necesariamente efectuado por el titular-. **No es un comprobante de pago**, como si lo son las facturas, los tickets, las facturas conformadas, las facturas electrónicas, los recibos y otras formas reguladas en las leyes comerciales e impositivas. Cada vez que un usuario de tarjeta de débito o crédito realiza un pago a través del plástico, se le entrega un ticket o una factura: no sucede lo mismo con la tarjeta “Red Bus”.

Esta circunstancia importa aceptar que el propio Estado sanciona con pena privativa de la libertad a los usuarios de transporte colectivo público de pasajeros que no abonen el correspondiente pasaje y obliga por otra parte a que ese pago se efective a través de un único y excluyente mecanismo, que no emite comprobante alguno que permita al obligado acreditar que ha cumplido con lo así impuesto. Así, se pretende,

frente a ello, sin ningún marco normativo que lo determine, que el pago se acredite con el instrumento que se utilizó para pagar.

Es decir: los usuarios quedan obligados a hacer lo que la ley manda (en el caso, abonar sus viajes con la tarjeta “Red Bus”), pero se exige que, para acreditar el cumplimiento de esas obligaciones, estén luego obligados a hacer lo que la ley no manda (acreditar el pago a través del propio instrumento de pago, aun cuando quien haya pagado haya sido un tercero que ya ha descendido del transporte).

La obligación de “demostrar” que se ha abonado a través de la tarjeta Red Bus resulta, pues, vulneratoria del principio de legalidad contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto obliga al usuario a hacer algo que la ley no le ordena: acreditar la realización de un pago a través de un medio normativamente no previsto. Y en tal sentido, las detenciones que por dicha causa realice la policía son detenciones manifiestamente ilegales.

Todo ello, sin considerar todavía que estas verdaderas “razzias” abusivas e intimidatorias someten al usuario que ha perdido, o al que le han sustraído su tarjeta, o aquél a quien un tercero ha pagado el pasaje, a la necesidad de producir una “probatio diabólica” fuera del marco de un proceso y en el mismo momento de la prevención. En estos casos, el usuario que no posee la tarjeta por cualquier causa, aun por un motivo exculpable, se encontrará imposibilitado de poder demostrar el hecho que le permitirá eximirse de la consecuencia jurídica punitiva, ya que está en la mano de otra parte (en quien ya se bajó del micro, en quien hurtó la tarjeta, en el que la encontró tirada; en fin, en innumerables hipótesis) acreditar ese extremo.

Así queda construida una suerte de encerrona que sólo parece tener por finalidad desplegar con aparato y visibilidad social el poder estatal de prevención y represión de conductas, la obtención de “detenciones” en abstracto y ciertas formas de criminalización de conductas permitidas. Se subvierte de tal modo la vigencia de las garantías que gobiernan el proceso sancionatorio y se construye, a través de acciones y omisiones provenientes del propio Estado, una “presunción de culpabilidad” que resulta refractaria a los principios básicos del Estado de Derecho y a los más esenciales pilares en los que debería encontrar apoyatura toda nuestra praxis constitucional.

5. Conclusiones

En virtud de todo lo expresado, consideramos que esta nueva modalidad de persecución penal –que se dirige sobre un determinado sector social y visibiliza el doble estándar que existe en la justicia provincial– constituye un accionar que contradice y vulnera derechos humanos básicos como la libertad personal, la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el debido proceso de quienes utilizan a diario el transporte público de pasajeros.

Tal como afirmamos precedentemente, estos procedimientos de control que se realizan en colectivos no sólo obligan al transportado a probar que ha pagado –demostración que el tipo contravencional en que se fundan no requiere– sino que, además, se le exige que lo haga a través de un medio que la ley no prevé y mediante una forma

de imposible producción. Todo ello, para resistir una injusta situación generada por el mismo Estado, quien, a la vez de no dotar al usuario de instrumentos idóneos al efecto de acreditar un acto jurídico, lo sanciona por no esgrimir esos instrumentos que no le provee.

Sostenemos que estos actos de autoridad pública implican una limitación manifiestamente ilegal y arbitraria de la libertad ambulatoria, sin sustento en orden escrita de autoridad competente y que omiten verificar la concurrencia de todos los elementos del tipo contravencional en cuestión. Su habitualidad y número, así como la cantidad de personas requisadas en cada procedimiento, sumados al estado de público conocimiento alcanzado respecto de tales ilegítimas acciones, dieron suficiente sustento fáctico para presumir que las ilegales detenciones iban a continuar sucediendo, de no mediar una imposición judicial en contrario.

Este tipo de hechos son inaceptables en un Estado de Derecho y responden a un proceso en el que se van cercenando libertades en procura de una suerte de “cambio cultural”, que en la mayoría de los casos se traduce en hechos repudiados de autoritarismo y de franca negación de los derechos individuales, aun cuando, desde el discurso, se vincule a tales actos con la estricta observancia de la ley.

PENITENCIARÍAS

Penitenciarías de Mendoza: situación actual

MERCEDES DUBERTI – PAULA VINASSA

En el presente capítulo abordaremos los puntos más relevantes de la situación carcelaria de la provincia de Mendoza durante el 2017, un año marcado por el colapso de los establecimientos carcelarios debido al gran incremento de la población penitenciaria y la implementación de reformas y políticas regresivas que tienen un gran impacto en esta realidad y posibilitan mayores vulneraciones de derechos de las personas privadas de libertad.

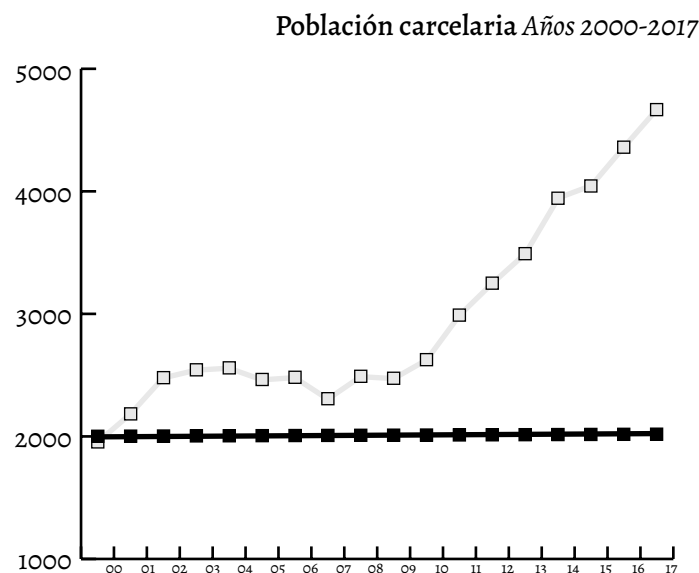
1. Crecimiento de la población carcelaria

La política criminal impulsada por el actual gobierno de Mendoza -que expresamente ha manifestado seguir la línea de “mano dura”- ha agravado la crítica situación en que ya se encontraban las cárceles, provocando un record en los índices de prisionización, y consecuentemente, un aumento desmedido de los niveles de sobrepoblación y hacinamiento en todos los establecimientos carcelarios

La cantidad de personas alojadas en penales provinciales se ha incrementado en más del 100% en los últimos 10 años y más del 15% de ese aumento ha tenido lugar en

los últimos dos años. Actualmente, la población carcelaria asciende a 4.669 personas, y si ello sumamos las 509 que se encuentran en prisión domiciliaria, tenemos un total de 5.178 personas privadas de libertad en Mendoza.¹

Evolución de la población carcelaria de Mendoza. Años 2000-2017²



Este escenario se refleja en el crecimiento alarmante de la tasa de encarcelamiento provincial: pasó de 188 personas detenidas cada 100 mil habitantes en 2012 a 268 en 2017³, superando ampliamente al promedio nacional de 168,54 personas encarceladas cada 100.000 habitantes⁴.

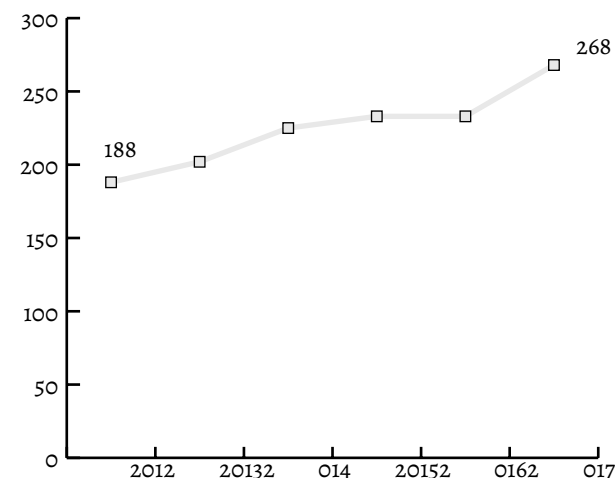
1 Fuente: Dirección General del Servicio Penitenciario. Esta información se encuentra actualizada al mes de septiembre.

2 Fuente: Xumek en base a datos del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena –SNEEP-, Dirección General del Servicio Penitenciario, Comisión Provincial para la Prevención de la Tortura – CPPT-. El gráfico no incluye personas bajo el régimen de prisión domiciliaria. Los datos del año 2017 están actualizados al mes de septiembre.

3 Conforme a las proyecciones de población del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), para el año 2017, Mendoza tiene 1.928.304 habitantes.

4 Fuente: Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Informe Anual 2015. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/3191517/informe_sneep_argentina_2015.pdf.

Evolución de la tasa de encarcelamiento cada 100.000 habitantes. Años 2012-2017⁵



El panorama provincial es la consecuencia directa de años de implementación de medidas que sostienen al encarcelamiento como única respuesta a las demandas sociales de seguridad ciudadana⁶. Así, en los últimos 15 años la población carcelaria creció a niveles inusitados y las consecuencias de esta situación son: establecimientos carcelarios ocupados por sobre su capacidad real, personas conviviendo espacios insuficientes, incremento de la violencia intracarcelaria y vulneraciones sistemáticas a derechos básicos como la salud, la educación y el trabajo.

2. Sobrepoblación

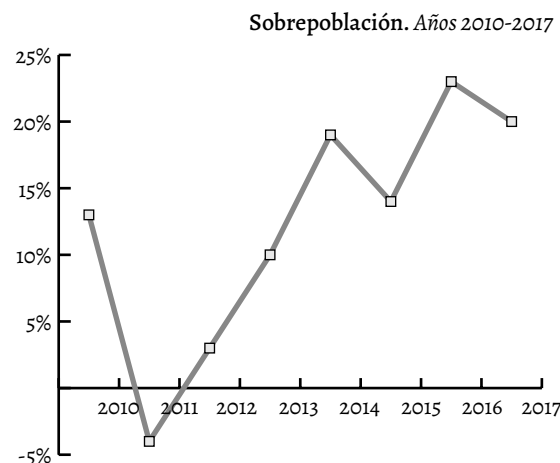
Actualmente, según fuentes oficiales, las penitenciarías locales se encuentran sobrepobladas en un 20 %, ya que con una población total de 4.669 detenidos, hay plazas para 3.888⁷.

5 Fuente: Xumek en base a datos del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena –SNEEP-, Dirección General del Servicio Penitenciario, Comisión Provincial para la Prevención de la Tortura – CPPT-.

6 Este análisis fue realizado en el Informe 2016 “Situación de los Derechos Humanos en Mendoza”, Capítulo Situación Penitenciaria, págs. 172 y ss.

7 Fuente: Dirección General del Servicio Penitenciario de Mendoza. Datos del año 2017 actualizados al mes de septiembre.

Sobrepoblación en base a la capacidad declarada por el Servicio Penitenciario Provincial. Años 2010-2017⁸

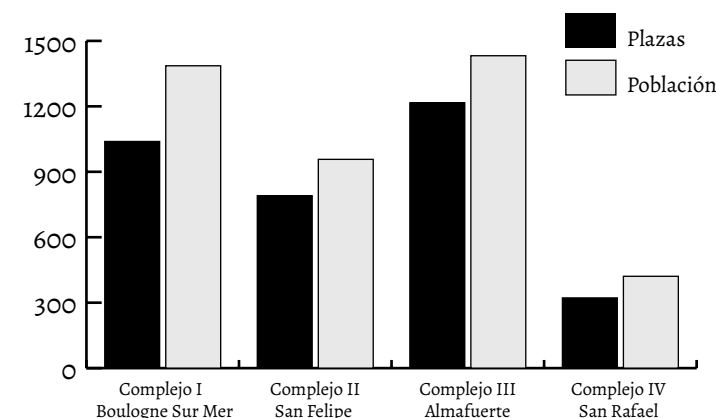


De conformidad con los datos publicados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), en el año 2010 respecto a la provincia de Mendoza, la capacidad de alojamiento era de 2.322 plazas y la sobrepoblación alcanzaba el 13%.

Desde esa fecha a la actualidad no se realizaron obras de ampliación significativas en las cárceles existentes y sólo se construyó la Unidad VII Penal "Agua de las Avispas" con capacidad para 30 mujeres. Es decir que, según los datos actuales, se incrementó, en forma irregular, la capacidad de alojamiento de los establecimientos en un 67%. Esto se realiza mediante la colocación de camastros o colchones en espacios que originalmente no estaban previstos para ello para que los índices de sobrepoblación sean ostensiblemente menores a los reales.

Por otro lado, la sobrepoblación en los complejos penitenciarios de la provincia es la siguiente:

Relación población/plazas en complejos penitenciarios. Año 2017⁹



De todos los establecimientos carcelarios de la provincia (conformados por Complejos, Unidades y Alcaldías), los complejos son los que tienen mayores dimensiones y se encuentran más superpoblados. Según los datos proporcionados, el penal de Boulogne Sur Mer tiene una sobrepoblación del 33%, le sigue la cárcel de San Rafael con 32%, luego San Felipe que se encuentran ocupado por sobre su capacidad en un 21% y finalmente Almafuerte con 18% de sobre ocupación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que *"el hacinamiento de las personas privadas de la libertad genera la fricción constante entre los detenidos y aumenta los niveles de violencia en las cárceles"*. Además, genera condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene deplorables y dificulta el acceso a derechos tan básicos como la privacidad y a las -generalmente escasas- oportunidades de estudio y trabajo, constituyendo una verdadera barrera para el cumplimiento de los fines de las penas privativas de libertad¹⁰.

3. Violencia Carcelaria

El relevamiento de información sobre situaciones de violencia en las cárceles es una tarea dificultosa. Esto se debe principalmente a la ausencia total de registro o sistematización de estas situaciones en el Servicio Penitenciario u otros organismos como el Poder Judicial.

⁸ Fuente: Xumek en base a datos del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena -SNEEP-, Subsecretaría de Justicia, Comisión Provincial de Prevención de la Tortura -CPPT- y Juzgado de Ejecución Penal N° 1. Los datos del año 2017 corresponden al mes de septiembre.

⁹ Fuente: Xumek en base a datos de la Dirección General del Servicio Penitenciario. Información actualizada al mes de septiembre de 2017.

¹⁰ CIDH, "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", OEA/Ser.L/V/II Doc 64, 31 diciembre 2011, párr. 455.

La falta de estadísticas sobre denuncias, investigaciones y sanciones impide diagnosticar la problemática con precisión. Sin embargo, para dimensionar los niveles de violencia extrema que han existido, haremos mención de un hecho ocurrido a comienzos de este año, que no debe ser entendido y analizado como una situación excepcional sino como parte de una realidad que se vive cotidianamente en las cárceles.

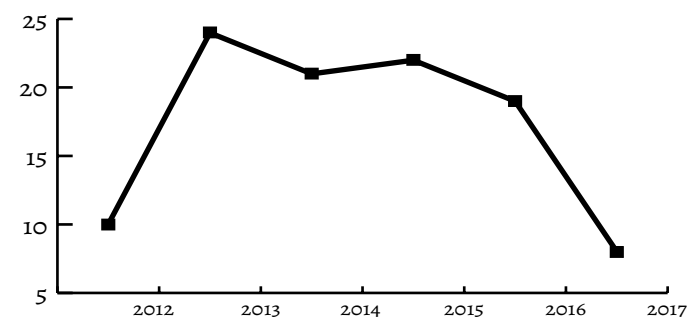
En el mes de abril, un joven de 22 años -identificado como Gustavo Marín- que se encontraba en el penal Almafuerte, fue brutalmente atacado en su sector de alojamiento. Otros detenidos lo encerraron, lo torturaron y le realizaron varios tatuajes en su rostro con una máquina de fabricación casera. Según lo manifestado por el personal penitenciario que se encontraba a cargo del módulo, advirtieron lo ocurrido varias horas después del hecho, al encontrar al joven con diversas lesiones y tuvieron que trasladarlo a un hospital¹¹.

Este hecho de violencia extrema, ocurrido en la cárcel de “máxima seguridad” de la provincia, sólo puede haber tenido lugar por provocación directa o por omisión del debido control por parte de los funcionarios penitenciarios encargados de garantizar la seguridad en el sector y por lo tanto, debe ser considerado responsabilidad del Estado.

Eso se debe a que Estado -a través de sus funcionarios- se encuentra en una especial posición de garante en relación a las personas que se encuentran detenidas. Este criterio ha sido afirmado tanto por la CIDH como por la CorteIDH en su jurisprudencia constante, e implica que “...las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia.¹² Este particular contexto de subordinación del recluso frente al Estado –que constituye una relación jurídica de derecho público –... conocida como relación de sujeción especial, en virtud de la cual el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad...”¹³.

Para continuar en el análisis de la problemática, puede ser útil también la información disponible acerca de las muertes ocurridas en contexto de encierro, que deben ser tomadas como un indicador de violencia carcelaria.

Muertes bajo custodia en Mendoza. Años 2012-2017¹⁴

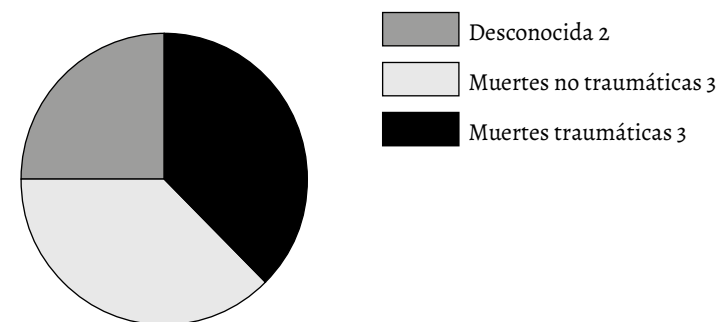


Las muertes bajo custodia solo pueden ser comprendidas, desde una perspectiva de derechos humanos, como el resultado de un conjunto de acciones y omisiones estatales, principalmente de los Servicios Penitenciarios y el Poder Judicial. En los últimos 5 años en nuestra provincia, fallecieron 104 personas que se encontraban bajo la guarda del Servicio Penitenciario Provincial.

Durante lo transcurrido de este año, fallecieron 8 personas en este contexto, las causales de muerte informadas son las siguientes:

Tipos de muerte bajo custodia en Mendoza. Año 2017¹⁵

Tipos de muerte. Año 2017



11 La Nación, “Violencia extrema en una cárcel de Mendoza: lo torturaron con una máquina de tatuar”, Nota del día 08 de abril de 2017, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/2006836-violencia-extrema-en-una-carcel-de-mendoza-lo-torturaron-con-una-maquina-de-tatuar>

12 Corte I.D.H., Asunto María Lourdes Afiuni respecto Venezuela, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 2010, Considerando 11; Corte I.D.H., Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

13 CIDH, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Año 2011, párr. 49.

14 Fuente: C.P.P.T., Informe Anual 2014-2015, Capítulo XVIII “Muertes en cárceles”, Pág. 266.; Dirección General del Servicio Penitenciario. Los datos del año 2017 se encuentran actualizados al mes de septiembre.

15 Fuente: Xumek en base a datos de la Dirección General del Servicio Penitenciario. Información actualizada al mes de septiembre de 2017.

Los fallecimientos bajo custodia pueden agruparse en tres tipos:

- Muertes traumáticas, asociadas a suicidios, golpes y heridas de armas;
- Muertes no traumáticas, donde se observan diferentes enfermedades como causas del deceso de la persona;
- Muertes desconocidas, se trata de aquellos decesos que no se han especificado por parte de la institución penitenciaria en cuanto a su causa.

Cabe aclarar que se incluyen tanto las muertes ocurridas en los diversos establecimientos penitenciarios como las que tuvieron lugar cuando la persona se encontraba en alguna instancia de libertad anticipada o prisión domiciliaria, ya que la misma se encuentra bajo la guarda y custodia del Servicio Penitenciario.

Así, 3 muertes pueden ser catalogadas como traumáticas ya que se trataron de suicidios por ahorcamiento, 3 muertes ocurrieron en situaciones no traumáticas o violentas ya que fueron informadas por el Servicio Penitenciario como “muertes naturales” en virtud de fallo multiorgánico, insuficiencia respiratoria o paro cardiorrespiratorio. Y por último, 2 fallecimientos no pueden encuadrarse en ninguna de las tipologías mencionadas ya que se indicó que la causal de muerte se encontraba a determinar.

El análisis de las causales de fallecimiento permite vislumbrar diversas prácticas que se dan en este contexto que pueden provocar o facilitar la ocurrencia de muertes: hechos de violencia institucional, falencias en la atención médica o condiciones generales que pueden generar suicidios de personas detenidas.

4. Reforma de la Ley Provincial de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad

En el mes de mayo, la Legislatura provincial aprobó un proyecto para modificar la Ley N° 8.465 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, más conocida como “Ley Petri”. Esta reforma fue impulsada por el Gobernador de la provincia, quien la presentó como una iniciativa en materia de trabajo en contexto de encierro, indicando que “se iba a obligar a los detenidos a trabajar”.

A pesar de que desde diversos sectores se objetó el proyecto por ser regresivo en diversos aspectos vinculados a la ejecución penal¹⁶, la normativa proyectada se convirtió rápidamente en ley.

Analizaremos esta reforma, la Ley N° 8.971 en relación a cinco ejes temáticos que consideramos fundamentales. Ellos son: se trata de ¿privilegios o derechos de las personas privadas de la libertad?, el rol preponderante de la víctima, la imposibilidad de tener “tiempo ocioso”, la quita de facultades a la esfera judicial y la dimensión laboral.

El análisis de estos puntos clave se centrará en la dimensión argumentativa y de sustrato que embeben a la Ley 8.971, nombrando a su vez las novedades que introduce en cada uno de ellos. De esta manera, procederemos a su análisis:

¹⁶ Ver: Observaciones al proyecto de reforma de la ley provincial N° 8465: “Ley para la resocialización mediante la educación, la capacitación y el trabajo obligatorio de los presos y participación de la víctima”, disponible en: <http://xumek.org.ar/observaciones-al-proyecto-de-ley-sobre-el-trabajo-de-los-presos/>

¿Privilegios o derechos de las personas privadas de la libertad?: este punto resulta fundamental, ya que permite vislumbrar el real fundamento de la reforma.

En realidad, el mismo surge del análisis de la exposición de motivos antes que de la ley en sí misma, aunque, claramente, está en la matriz de la ley. Y es que de la lectura de la misma se desprenden frases que refieren que las personas privadas de la libertad tienen “derechos que se asemejan más a privilegios”, que “tienen derechos que están por encima de quienes no han cometido ningún delito”, o incluso que “elevar con derechos a las personas privadas de su libertad es exacerbar aún más el sentimiento del común de la gente contra ellas”.

En verdad, la igualdad es un ideal que se alcanza a través, precisamente, de una equiparación o “igualación jurídica” de desigualdades reales. En otras palabras: la igualdad es trato igual a las y los que son iguales, y un piso más de derechos a quienes en su realidad, ya sea económica, de género, de nacionalidad, o cualquier otro factor, están varios escalones más abajo. No es extraño, pues, que la sociedad en sus normas iguale, al menos en el caso concreto la desigualdad estructural (o al menos real) que su propio accionar ha creado (claramente, en un devenir no de corto plazo puramente, sino histórico): es una responsabilidad social propender a la llamada igualdad real de una manera efectiva, que se vea reflejada en cada caso que la requiera.

Por lo tanto, estamos hablando de derechos, no de privilegios de ningún tipo. De hecho, la idea de “privilegio” es una idea históricamente asociada a clases privilegiadas, como la nobleza, y es una cuestión muy sencilla visitar un penal para descubrir que el equivalente al noble de la actualidad, no es parte de la población carcelaria: es interesante plantearse si los verdaderos privilegiados están fuera o dentro de los establecimientos carcelarios.

Lo que sucede es que se “objetiviza” a las personas privadas de libertad. No se las considera realmente personas, y es por ello que se dice que tienen privilegios y no derechos. Sencillamente, decir que tienen “privilegios” es el resultado de no poder concebir la idea de que un preso tenga derechos, y cuando ese pensamiento choca con la realidad (de que, en alguna medida, los tiene), no se puede entender que esta persona en cuestión los “merezca”. El lenguaje no es neutral: realmente se piensa que las personas privadas de la libertad no pueden tener los mismos derechos de las que no lo estamos.

Sobre el rol preponderante de la víctima: con este cambio legislativo, las víctimas pasan a tener una participación mucho más importante en el seguimiento del caso de quien se encuentra privado de la libertad. En efecto, ahora pueden participar (de hecho, son convocadas) a las audiencias incidentales. Tienen voz en las mismas y, si bien no tienen voto, el texto aclara que en caso de apartarse de esa opinión, el juez o la jueza deberán fundamentar expresamente el porqué de esa decisión.

En verdad, lo más complicado en este tema es la pretendida necesidad de que el preso se “introyecte en el rol” de su víctima, lo que es, en esta ley, presupuesto para la obtención de regímenes de semilibertad o alternativas menos gravosas de ejecución de la condena y un requisito a cumplimentar en el pronóstico de resocialización.

La idea parece, de por sí, contradictoria: le estamos pidiendo que se ponga en los zapatos de la otra parte, en cierta forma. Le estamos pidiendo no solo que se introyecte en un rol sino que cambie de rol, a través de un cambio en su manera de pensar. Esto

responde, sin duda, a un esquema en el cual quien padece una pena privativa de la libertad necesariamente es “malo” y tiene que cambiar; lo más interesante es: ¿hasta qué punto?

En un Estado de derecho, políticamente liberal y democrático, no se les puede exigir a las personas que cambien su manera de ver el mundo y de pensar. Se puede regular el interactuar y pueden sancionarse las conductas en cuanto tengan entidad lesiva para otros integrantes de la sociedad. Pero, en un Estado de estas características la responsabilidad es por el hecho; lo contrario implicaría caer en un derecho penal de autor, que no juzga a la persona por lo que hace, sino porque “es peligrosa”.

Sobre la imposibilidad de tener “tiempo ocioso”: este punto es también uno de los álgidos en cuanto al porqué de la reforma. Deriva del hecho de que se imponga el trabajo como obligatorio (como se mencionó, es el objeto principal de la reforma al menos en su presentación a la sociedad); esto es: se impone el trabajo obligatorio porque es inconcebible la imposibilidad de tener tiempo ocioso.

En la exposición de motivos, se dice en cuanto a la ociosidad que esta es permisible fuera del contexto de encierro, que ésta puede ser voluntaria, pero eso no es así dentro de la cárcel. Volvemos a los primeros interrogantes, en el sentido de que los pretendidos “privilegios” de las personas privadas de la libertad, tan solo son los derechos que le corresponden a cualquier persona por el simple hecho de serlo.

Relacionado con esto, viene a colación el argumento, puesto de manifiesto también en la exposición de motivos, de que “la carencia de actividad va quitando valor y respeto por quien se encuentra en esa situación”, para luego decir que “ese irrespeto se traslada a la sociedad”.

Es importante aclarar que no es el Estado el que le da o no valor a las personas, según se ajusten o no al modelo moral que se pretende imponer como superior. Decir que una persona “pierde valor” es terrible, y se condice con otras estructuras lingüísticas que ya hemos analizado. “Privilegios” en vez de derechos, “privilegios” que elevan de categoría a alguien que ha perdido valor. No parece propio de un Estado de Derecho que recepte la igualdad, y esté basado en vínculos de solidaridad y tolerancia en la imposición de sanciones.

Sobre la quita de facultades al Poder Judicial, y su correlativo pase de funciones a la esfera administrativa: este es también un punto de relevancia; dado que el Poder Judicial ha intentado ser un poco más impermeable a las designaciones que conforman a la voluntad política de turno, teniendo en sus filas personas que deben rendir y ganar un concurso para ocupar ese cargo. La quita de facultades a la esfera judicial, provoca que las decisiones tomadas sean más parciales y fácilmente direccionables.

Lo que hace la ley 8.971, como surge de la lectura del articulado y la exposición de motivos, es tratar de zanjar esta discusión a través de dos ejes principales. El primero es la necesidad de que una ley le dé competencia al Juez de Ejecución para decidir sobre tal asunto. El segundo, la idea de que la normativa de origen internacional debe hacer un “juego armónico” con el orden interno: se debe “mantener” el orden interno (idea que, desde el caso “Fontevicchia” en este último año, sabemos que esconde aristas engañosas).

El problema de la tesis defendida en esta ley es que, en verdad, la normativa convencional tiene jerarquía constitucional, lo cual ha enriquecido de enorme manera nuestros derechos y su aplicación en el caso concreto, es decir, a nuestra jurisprudencia; logrando así una integración normativa que entiende de manera “amplia” a los derechos, y propendiendo a una aplicación judicial de las mismas características: que no restrinja los derechos, que los comprenda en toda su extensión.

Cabe destacar que, además, gran parte de esa normativa hace a temas de incommensurable trascendencia, que toman un cariz de total urgencia si miramos las condiciones de un penal: los derechos humanos. La pregunta es qué casos (y de qué gravedad humana) van a quedar fuera del alcance del Juez de Ejecución.

Sobre la dimensión laboral: si bien la ley reconoce el derecho a un “salario justo”, ella misma lo desvirtúa con sus excepciones.

Primeramente, se prevé la imposición de una hora por día de tareas obligatorias de limpieza –actividad que en ámbito carcelario se conoce como “fajina”- las cuales no generan obligación de pago: deben ser realizadas obligatoria y gratuitamente.

Luego, se establece que si el trabajo se realiza para el Estado o para una institución de bien público, en vez de un salario se recibe una *suma no remunerativa denominada peculio*, del cual las víctimas podrían cobrar su indemnización, ya que la misma es ejecutable sobre sumas no remunerativas.

Además, se reconoce el derecho a percibir el mismo salario que en la vida fuera del penal en el caso de que se trabaje para una empresa privada, agregando: “siempre que sea compatible con su situación jurídica”. Por último, habilita a que se efectúen descuentos de hasta un veinte por ciento si existieren daños a los bienes del estado o de un tercero.

Del análisis del panorama, vale hacer algunas aclaraciones. El trabajo surge de un contrato, un contrato es un acuerdo de voluntades. Es decir, surge de una decisión voluntaria, por ello la prestación de servicios sin el consentimiento de quien los lleva a cabo se suele llamar esclavitud, he ahí el gran problema de hablar de “trabajo obligatorio”.

Pero además, la posibilidad de pagar con sumas no remunerativas o efectuar una serie de descuentos automáticos no da ningún tipo de garantía a quien presta servicios: parece, otra vez, que percibir un sueldo por una actividad que se elige desempeñar voluntariamente, libremente, es otro “privilegio” para quien está privado o privada de su libertad.

Para concluir, debemos recalcar que los derechos humanos son para todas las personas tengan la condición que tengan, no puede haber personas con menos valor que otras, no existen los privilegios, o este tipo de terminologías a las que la exposición de motivos hace referencia. Existen simplemente personas con valor y derechos por el simple hecho de serlo y esta es la idea fundamental debería embeber a toda la legislación y la práctica jurídica. Especialmente, en los ámbitos históricamente cuestionados como los establecimientos donde se cumplen penas privativas de la libertad, que merecen un enfoque y protección particulares.

Que el mismo Estado no pueda encarar estas situaciones de extrema vulnerabilidad

con una perspectiva que tienda a comprender el valor intrínseco de todas las personas, y, por lo tanto, reconozca sus derechos fundamentales, preocupa y hace temblar los pilares de nuestro Estado de Derecho.

5. Algunos datos relativos al trabajo en contexto de encierro

Más allá de las consideraciones realizadas en el punto precedente, estimamos que la reforma en diversos puntos denota un total desconocimiento de la realidad carcelaria de la provincia: principalmente porque no se hace referencia alguna a que el bajo porcentaje de detenidos que accedían a un trabajo se debe a la falta de cupos laborales que el Servicio Penitenciario les ofrece. Quienes recorremos las cárceles sabemos, a diferencia de la creencia popular, que las personas privadas de libertad siempre están dispuestas a trabajar y a participar de todas las actividades educativas o recreativas que se les propongan.

Al mes de marzo de 2017, tan sólo 359 personas -lo que representaba el 8%¹⁷ de la población penal- tenía un trabajo en el marco de talleres laborales propios del Servicio Penitenciario o talleres productivos de empresas privadas, en los que se desarrollan labores de carpintería, herrería, imprenta, totora, mimbrería, zapatería, colchonería, producción textil, de macetas, entre otros oficios¹⁸. Otros tantos, tenían la labor de “fajinar” sus lugares de alojamiento, módulos y patios, actividad que puede considerarse más recreativa que laboral y por la que perciben una remuneración ínfima (\$1.80 aproximadamente por día).

Los talleres laborales se desarrollan bajo la capacitación de personas con conocimiento de los oficios y las horas de trabajo son 20 semanales en promedio en talleres propios y 30 horas semanales en los talleres productivos de empresas privadas.

En relación a la remuneración percibida, la metodología en talleres propios corresponde al trabajo a destajo, lo que significa que la persona cobrará un porcentaje del producto fabricado, que luego es comercializado. Las empresas privadas utilizan una metodología similar, pagan un determinado valor por pieza producida.

Con posterioridad a la implementación de la reforma, el Servicio Penitenciario ha informado que son 1492 las que acceden a trabajo remunerado en los diversos establecimientos carcelarios, lo que representa un 32% de la población privada de libertad en total.¹⁹

Si bien debe reconocerse un notable aumento en la cantidad de cupos laborales y actividades ofrecidas a las personas detenidas, no puede dejar de mencionarse que existe una notable discriminación en relación a la remuneración percibida. Sobre este

punto, el Servicio Penitenciario ha informado que los fondos aprobados como presupuesto general de este organismo han sido insuficientes para abonar las remuneraciones a quienes trabajen conforme a los montos y obligaciones impuestas por la normativa de ejecución de la pena. Por ello, si bien se pagan montos en concepto de jornales a ningún trabajador se le han realizado aportes y contribuciones de la Seguridad Social sobre la remuneración percibida.

Este dato indica que el trabajo en las cárceles además de ser un privilegio al que no todas las personas detenidas acceden, nunca se les ha pasado -ni se les paga actualmente- lo que corresponde por ley, no cobran sueldo anual complementario, no cobran por vacaciones, no cuentan con los elementos correspondientes en seguridad e higiene ni con ningún mecanismo de defensa de sus derechos.

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el Hábeas Corpus “Penitenciarias de Mendoza”

El pasado 10 de agosto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró improcedente el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por el ex Procurador General, Dr. Rodolfo González, contra el fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en los Autos N° 13-03815694-7 caratulados “Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciaria de Mendoza)”.²⁰

En diciembre de 2015, la Corte provincial²¹, hizo lugar al Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo que presentamos junto al Procurador de las Personas Privadas de Libertad y el Comité Local para la Prevención de la Tortura, denunciando los altos de índices hacinamiento constatados en los establecimientos penitenciarios y la falta de aplicación de estándares internacionales relativos a la procedencia y plazo de duración de la prisión preventiva. El fallo ordenaba diversas medidas para dar cumplimiento a estos estándares y regularizar la situación procesal de las personas detenidas sin orden de juez competente.

A pesar de la importancia de lo resuelto, el ex Procurador General de la provincia recurrió alegando que la sentencia era arbitraria “por exorbitar la función jurisdiccional y resultar contraria a la forma republicana de gobierno, invadiendo aspectos relacionados con la organización y el ejercicio de las funciones propias del Ministerio Público Fiscal”. El recurso fue concedido y se dispuso la suspensión de lo ordenado hasta que la Máximo Tribunal resolviera.

Un año y medio después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decidió rechazar el recurso por considerar que no existe un agravio concreto a los intereses esgri-

17 Teniendo que hay un total de 4.564 detenidos, según datos brindados por el Juzgado de Ejecución N° 1. No incluye personas bajo el régimen de prisión domiciliaria. Actualizado al mes de marzo de 2017.

18 Datos brindados por la Dirección General del Servicio Penitenciario de Mendoza. Informe del 01/02/17.

19 Datos brindados por la Dirección General del Servicio Penitenciario de Mendoza. Informe del mes de septiembre de 2017.

20 Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo, interpuesto el 30 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2015/10/HC-Correctivo-Colectivo-Penitenciar%C3%ADa1.pdf>.

21 SCJMza, Autos N° 13-03815694-7 “Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciaría de Mendoza)”, Sentencia del 23 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2015/12/Autos-N%C2%BA-13-03815694-7-Habeas-corpus-correctivo-y-colectivo-Penitenciar%C3%ADa-de-Mendoza.pdf>.

midos por el representante del Ministerio Público. Así, considera que “(...) el apelante no logra demostrar que las medidas adoptadas por la máxima autoridad judicial de la provincia para intentar paliar la gravedad de la situación denunciada por los accionantes (...) ocasionen al órgano que representa algún perjuicio que no pueda ser invocado por los fiscales competentes ante las instancias locales.”

Además, se afirma que el caso no reviste gravedad institucional y que “(...) los riesgos que el recurrente estima directa e inmediatamente aparejados a su dictado y cuya aparición intenta prevenir resultan meramente conjeturales y no demanda la actuación de esta Corte (...)”.

Resulta importante destacar que, al menos, tres Jueces penales de la provincia ya hicieron suyos los argumentos vertidos en la sentencia confirmada por la Corte Nacional para exigir el cumplimiento de los estándares relativos a procedencia y plazos legales para la detención de una persona.

Así, el Primer Juzgado Correccional de la 3° Circunscripción Judicial de Mendoza, declaró la inconstitucionalidad del art. 417 del Código Procesal Penal ya que posibilita el dictado de detenciones sin el inmediato y necesario control jurisdiccional de un Juez imparcial considerando, a la luz de los razonamientos postulados en el fallo, que se traduce en un régimen de coerción personal incompatible con normas de rango superior.²²

Estas decisiones obligan al dictado de una nueva resolución por parte de la Corte Provincial para determinar el alcance de la sentencia en relación a las reformas posteriores que se hicieron en el Código Procesal Penal de Mendoza, las cuales en muchos casos se apartaron de los principios establecidos en el fallo de diciembre de 2015.

En aquella oportunidad, junto a la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, sostuvimos que algunos puntos de la reforma en materia de prisión preventiva vulneraban normas establecidas en la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Argentina, además de ser contrarias a la jurisprudencia de la Corte Provincial, Nacional y a los criterios de la CIDH y la Corte IDH. Sin embargo, no se nos permitió participar en la Comisión Legislativa que analizaba el proyecto de reforma.

La irresponsabilidad de los poderes políticos al momento de reformar normas fundamentales sin permitir la participación y el debate, resultan de una gravedad institucional que provocan un daño innecesario a muchos justiciables por la absoluta soberbia de quienes detentan el poder.

7. Conclusiones

Actualmente, la provincia de Mendoza está atravesando un momento político que ha tenido una marcada incidencia en la Justicia, fundamentalmente en materia penal: en aproximadamente un año y medio de gestión, se realizaron cerca de una decena

de reformas al Código Procesal Penal (Ley 6.730). Estas reformas tienen un tinte particular, tradicionalmente conocido como “mano dura”: en una presunta búsqueda de mayor celeridad en la justicia, se confunden los roles y se le pide al Poder Judicial que implemente no una correcta solución al caso concreto sino más bien “políticas públicas”, asignándole a los Tribunales funciones y responsabilidades que no les son constitucionalmente propias.

En este escenario, se han dado situaciones particularmente complejas. Con la flexibilización de los requisitos de procedencia de la prisión preventiva; un pabellón del penal de Boulogne Sur Mer llegó a tener más de 370 detenidos (que, dicho sea de paso, no tiene por lejos la capacidad física para alojar esa cantidad de personas).

La situación de superpoblación carcelaria resulta preocupante y ya le ha valido a Mendoza estar en la mira de los órganos del Sistema Interamericano. Las consecuencias de esta problemática ya se han comenzado a sentir en las cárceles provinciales: en el mes de junio en esa misma cárcel, cerca de 300 personas privadas de la libertad llevaron a cabo una huelga de hambre en razón de las deplorables condiciones en que se encontraban alojados²³.

Las reformas legislativas que “endurecieron” el sistema penal y la restricción de la capacidad de otorgar libertades junto al funcionamiento deficiente de las burocracias penales y los discursos punitivos de actores políticos y medios de comunicación -que en muchos casos se transforman en presiones para la Justicia- han tenido un gran impacto la situación penitenciaria y contribuyen, día a día, a mayores vulneraciones de derechos de las personas privadas de su libertad.

²² Primer Juzgado Correccional, Autos N° P-60.555/17 caratulados “F. C/TERRAZA DIAZ, MARIO ALBERTO P/DESOBEDIENCIA”, Resolución del día 14 de agosto de 2017.

²³ Ver: <http://www.diariouno.com.ar/policiales/mas-300-presos-realizan-una-huelga-hambre-boulogne-sur-mer-20170602-n1408911.html>

La superpoblación como problema histórico en la Argentina

ARIEL CEJAS MELIARE¹

La superpoblación ha sido un problema que se ha presentado de manera sostenida en las cárceles argentinas en los últimos 20 años. Con el auge de las medidas securistas y vinculadas con cierta demagogia punitiva, que plantean la restricción de acceso a institutos de soltura anticipada o las restricciones para la concesión de excarcelaciones, este problema se agrava.

La situación tiende siempre a ser más grave en la Provincia de Buenos Aires (en adelante PBA) por la gran cantidad de detenidos en dicha jurisdicción (más de la mitad del total del país) pero el problema no resulta ajeno a las cárceles federales. La Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante PPN) viene denunciando el incremento de la población reclusa y la ausencia de medidas efectivas por parte del Estado para fijar cupos carcelarios respetuosos de la dignidad humana.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido ocasión de expedirse en un caso colectivo que llevó a su conocimiento el problema de la superpoblación de las co-

¹ Director General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

misarías de la PBA y las graves violaciones a los derechos de los reclusos que esto trae aparejada. En la causa *Verbitsky s/ habeas corpus*, en el año 2005, la Corte estableció algunas cuestiones interesantes a tener en cuenta cuando analizamos este problema.

En primer lugar, es interesante destacar que la Corte en su fallo se dirige a los tres poderes del estado, en el entendimiento de que los tres son responsables al menos de no hacer lo suficiente para resolver el problema.

Por otra parte, la Corte establece que las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos” hoy Reglas Mandela, son los estándares que el sistema penitenciario bonaerense debe alcanzar, y realiza una extensa cita de normativa de derecho internacional de los derechos humanos e incluso de fallos. Esta invocación de estándares internacionales de derechos humanos resulta un avance significativo a pesar de que de la lectura del fallo no termina de quedar claro si esta es o no vinculante.²

En definitiva, del caso *Verbitsky* surgen estándares claros en la materia y además un rol asumido por la Corte de intervenir en casos donde se vulneran derechos colectivos y donde en definitiva está en juego la responsabilidad internacional del estado.

A su vez, en el caso Penitenciarias de Mendoza, tanto la CIDH como la Corte IDH establecieron medidas para paliar la situación de violencia y vulneración de derechos, entre las cuales considera medidas para evitar el hacinamiento y la superpoblación y exige al estado la presentación de un plan acorde con los estándares internacionales.³

En ambos casos se insta al estado a trabajar sobre estrategias que resuelvan y prevengan el problema de la superpoblación y a generar un programa de política criminal respetuoso de los estándares de derechos humanos.

El aumento de la población privada de libertad en Argentina es un fenómeno muy preocupante que se constata en las últimas dos décadas. En los años más recientes, luego de cierto estancamiento entre 2004 y 2008, a partir de 2009 crece sin cesar y no sólo en aquellas provincias que históricamente han registrado los índices de encarcelamiento más altos, sino que es un proceso que se ha replicado en la mayor parte de los servicios penitenciarios locales.

Los datos de SNEEP 2015⁴ indican que en el conjunto de las cárceles provinciales de Argentina había un porcentaje del 9,2% de superpoblación, pues la capacidad declarada era de 56.020 plazas, mientras que había 61.190 detenidos en establecimientos penitenciarios, a los que hay que sumar las personas privadas de libertad en comisarías y otros lugares de detención no penitenciarios.

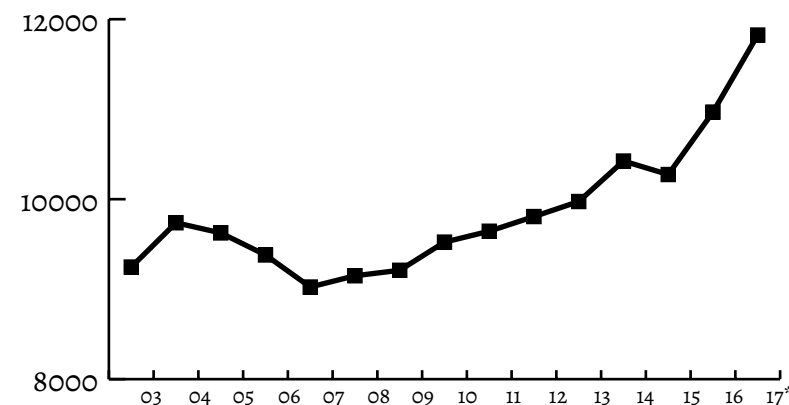
1. La población reclusa en el sistema federal

Según la información de las últimas estadísticas penitenciarias disponibles (SNEEP 2015), a diciembre de 2015 en el Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF) no

existía sobrepoblación, pues se declararon 11.277 cupos, habiendo 10.274 personas encarceladas.

No obstante, la población carcelaria ha seguido en aumento, y en la actualidad nos encontramos ante un nuevo récord histórico de personas detenidas, pues nunca el SPF había encarcelado a tantas personas. Para fines de septiembre de 2017, la población detenida en cárceles federales se ha incrementado hasta 11.824 personas⁵.

Evolución histórica de la población alojada en el Servicio Penitenciario Federal



(2003-2017)

Fuente: Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena

*Para 2017 se consignó la síntesis semanal de población del SPF del 29 de septiembre de 2017

Además, desde los primeros meses de 2017 se registra sobrepoblación en el SPF tomando en cuenta las cifras de capacidad declaradas por la propia agencia penitenciaria. Según la síntesis semanal del SPF, del 29 de septiembre de 2017, había un total de 11.824 presos y un cupo declarado de 11.128 plazas.

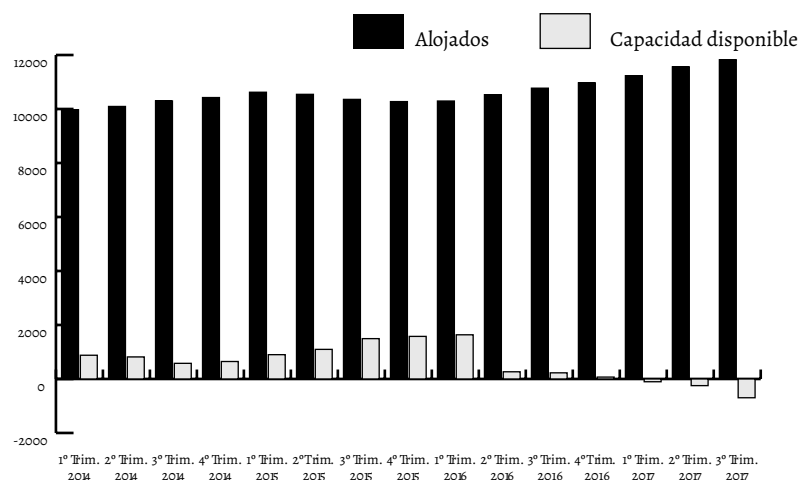
2 CELS, “Colapso del Sistema carcelario”. Temas para pensar la Crisis, Siglo XXI, 2004.

3 <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-66177-2006-04-28.html>

4 Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/3191517/informe_sneep_argentina_2015.pdf

5 Síntesis semanal de población del SPF del 29 de septiembre de 2017.

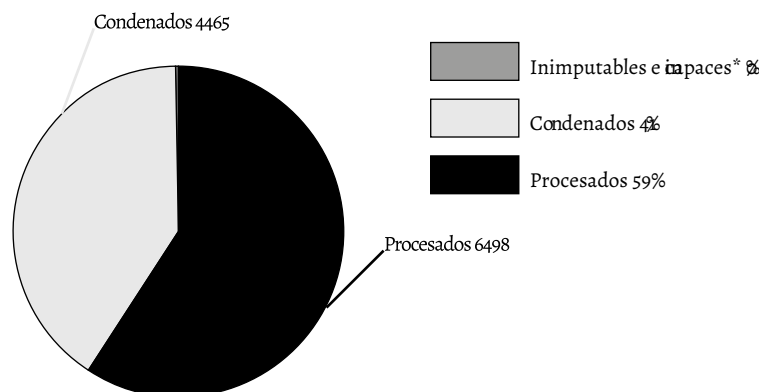
Evolución trimestral de la población alojada y de la capacidad de alojamiento disponible declarada en el SPF (2014 - 2017)



Fuente: Base de Datos de Población y Alojamiento en el SPF de la PPN.

Estos datos deben ser leídos teniendo en cuenta que el sistema penitenciario federal aloja mayoritariamente a personas sin condena (el 59% de los detenidos están sometidos a prisión preventiva, mientras que sólo el 41% tiene una condena firme).

Población alojada en el SPF según situación legal (2016)



Fuente: Síntesis Semanal de Población del SPF correspondiente al 31-12-16

* Art. 34 Inc. 1 C.P. y art. 77 C.P.P.N.

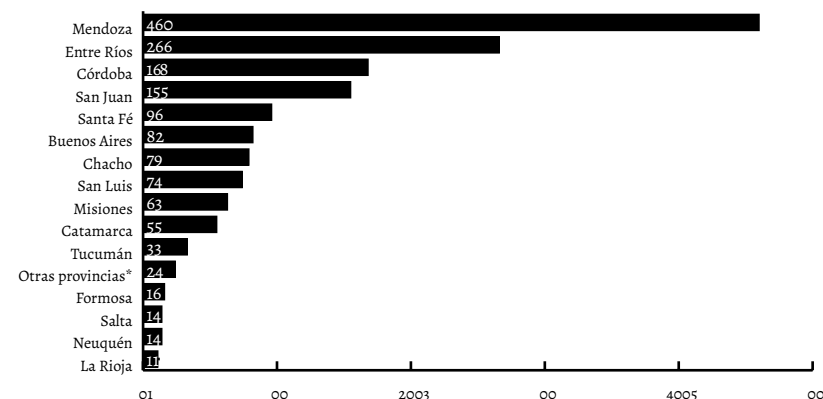
Ello es extremadamente grave y pone de manifiesto un funcionamiento absolutamente deficiente del sistema de justicia penal.

Debemos señalar que los datos anteriores no incluyen a los presos federales que se encuentran alojados fuera del SPF, ya sea en cárceles provinciales o en alcaldías, comisarías u otros centros de detención no penitenciarios. Por lo tanto, a ello hay que añadir el conjunto de detenidos por orden de la justicia nacional o federal alojados en establecimientos provinciales, como así también, las personas detenidas en otros ámbitos federales como escuadrones de Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, comisarías de la Policía Federal, y en los Institutos de Menores e Institutos Psiquiátricos.

Para diciembre de 2015, los presos federales en cárceles provinciales ascendían a 1.612 personas. No hay datos más actualizados para todas las provincias (aún no se encuentran disponibles las estadísticas de SNEEP 2016), pero en algunas la PPN tiene conocimiento del incremento de la cifra de presos federales, como en el caso de Tucumán, que en el mes de agosto de 2017 tenía en sus cárceles 85 presos federales. Otro caso emblemático es la provincia de Mendoza que concentra la mayor cantidad de presos federales fuera del Servicio Penitenciario Federal, llegando a la suma de 501 detenidos al mes de septiembre de 2017; ello conforme los datos propios de la Delegación Cuyo de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

Presos federales en cárceles provinciales (SNEEP 2015)

Fuente: Elaboración propia en base a SNEEP 2015



*Otras provincias corresponde a Corrientes, Chubut, La Pampa, Río Negro, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego que alojan a menos de 10 presos por provincia. Jujuy no cuenta a diciembre de 2015 con presos federales en sus cárceles provinciales.

2. La falta de criterios objetivos para establecer el cupo carcelario

Pero la discusión de la sobrepoblación, no debemos solo ceñirla a la cuestión de nú-

meros sino que debemos tener presente que en las cárceles argentinas no se cumplen normativas internacionales y constitucionales en cuanto a metros cuadrados, luminosidad, ventilación etc., que llevarían a determinar que la sobrepoblación es mucho mayor a la que reflejan los números oficiales.

Por ello, no basta la sola indicación —sin ningún fundamento adicional— de la cantidad de personas que pueden ser alojadas en un establecimiento carcelario para poder establecer si ese lugar está sobrepoblado o no. Una correcta evaluación de la capacidad real del sistema carcelario requiere hacer explícitos los criterios utilizados para establecer la cantidad de plazas y verificar la correspondencia de esas pautas con los estándares legales.

En las cárceles federales resulta notoria la falta de criterios claros para determinar el cupo carcelario. Esta circunstancia resta verosimilitud a los diagnósticos oficiales acerca de la sobrepoblación y pone en evidencia la discrecionalidad y arbitrariedad de las autoridades encargadas de fijar la capacidad de los distintos lugares de encierro.

Por ello, la Procuración Penitenciaria ha presentado ante el Congreso de la Nación un proyecto de Ley de Cupos, denominada “Ley para la Acreditación Funcional de Establecimientos para la Privación de la Libertad y Control de la Superpoblación” con el fin de establecer un mecanismo para la definición de criterios objetivos de las capacidades de alojamiento en las prisiones y poner en marcha un sistema de alertas que derive en intervenciones articuladas entre diversas agencias estatales cuando los establecimientos se acerquen a completar sus capacidades declaradas. Asimismo, debiera puntualizarse que la ocupación de un establecimiento carcelario por encima del número de plazas establecido está especialmente prohibida en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, actualmente “Reglas Mandela”

La superpoblación es un mal estructural de nuestro sistema penal y puede constituir, en ciertos casos, ella misma un acto de tortura. La libertad ambulatoria no es lo único que limitamos al castigar a otro. Recortamos todos sus derechos, imponemos dolor, humillación y sufrimiento. Y aunque afirmamos que el castigo institucional no puede ser nunca una venganza oficial incontrolada, sabemos que nuestra cárcel es un dispositivo de respuesta al crimen tan estruendosamente inútil como descarnadamente cruel.

Esta es una de las razones fundamentales también de la propuesta legislativa. Por supuesto que no negamos la conflictividad social, ni la violencia que algunas personas desatan sobre otras, privándolas de bienes esenciales, pero parte de la urgente necesidad de reflexionar acerca de la forma en que reaccionamos frente a las ofensas más graves.

El trato que le damos a quien cometió una falta, dice algo acerca de la persona del infractor, pero también dice mucho acerca de la comunidad que tenemos, de nuestra indiferencia frente al dolor ajeno y sobre nuestros propios límites frente a la dignidad de cada uno y de nuestra idea de justicia. Tenemos las cárceles que nos merecemos, que son un reflejo de lo que predicamos. Si queremos realmente un Estado de derecho debemos poner límites, debemos cambiar.

La cuestión de la superpoblación y de la tortura asociada, sin embargo, no ha recibi-

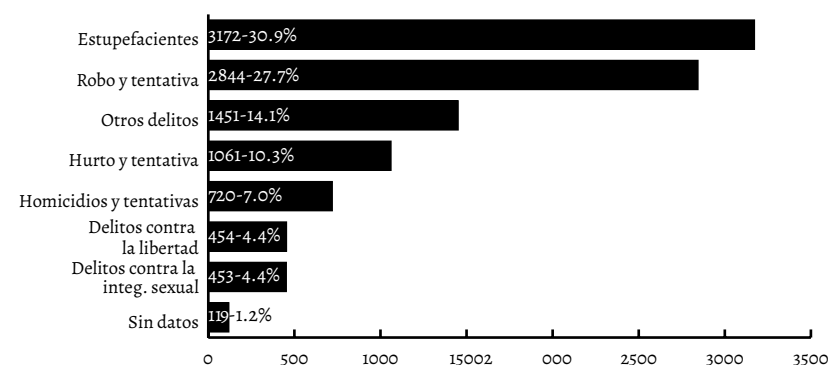
do aún adecuado tratamiento legislativo. Existen algunos proyectos presentados, tanto a nivel federal como provincial, pero en general no hemos podido llegar a acuerdos políticos sólidos que encuentren expresión en una ley.

Y en algunos casos, no hemos logrado concientización de la magnitud y gravedad del problema. No hemos logrado siquiera, que ciertos temas reciban aunque sea un tratamiento en comisión. Confío en que esta vez lograremos ser escuchados y comenzar así un debate apropiado.

3. ¿Hacia dónde nos dirigimos?

A la alarmante situación actual de incremento carcelario hay que agregarle que la sobrepoblación va a empeorar aún más —pudiendo incrementarse hasta un 40%⁶—, como consecuencia de la aprobación de la ley 27.375 modificatoria de la Ley de Ejecución Penal 24.660 y del art. 14 del Código Penal, ya que la reciente reforma limita todo egreso anticipado —tanto las salidas transitorias y laborales como la libertad condicional y asistida— para la mayor parte de los delitos por los que son encarceladas las personas en el ámbito federal. Llegando al absurdo de que —en virtud del nuevo art. 14 del CP— personas condenadas por delitos no peligrosos, como la infracción a la ley de drogas (23.737), no puedan obtener la libertad condicional al cumplir los dos tercios de su condena. Solamente este delito implica más del 30% de la población penal en cárceles federales (el 30,9% según SNEEP 2015).

Distribución de los detenidos alojados en el SPF según tipología delictiva



Fuente: Elaboración propia en base a SNEEP SPF 2015.

Esta modificación contraviene los estándares constitucionales de resocialización y

⁶ Previsión manifestada por autoridades del SPF en reunión con la PPN, Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación, Sistema Interinstitucional de Cárceles y el Ministro de Justicia de la Nación el día 26 de septiembre de 2017 en la sede del Ministerio de Justicia de Nación.

reinserción social de los penados contenidos en la actual Ley de Ejecución, los cuales fueron reconocidos tanto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y están previstos como finalidad de las penas de prisión en las “Reglas Mandela”, que constituyen la normativa de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

La reinserción social se instrumenta mediante un régimen de progresividad de las penas que tiende a la progresiva reincorporación del condenado a la sociedad: No obstante, la reciente reforma va en dirección opuesta, pues impide este retorno progresivo del condenado al medio libre. Establece un cumplimiento íntegro de la pena para la mayoría de los condenados, quienes tras un largo período de encierro carcelario, serán puestos en libertad en forma abrupta, sin el acompañamiento y supervisión del Patronato de Liberados previsto en la actualidad para el instituto de la libertad condicional.

Desde la Procuración Penitenciaria sostenemos hace tiempo que el agravamiento de las condiciones de cumplimiento de las penas no conlleva una mejora en la seguridad pública. El endurecimiento de la legislación penal y el incremento de la población reclusa no conducen a mayor seguridad. La reforma legal aprobada probablemente generará una situación de emergencia carcelaria y sobrepoblación incontrolable.

Entre los efectos más graves de la sobrepoblación carcelaria se destaca el hacinamiento y la falta de privacidad; el deterioro edilicio y material; la degradación de las condiciones higiénico-sanitarias; la imposibilidad de acceder a trabajo, educación, actividades recreativas así como de mantener los vínculos familiares y sociales; la deficiente alimentación y atención a la salud; tortura, malos tratos y el incremento de la violencia intra carcelaria; el contagio de enfermedades, etc.

Para hacer frente a ello, la Procuración Penitenciaria presentó en 2013 y nuevamente en 2017 un proyecto legislativo (“Ley para la Acreditación Funcional de Establecimientos para la Privación de la Libertad y Control de la Superpoblación”) con el fin de establecer un mecanismo para la definición de criterios objetivos de las capacidades de alojamiento en las prisiones y poner en marcha un sistema de alertas que derive en intervenciones articuladas entre diversas agencias estatales cuando los establecimientos se acerquen a completar sus capacidades declaradas.⁷

Considerando las gravísimas vulneraciones de derechos que produce la sobrepoblación, y la obstaculización que representa para la reinserción social de las personas detenidas, resulta indispensable la adopción de medidas por parte de los diversos actores estatales implicados. Esta Procuración Penitenciaria reitera la importancia de que el Estado argentino avance en una reforma democrática de las instituciones de encierro que se encuadre en el respeto de los derechos humanos, y ello no será posible con una situación de cárceles sobrepobladas.

⁷ <http://www.ppn.gov.ar/?q=Proyecto-de-Ley-para-la-acreditacion>

La prevención de la tortura en Argentina: ausencia de políticas eficaces²

MARÍA EVA ASPRELLA - MACARENA FERNÁNDEZ HOFMANN¹

1. Introducción

Los sistemas de encierro penal en Argentina se encuentran en una situación de crisis que ha sido denunciada y visibilizada principalmente por organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos que trabajan en la protección de las personas privadas de su libertad.

La existencia de patrones estructurales de violación de derechos sobre las personas detenidas en el país no es nueva, pero en los últimos años se fue agravando y exige una respuesta política enérgica. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT), en el año 2004, marcó esta situación como “*generalizada y habitual por parte de las fuerzas y*

¹ Integrantes del equipo de Política Criminal y Violencia en el encierro del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

² Los resultados acá presentados fueron expuesto en profundidad en el documento publicado por el CELS “Tortura en las cárceles: ¿por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina?” que se realizó en base a la investigación “Violencia institucional: hacia la implementación de políticas de prevención en la Argentina” llevada a cabo por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación Pensamiento Penal (APP), XUMMEK Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Coordinadora de Trabajo Carcelario (CTC).

<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/05/TorturaEnLasCarceles.pdf>

*cuerpos de seguridad del Estado, tanto en las provincias como en la Capital Federal*³. Este año ese organismo volvió a evaluar a Argentina y realizó un llamado de atención al Estado por las prácticas recurrentes de tortura, al tiempo que exigió desmilitarizar los servicios penitenciarios, condenó las situaciones de autogobierno y extorsión dentro de las cárceles que fomentan la violencia entre los detenidos y la tortura. Además, reclamó la plena implementación del Sistema Nacional para la Prevención de la Tortura como una vía para prevenir las violaciones de derechos humanos. Pese a estos pronunciamientos la situación no se revirtió y continúa agravándose.

En Argentina hay un problema grave en la producción y acceso a la información y, por lo tanto, no existen datos oficiales sobre la cantidad total de personas privadas de libertad en el país, entendida en sentido amplio de acuerdo con la definición del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura⁴. Tampoco se sabe a ciencia cierta el número de lugares, estatales y privados, que tienen personas privadas de su libertad. Sin embargo, hace años las organizaciones de derechos humanos venimos generando un diagnóstico certero sobre la situación del sistema de encierro penal de Argentina y los niveles de violencia que allí deben soportar las personas detenidas. A pesar de la ausencia de registros oficiales nacionales y provinciales, este grupo de organizaciones ha logrado desplegar estrategias tendientes a suplir la falta de información con trabajos de campo y otros registros.

La experiencia de este grupo de organizaciones y defensores de derechos humanos, basada en un largo recorrido en el trabajo de monitoreo, denuncia y promoción de políticas vinculadas con la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, sumó a la Argentina al debate internacional que generó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [PFCT o Protocolo]. Esto nos llevó a discutir con el Estado el mejor modelo posible de Sistema de Prevención de la tortura [Sistema] y de Mecanismo Nacional [Mecanismo].

Por lo tanto, desde las organizaciones de derechos humanos se asumió, como uno de sus objetivos institucionales prioritarios, llevar adelante acciones para que este nuevo dispositivo interno articule el trabajo que ya están realizando organismos estatales y no gubernamentales en distintos ámbitos, y le otorgue mayor capacidad de acción. Como parte de esta estrategia, impulsamos la conformación de un colectivo de organizaciones de todo el país, con el cual se elaboró y promovió una propuesta concreta de Sistema Nacional de Prevención, a través de un proyecto de ley que fue presentado con la firma de legisladores nacionales, representativos de las distintas fuerzas políticas, incluidos miembros del bloque oficialista. Ese proyecto fue aprobado y sancionado en noviembre de 2012 y promulgado por el Poder Ejecutivo Nacional

en enero de 2013. Desde ese momento se está desarrollando un trabajo mancomunado de incidencia para lograr la implementación de la ley de Mecanismo Nacional y de los respectivos mecanismos provinciales.

En la propuesta de creación del Mecanismo Nacional, se tuvo en cuenta el modo de potenciar todos los recursos estatales a través de su articulación, poniendo énfasis en que las visitas son solo un componente de las acciones del mecanismo. A su vez, se optó por establecer un marco legal que fije estándares para el acceso a los lugares de encierro, a la información vinculada con las personas privadas de libertad, y a la protección de las víctimas y testigos.

El Mecanismo Nacional y los provinciales, no pueden avocarse a realizar solo monitoreos a los lugares de encierro, sino que deben poder trabajar para modificar prácticas de tortura. Para eso es necesario que se discuta con los gobiernos políticas efectivas para la prevención de la tortura. El trabajo para la creación e implementación del Mecanismo Nacional también nos puso en la obligación de pensar qué es una política de prevención de la tortura, o qué cuestiones debe tener en cuenta el gobierno para poder intervenir de manera eficaz para evitar hechos de violencia institucional en el encierro.

La investigación orientada a las políticas públicas de prevención debe considerarse como una estrategia necesaria para trabajar con las administraciones provinciales y nacional cómo están gobernando los lugares de encierro.

En nuestro trabajo cotidiano debemos discutir con los gobiernos si existen o no en sus territorios políticas públicas que tengan como objetivo prevenir hechos de tortura, cómo funcionan y, ante la ausencia o deficiencia, cómo deberían ser esas políticas de prevención de la tortura.

Así es como varias organizaciones -entre las que se encuentran XUMEK y el CELS- generamos un documento⁵ que condensa varias de esas discusiones y expone los lineamientos necesarios para que una política preventiva pueda ser eficaz. Por un lado, genera un análisis breve sobre la situación actual en cuatro territorios (Santa Fe, Chaco, Mendoza y Provincia de Buenos Aires), para poder discutir los tipos de políticas existentes en las unidades penitenciarias y que son rotuladas, por los gobiernos, como aquellas orientadas a la prevención de la tortura.

La matriz de análisis que allí se plantea debe servir para poder conducir los diálogos, recomendaciones y denuncias con quienes gobiernan los lugares de encierro dentro de un marco conceptual concreto. El objetivo es evitar la dilatación de las discusiones en el momento de identificar si una política de prevención es eficaz o no y avanzar hacia la definición sobre qué medidas concretas deben adoptarse para evitar que se sigan cometiendo hechos de tortura.

³ El Comité contra la Tortura de la ONU expresó entonces su preocupación ante “las numerosas alegaciones de tortura y malos tratos cometidas de manera generalizada y habitual por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tanto en las provincias como en la capital federal”. Ver, Comité contra la Tortura, Observaciones finales al cuarto informe periódico de la Argentina, 10 de diciembre de 2004, CAT/C/CR/33/1, Párr. 6. a.

⁴ <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/protocolofacultativo.htm>

⁵ Tortura en las cárceles: ¿por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina? - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2017.

2. Situación actual de las cárceles en Argentina

En términos generales, al observar la situación de las cárceles argentinas se advierte un incremento continuo de la población carcelaria. Entre 1997 y 2015 la población privada de la libertad en la Argentina creció de manera sostenida. En 1997, había al menos 29.690 personas detenidas en unidades carcelarias y en diciembre de 2015, 72.693⁶. Es decir que hubo un aumento del 145%.

Este crecimiento genera sobrepoblación en muchos de los sistemas penitenciarios provinciales. En algunos de ellos se presenta sobrepoblación crítica⁷. En la provincia de Buenos Aires hay alojadas⁸ 40.816 personas en cárceles, alcaidías y comisarias. Pese a que en esta jurisdicción no hay un cupo oficial y se desconocen los parámetros para calcular la capacidad máxima del sistema, el gobierno reconoce que hay 8.205 personas alojadas por sobre la capacidad de alcaidías y penitenciarias. Respecto a las comisarias, en el fallo “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, en 2005 la Corte Suprema argentina confirmó la prohibición del alojamiento de detenidos en comisarias y ratificó que estas no garantizan las condiciones de detención mínimas para asegurar un trato digno.

Este escenario de extrema gravedad también se replica en otras provincias. En la provincia de Chaco la población en cárceles pasó de 807 detenidos en 2007 a 1.276 en 2015, un 58% de aumento, lo que se refleja en el crecimiento de la tasa de encarcelamiento. En el caso de Santa Fe, la cantidad de personas encarceladas aumentó un 40% entre 2007 y 2015. La tasa de encarcelamiento también señala una tendencia ascendente, que en 2015 llegó a 89 personas detenidas cada 100.000 habitantes.

En Mendoza se registran datos alarmantes: desde 2007 aumentó en un 75% la cantidad de personas detenidas. En 2015 la tasa de encarcelamiento en esa provincia fue de 215 detenidos cada 100.000 habitantes, lo que supera el promedio nacional de 168 y la tasa de la provincia de Buenos Aires.

También el Servicio Penitenciario Federal (SPF) registra desde 2014 un aumento sostenido de la población. Entre marzo de 2014 y junio de 2017 aumentó 16%: pasó de tener alojadas 9.971 personas a 11.531 según datos de la Procuración Penitenciaria Federal. Este crecimiento generó sobrepoblación ya que durante este año se superó la capacidad de alojamiento del sistema.

El aumento del encarcelamiento tiene consecuencias negativas en las condiciones de detención en las que viven las personas privadas de la libertad. Aumenta el hacinamiento y, junto a este, la escasez (falta de alimentos, mobiliario, etc.), se degradan las condiciones edilicias y se registra falta de acceso a actividades, educación, trabajo

y salud.

Los altos índices de sobrepoblación junto con una tendencia al aumento del encarcelamiento colaboran en la persistencia de prácticas violentas intracarcelarias. En otras palabras, la degradación de las condiciones de detención impacta en los niveles de violencia que se viven dentro de las cárceles.

Aunque no existen datos oficiales sobre la violencia en cárceles argentinas, diversos organismos de control y de la sociedad civil registran las denuncias realizadas por las víctimas de violencia. Estos datos muestran que el problema de la violencia penitenciaria está extendido en las cárceles argentinas.

El Registro Nacional de Casos de Tortura (RNCT), conformado por la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Comité contra la tortura de la Provincia de Buenos Aires⁹, registró en 2014 303 hechos de agresión física (esta categoría incluye: golpes, patadas, palazos, abusos sexuales y otros tipos de hechos de violencia que pueden generar lesiones) por parte de personal penitenciario en cárceles bonaerenses. En Mendoza, la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura durante 2014 y 2015 recibió 309 denuncias por hechos de violencia carcelaria, 20 de ellas por apremios, torturas y maltratos.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹ realizaron pronunciamientos -similares a los realizados por el CAT- donde se expresa la preocupación por la violencia institucional penitenciaria que se manifiesta en el elevado número de casos de tortura y maltratos contra personas privadas de libertad en la Argentina. La Comisión provincial por la memoria de la provincia de Buenos Aires, la Comisión provincial de Prevención de la tortura de Mendoza y Chaco, el Registro Provincial de casos de tortura de Santa Fe reciben gran cantidad de denuncias realizadas por las víctimas o por sus familiares que dan cuenta de la extensión de este problema¹². Los momentos de traslados, requisas y la imposición de sanciones, particularmente de aislamiento, son las situaciones en las que se registran la mayor cantidad de denuncias por malos tratos y torturas.

9 Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos: Informe Anual 2014

10 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa N°151/16 emitido a razón de la visita a la Argentina de la Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad durante septiembre de 2016. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, Comunicado de prensa N° 64/10 “Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires” <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/64-10sp.htm>

11 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 117° período de sesiones, 20 de junio a 15 de julio de 2016.

12 Ver: Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ley n° 8.284 “Informe anual 2014-2015”, Mendoza, 2015; Ministerio público de la Defensa, Registro Provincial de Casos de Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y/o Degradantes, Abuso Policial, Malas Prácticas y demás afectaciones a los Derechos Humanos “INFORME Período Enero- Diciembre Año 2015”, Santa Fe, 2015; Comisión Provincial por la Memoria “Informe anual 2016. El sistema de la crueldad X. Sobre el sistema de encierro y las políticas de seguridad en la provincia de Buenos Aires”, Prov. Buenos Aires, 2016 y Comité Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y/o Degradantes, “Informe 2014”, Chaco, 2014.

6 Véase en CELS “Las consecuencias del aumento sostenido del encarcelamiento”, Derechos Humanos en Argentina. Informe 2016, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pag. 219 a 236.

7 Según un Informe elaborado por el Consejo de Europa en 1999, los sistemas penitenciarios con una densidad igual o mayor al 120% se encuentran en estado de “sobrepoblación crítica” (citado en *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Elías Carranza (Coordinador). Siglo XXI, México, 2001, pág. 20).

8 Personas alojadas al 31 de agosto de 2017.

Pese a esta ausencia de información se observa una persistencia de prácticas violentas en las cárceles argentinas. En particular de las muertes que responden a un ejercicio directo de la violencia sobre las personas detenidas y muertes ligadas a las malas condiciones de detención. También, las omisiones que genera el estado en la gestión penitenciaria aumenta esta violencia. Por ejemplo, la falta de acceso a salud impacta en las muertes no violentas, así como también las muertes por suicidios pueden estar relacionadas con el aislamiento y la falta de tratamientos en salud mental.

Dada esta situación de violencia y hacinamiento que caracteriza a las cárceles argentinas es urgente que se desarrollen políticas orientadas a intervenir seriamente sobre estos problemas con un respaldo político fuerte.

3. Esquema para el análisis de las políticas de prevención de la violencia

A pesar de la necesidad de que se apliquen políticas de prevención de la violencia, al analizar las políticas desplegadas en las cuatro jurisdicciones (Santa Fe, Chaco, Mendoza y Provincia de Buenos Aires) se observan limitaciones en el objetivo de prevenir la violencia carcelaria. Para analizar estas políticas de la violencia tomamos dos dimensiones que nos permiten pensar los alcances y limitaciones que presentan en su despliegue.

- **Abordaje sobre la violencia.** La primera dimensión trabaja sobre la definición del objeto de la política, en particular si la iniciativa aborda la dimensión institucional de la violencia. Consideramos que un abordaje es directo cuando tiene a la violencia institucional como objeto de intervención, y que es indirecto cuando considera la prevención de la violencia como un factor secundario de la implementación de una política que tiene otro objetivo explícito.

Nivel de institucionalización. La segunda dimensión aplica sobre qué lugar ocupa la política en el esquema de gobierno de la cárcel, qué encuadre normativo e institucional tiene, qué forma adopta (si se configura como programa, como medidas puntuales o como actividades) y, sobre todo, con qué respaldo político e institucional cuenta ya que de esto depende la asignación de infraestructura, presupuesto y personal idóneo. La institucionalización también se expresa en la existencia de instancias de planificación y seguimiento de la política por parte de las autoridades.

Del cruce de estas dimensiones se construyen cuatro tipos de políticas de prevención de la violencia carcelaria que presentamos a continuación. Esta tipología nos permite pensar el alcance de las políticas y la efectividad que tienen para disminuir la violencia institucional.

1. Voluntarista

Nos referimos como voluntarista a aquella política que trata iniciativas orientadas de manera directa a reducir los niveles de violencia institucional, pero que se sostiene por el compromiso de sus operadores y no por el marco institucional en el que se inscriben. Por tanto, presentan bajos niveles de institucionalización y aunque desarrollan estrategias para abordar las problemáticas de violencia institucional. La ausencia de respaldo político y la informalidad permiten que el servicio penitenciario

las obstaculice y, de esta forma, atente contra su capacidad y continuidad. También, estas falencias pueden mostrar limitaciones para alcanzar los objetivos y la cobertura propuestos, lo que limita su efectividad. En algunos casos estas estrategias permiten visibilizar problemas ocultos y generar ciertos niveles de apertura de la cárcel a actores extra penitenciarios.

En ocasiones, estos esfuerzos son presentados por funcionarios estatales como si fuera una política sólida al momento de mostrar una gestión activa frente a otros actores (poder judicial, organismos de derechos humanos, organizaciones sociales, etc.). Cuando esto sucede la política se puede volver vacía o declarativa: aparece en anuncios de gobierno y en normativa, pero no impacta en las dinámicas institucionales ni en las prácticas concretas de los agentes.

2. Paliativa

Se trata de políticas que abordan la violencia institucional de forma indirecta y tienen bajos niveles de institucionalización. Son medidas puntuales o aisladas que se aplican para contrarrestar un problema particular y que no tienen como objetivo intervenir de manera directa sobre la violencia que genera el servicio penitenciario. Suelen ser intermitentes y su continuidad y efectividad se ven amenazadas por el servicio que toma ventaja de su bajo nivel de respaldo político para entorpecer o mediar en su ejecución. Las que son iniciativa del servicio penitenciario buscan mitigar las consecuencias de sus propias lógicas y suelen focalizarse en subgrupos de detenidos con características específicas. Estas políticas suelen tener un enfoque de la violencia como atributo de los detenidos, ya que son políticas diseñadas para intervenir sobre perfiles específicos.

3. Tangencial

Se trata de políticas que abordan la violencia institucional de forma indirecta, pero que tienen altos niveles de institucionalidad. Estas intervenciones buscan modificar prácticas y situaciones propias de los lugares de encierro. Si bien no inciden directamente sobre las prácticas de violencia, colaboran en generar las condiciones para otras políticas y pueden incidir de forma indirecta en la reducción de la violencia institucional.

Parten de la idea de que es necesario abrir las cárceles y no limitar las interacciones personales a las que existen entre detenidos y servicio penitenciario. Nos referimos a las iniciativas del poder ejecutivo que desarrollan instancias de gobierno y control del servicio penitenciario¹³. En muchos casos, estas políticas son lideradas por actores extra penitenciarios y se fundamentan en el supuesto de que la presencia de otros actores civiles en la vida cotidiana de la cárcel previene ciertas formas de violencia.

4. Preventiva

Se trata de un tipo de política que conjuga un abordaje directo de los problemas de

¹³ En este análisis no incluimos a los organismos de control externo que monitorean al servicio penitenciario. Estos pueden generar información y recomendaciones para reducir la violencia institucional, e incluso generar algunos cambios con su sola presencia, pero no pueden modificar las prácticas penitenciarias de forma directa ya que para eso se requieren políticas y gestión del propio poder ejecutivo.

violencia institucional con un alto nivel de institucionalización. Implica que las iniciativas cuenten con planificación, supervisión, evaluación y con un respaldo institucional efectivo. Su objeto de intervención debe ser el servicio penitenciario por su participación directa e indirecta en las dinámicas de violencia. Estas políticas -como las voluntaristas- tienen afinidad con un enfoque de la violencia como problema estructural, ya que abarca su dimensión institucional. Para que una iniciativa tenga efecto sobre los patrones de tortura y maltrato se debe enfocar sobre diferentes niveles de intervención que permita modificar las condiciones para la ocurrencia de ese tipo de hechos y a la vez cambiar otras prácticas que están relacionadas.

4. La puesta en práctica del esquema de análisis: algunos hallazgos comunes entre las distintas jurisdicciones

A partir del relevamiento de políticas penitenciarias se pudieron observar diversas limitaciones en la forma de abordar la prevención de la violencia. Ese análisis¹⁴ nos permitió arribar a una serie de conclusiones sobre cómo deben abordarse este tipo de políticas y qué cuestiones son prioritarias para su desarrollo.

En esta ocasión hemos decidido profundizar algunos de los hallazgos encontrados en esa investigación. En particular, en la debilidad que supone el bajo nivel de institucionalización que presentan este tipo de iniciativas, ya que este es el punto donde mayores problemas presenta la gestión penitenciaria actual. Este análisis nos permite enfocar la discusión y realizar señalamientos pertinentes al momento de dialogar e incidir con los poderes ejecutivos.

a. La ausencia de políticas de prevención de la violencia y el débil respaldo institucional

El primer punto a destacar es la falta de políticas de tipo preventivas ya que no se hallaron iniciativas que cuenten con respaldo institucional y a la vez aborden de forma directa el problema de la violencia institucional. Es decir, que en la gestión penitenciaria de esas cuatro jurisdicciones existe una vacancia de iniciativas para prevenir la violencia institucional en las cárceles.

En la mayoría de los casos hemos observado políticas de tipo paliativas que no contaban con apoyo institucional y tampoco abordaban de forma directa la violencia. Estas políticas no disminuyen los niveles de violencia carcelaria, sino que están presentes como políticas marginales que, en la mayoría de los casos, son desarrolladas por el mismo servicio penitenciario. Como señalábamos anteriormente, en un contexto donde la situación carcelaria empeora, las políticas de tipo paliativa son ineficientes para dar repuestas al problema de la violencia institucional carcelaria.

Por otro lado, esta falta de respaldo institucional es un problema central en la forma en que se despliegan las políticas que buscan abordar la violencia carcelaria. No

basta con que exista la iniciativa para que esta logre alcanzar su objetivo. La falta de recursos, el vaciamiento de la política o la falta de seguimiento suelen ser problemas comunes de las políticas de prevención de la tortura en la gestión penitenciaria.

La falta de respaldo institucional está en relación con la debilidad del gobierno político de los servicios penitenciarios. Un gobierno político de la fuerza implica, en primer lugar, que las tomas de decisiones sobre la gestión no sean determinadas por los servicios penitenciarios sino por el órgano de gobierno del cual dependen. Esto supone un control total por parte del poder ejecutivo sobre el servicio penitenciario. Para que esto suceda, el poder ejecutivo debe establecer prioridades, generar estrategias de política penitenciaria y tener la facultad de tomar e implementar decisiones. Es decir, debe tener la capacidad de implementar una agenda específica. Entre las iniciativas que debe contener una gestión política de la fuerza están aquellas que apuntan a prevenir la violencia carcelaria.

Sin embargo, se observó que los gobiernos de los que dependen las cárceles no se proponen desarrollar políticas fuertes que tengan una incidencia real en las condiciones de vida de los detenidos. Sus políticas suelen ser débiles y no se sostiene en el tiempo. Esto deja lugar a que las únicas iniciativas desarrolladas dentro de las cárceles son las llevadas adelante por los servicios penitenciarios. Esto conlleva el problema de que en muchos casos son los mismos servicios penitenciarios los que ejercen o incentivan la violencia.

En los pocos casos donde se observa el despliegue de políticas que tiene como objeto directo prevenir la violencia, la falta de respaldo institucional las puede convertir en políticas nominales. Son iniciativas vacías de contenido y que solo puedan ser usadas para rendir cuentas, pero no para generar ninguna intervención profunda en la vida carcelaria. Muchas iniciativas de este tipo son desarrolladas como respuesta a la ocurrencia de algún hecho grave de violencia. Sin embargo, esas políticas se ven debilitadas con el correr del tiempo ya que se va limitando el apoyo institucional. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires luego del asesinato a Patricio Barros Cisneros¹⁵ el Ministerio de Justicia -junto con organizaciones de Derechos Humanos¹⁶- desarrolló un protocolo de uso de la fuerza. Este buscaba reglamentar distintas formas de intervención para racionalizar el uso de la fuerza de modo de dejar definidos sus obligaciones funcionales y cómo actuar ante conflictos. Sin embargo, este protocolo nunca llegó a implementarse pese a que fue promulgado por resolución ministerial. La falta del desarrollo de un programa de uso de la fuerza que controle y supervise la puesta en marcha del protocolo generó que este se convierta en una política nominal. Aunque nunca llegó a implementarse, la iniciativa fue invocada de forma recurrente por el poder ejecutivo cuando se le exigía una rendición de cuentas sobre las políticas de prevención de la violencia desarrolladas.

En otras ocasiones, el débil respaldo institucional hace que la política pierda eficiencia ya que le faltan recursos y capacidades para poder afrontar los obstáculos que

14 Ver: Tortura en las cárceles: ¿por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina? - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2017

15 Patricio Barros Cisneros de 26 años fue asesinado a golpes por agentes del Sistema Penitenciario Bonaerense de la Unidad 46 (partido de San Martín) el 28 de enero de 2012.

16 Referencia a mesa de cautelares

pueden presentarse durante su desarrollo. En muchos de estos casos se trata de políticas de tipo voluntaristas que dependen de una sola persona; quien se enfrenta a diversos obstáculos para sostenerla. La política se mantiene por la iniciativa de alguien particular pero no hay un interés institucional de apoyar las medidas. Esto genera que, por un lado, la iniciativa sea limitada en cuanto a su alcance ya que los recursos con los que cuenta son limitados. También pueden ser fácilmente debilitadas si el servicio penitenciario pone obstáculos a su implementación.

b. El rol de las iniciativas de apertura de los lugares de encierro ante la ausencia de políticas preventivas.

La participación de personas externas al gobierno penitenciario en el espacio carcelario colabora en la apertura de la cárcel, el acceso a derechos y el resguardo de las personas privadas de su libertad. También, permite visibilizar situaciones de violencia institucional como una forma de controlar las prácticas del sistema penitenciario. Estas participaciones rompen el aislamiento que genera la cárcel en los detenidos y, en muchos casos, realizan actividades que brindan herramientas para la inserción social al momento del egreso.

Ante el bajo apoyo institucional a las políticas de prevención, se torna necesario fortalecer las políticas de apertura -en general se trata de políticas de tipo tangenciales-. Estas cuentan en algunos casos con mayor apoyo institucional derivado de la participación en diversas instancias de personas externas al servicio penitenciario.

Las iniciativas de apertura, cuando son llevadas adelante por la sociedad civil pueden agruparse en dos líneas: aquellas que monitorean las cárceles y buscan prevenir la violencia y aquellas que brindan actividades a los detenidos con el objetivo de mejorar su vida carcelaria y/o otorgarles herramientas al momento de salir en libertad. Sin embargo, como señalamos anteriormente, en ambas líneas la presencia de personas ajenas a las cárceles es clave para romper ciertas lógicas penitenciarias que aumentan la violencia con los detenidos y entre ellos.

Sin embargo, debe advertirse que estas iniciativas no pueden suplantar las políticas que desde el poder ejecutivo se debe desplegar para prevenir la violencia institucional. Es necesario desarrollar iniciativas que tengan como objeto a la violencia institucional pero también que sean suficientemente robustas para cambiar las prácticas de la burocracia penitenciaria. El poder ejecutivo suele desarrollar estas políticas de forma tangencial, dejándolas marginalizadas con pocos recursos y limitada su capacidad de alcance. A veces, bajo la justificación de que existen otros actores que pueden desarrollar iniciativas de monitoreo a los servicios penitenciarios. Tanto las iniciativas de control externo como aquellas desarrolladas por el poder ejecutivo son necesarias, pero no deben suplantarse entre sí.

5. Conclusión

Las organizaciones de derechos humanos constituyen un actor fundamental al momento de generar un análisis de la realidad del encierro, pero también en la discusión

de las políticas públicas necesarias para erradicar la violencia y las condiciones inhumanas de detención.

Es de suma importancia que los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales desarrollen políticas efectivas que trabajen en la prevención y sanción de la tortura. Sin embargo, teniendo en cuenta las fallas o ausencias en ese campo, ya mencionadas, un objetivo de tal relevancia requiere de la participación activa de la sociedad civil y los defensores de derechos humanos para lograr romper con los patrones de violación de derechos humanos en los lugares de encierro del país, la impunidad estructural y las dinámicas arbitrarias y corruptas que vienen siendo denunciadas por las organizaciones de la sociedad civil.

Una de las causas de la ausencia de políticas se debe a que gran parte de las intervenciones gubernamentales son delegadas a los servicios penitenciarios, actores centrales de las dinámicas de violencia. La falta de diagnósticos y de iniciativas por parte de las autoridades políticas confluye y fortalece el autogobierno de la agencia penitenciaria.

Por esto es fundamental que se garantice el gobierno político del servicio penitenciario a través de una agenda de políticas penitenciarias. Esta debe incluir no solo las iniciativas necesarias para la gestión de los detenidos sino también políticas de control y gestión de esa fuerza. La designación de autoridades civiles al frente de las agencias del servicio penitenciario se presenta como una condición mínima, lejos de ser suficiente para limitar la autonomía funcional de las fuerzas penitenciarias. Los órganos ejecutivos del que depende el servicio penitenciario deben tener su propio programa de política penitenciaria.

Como señalamos anteriormente, muchas de las políticas implementadas son limitadas porque no cuentan con el suficiente respaldo institucional para poder desarrollarlas, lo que las vuelve en muchos casos políticas marginales o vacías. Por esto es necesario que los programas de prevención de la violencia estén formalizados con normativa reglamentaria y tengan una planificación estratégica, presupuesto propio y monitoreo de cumplimiento.

También es preciso que el punto de partida de cada una de estas políticas sea el reconocimiento del carácter estructural e institucional de la violencia carcelaria. Se deben enfocar en erradicar los diferentes tipos de prácticas de violencia que cuentan con participación de agentes de los servicios penitenciarios, ya sea en forma directa como en las modalidades por delegación selectiva o tercerización en personas privadas de libertad.

Para lograr su efectividad, es necesario que el gobierno trabaje en la implementación de la iniciativa a través de medidas de formación, capacitación y reentrenamiento. Además, debe generar controles sobre su implementación y dispositivos de sanción en el caso de incumplimiento.

Una de las formas posibles que puede tener este tipo de políticas son los protocolos de actuación. Estos modelos orientan la acción, colaboran en garantizar criterios de legalidad y legitimidad que guíen las prácticas. El desarrollo de mecanismos de actuación fija estándares que permiten orientar la acción de los agentes del servicio y de

aquellos que deben controlarlos. Sin embargo, para lograr su efectividad es necesario que el gobierno trabaje en su implementación con medidas de formación, capacitación y reentrenamiento. Además, se deben generar controles sobre su implementación y dispositivos de sanción en el caso de incumplimiento.

Estos protocolos deben estar enfocados a regular los ámbitos en los que se concentran los hechos de violencia. Para esto, el diagnóstico debe poder identificar situaciones típicas y ámbitos de actuación penitenciaria específicos en los que se reiteran hechos de violencia ya sea con agresores penitenciarios o detenidos (ej. requisas a visitas y detenidos, control de circulación de “facas”, ingreso a las unidades penitenciarias, etc).

Sin duda, la prevención de la tortura y el mejoramiento de las condiciones de detención exige la superposición de mecanismos de control efectivos -tanto externos como internos al gobierno- que cuenten con reconocimiento institucional y respaldo político. Pero también es necesario y urgente disminuir los niveles de sobrepoblación. La implementación de políticas efectivas de prevención de la violencia requiere condiciones de alojamiento mínimas. Los altos índices de sobrepoblación y el hacinamiento son uno de los elementos para la reproducción de todo tipo de violencia. En particular, genera condiciones de escasez para la proliferación de mercados ilegales, cuyos modos de recaudación y regulación dependen de la intimidación, la amenaza y la aplicación sistemática de formas de tortura y violencia.

El Programa de Educación Universitaria en Contexto de Encierro de la UNCUIYO

MARTÍN RODRÍGUEZ CANDIOTTI

1. Introducción

Resulta fundamental para nuestra propuesta realizar algunas consideraciones sobre el discurso hegemónico en torno a la inseguridad y las cárceles.

Los medios y su retórica sensacionalista -que consiste en apelar a la *emotividad* de los destinatarios de las noticias, exaltando el dramatismo, la angustia y principalmente el miedo- contribuyen a crear un “sentimiento de inseguridad” que no tiene un correlato necesario con la “tasa de victimización”. Y al decir esto no se pretende negar el crecimiento del delito, sino evidenciar el modo en que el tándem *criminología mediática-demagogia punitiva* conduce a soluciones más aparentes que reales. La repetición de noticias alarmantes (por los medios) y discursos inflamados (por los candidatos) no es inocua, se traduce en consignas que legitiman (por la ciudadanía) políticas también repetidas (por los gobernantes) que no atacan las causas del fenómeno delictivo.

Ejemplos abundan en el plano nacional y local, piénsese en las “Leyes de Blumberg” (aprobadas por el Congreso en el año 2004) o en la “Ley Petri” (aprobada por la Legislatura en el año 2012). Ambas reformas tienen su génesis en crímenes cometidos contra

jóvenes de una misma extracción social. Los *nadies* -decía Galeano- cuestan menos que la bala que los mata, pero Axel Blumberg y Matías Quiroga no eran *nadies* sino arquetipos de lo que Zaffaroni¹ denomina *victimias-héroes*.

En torno a la figura de la víctima-héroe se “dibuja un mundo de *nosotros los buenos* y *ellos los malos*, que no deja espacio para la neutralidad, como no lo hay en la guerra. La prudencia no tiene espacio en la criminología mediática, toda tibieza es mostrada como complicidad con el crimen, con el enemigo, porque construye un mundo bipolar y macizo”. Cualquiera de “nosotros” (las personas decentes, la gente) es una potencial víctima de “ellos” (los chorros, los negros, los inmigrantes); la amenaza que se cierne sobre nuestras vidas y nuestras posesiones convierte a “los otros” en merecedores de linchamientos, detenciones arbitrarias, torturas y condiciones infrahumanas de detención.

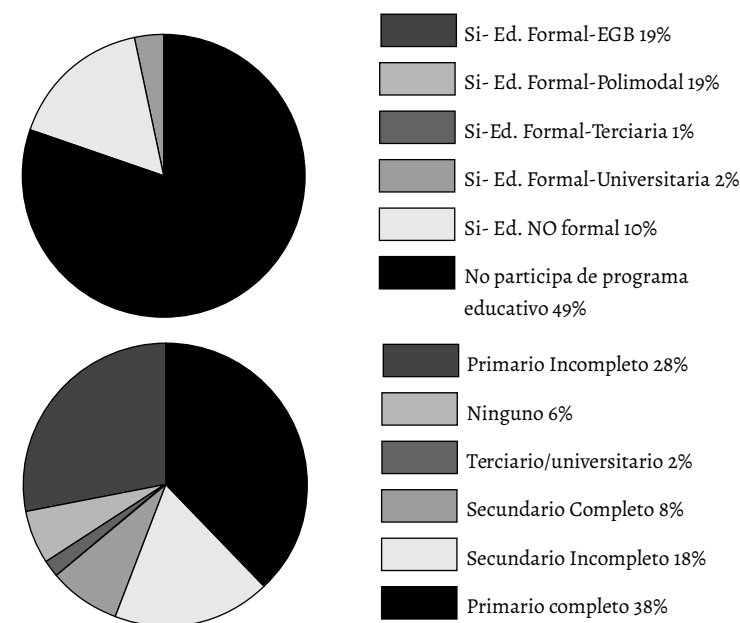
Si bien no sorprende, preocupa el discurso que el Gobernador de la Provincia pronunció el 1° de mayo en la Legislatura, al inaugurar el 177° período de sesiones ordinarias. Allí repasó una serie de medidas adoptadas en materia de seguridad, afirmando que eran iniciativas tendientes a erradicar “prácticas ideologizadas y abolicionistas”, a “terminar con la puerta giratoria”, “con las cárceles de máxima ociosidad” y con “la jurisprudencia conocida como garantista”. Es esa jurisprudencia garantista la que, según la nota que acompañó el proyecto convertido en ley, “ha ido subiendo en prerrogativas que se encuentran más allá de tal –se refiere a la ley 24.660- y más allá de los derechos en general que posee la ciudadanía. Baste como ejemplos en Mendoza las obligaciones de traslado para estudio, donde el Servicio Penitenciario (SP) debe llevar a la Persona Privada de Libertad a determinadas universidades (...)”.

Evitamos las citas porque la pobre redacción del documento torna dificultosa su lectura, pero debemos advertir que el desafortunado ejemplo no hace más que traslucir el pensamiento de quienes lo suscriben (Gianni Venier y Alfredo Cornejo). Decir que la educación universitaria es una prerrogativa resulta inadmisibles, máxime cuando se afirma que privilegios de ese tipo justifican el “rencor generalizado que hoy existe desde la ciudadanía hacia las PPL”².

Las propias leyes de ejecución (art. 133, Ley 24.660 y art. 145, Ley 8465) declaran que “todas las personas privadas de su libertad tienen derecho a la educación pública” y que “los internos deberán tener acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades”. Asimismo, el art. 1° de la Ley 24.521 establece que “la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho humano personal y social en el marco de lo establecido por la ley 26.206”. Esta última, por su parte, regula la Educación en Contextos de Privación de Libertad como una “modalidad del sistema educativo” y como un derecho cuyo ejercicio “no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro” (art. 55). Estas normas legales pueden considerarse reglamentarias del art. 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, instrumento que desde 1994 integra lo que Bidart Campos denominó “blo-

que de constitucionalidad federal”.

La enseñanza superior -entonces- no es un beneficio, ni un privilegio, ni una prerrogativa: es un derecho que el ordenamiento jurídico reconoce a la PPL. Ahora bien, que la Carta Magna reconozca a un individuo la titularidad de un derecho no garantiza que este pueda ser ejercido, y es aquí donde programas como PEUCE (y otros que con matices propenden a los mismos fines) se vuelven indispensables. Según datos del Servicio Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP 2015), existen 71.464 PPL de las cuales 34.063 (49%) no participan de ningún programa educativo y sólo 1.207 (2%) cursa estudios universitarios. Los guarismos se comprenden cuando se advierte que el 90% de la población penitenciaria no tiene estudios secundarios completos³.



2. El Programa

El Programa de Educación Universitaria en Contexto de Encierro nació en el año 2008. Desde ese entonces, PEUCE mantiene un crecimiento exponencial tanto en su interior como a nivel institucional.

Hoy son alrededor de 200 los estudiantes privados de su libertad que ejercen su derecho a la educación universitaria, pública y de calidad. Acompañados y orientados semanalmente por un equipo de 10 docentes, 16 tutores disciplinares, y equipos de

1 http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/9-16.la_cuestion_criminal.pdf

2 <https://es.slideshare.net/santiagomontiveros/proyecto-de-ley-75606928>

3 http://www.jus.gob.ar/media/3191517/informe_sneep_argentina_2015.pdf

Coordinación Institucional, Coordinación de Facultades y Coordinación Académica.

Las actividades se realizan en las seis aulas que la UNCuyo posee en el Complejo Penitenciario Boulogne Sur Mer y, desde el año pasado, en las tres aulas del Complejo Almafuerte. Este es uno de los desafíos más inmediatos del Programa ya que demanda un significativo aumento de tiempo, espacio y recursos tanto materiales como humanos. Anteriormente los estudiantes de Almafuerte eran trasladados al complejo de Boulogne Sur Mer.

La dinámica actual del programa se basa en el armado de clases, grupos de estudio y tutorías con el acompañamiento presencial de la Coordinación Institucional en las actividades cotidianas que se desarrollan en ambos complejos penitenciarios, y el suministro por parte de ésta de material bibliográfico y útiles.

Las actividades del programa son dispuestas por las coordinaciones universitarias y articuladas con las líneas de jefatura de tratamiento y dirección general del Servicio Penitenciario Provincial. Esto se realiza en mesas de co-gestión donde participan los miembros de las coordinaciones pertinentes. Se puede identificar a los actores involucrados de la siguiente manera:

Por la Universidad Nacional de Cuyo:

1. Coordinación Institucional – Área de Articulación Social e Inclusión Educativa
2. Coordinación Académica – Secretaría Académica
3. Coordinación por Unidad Académica:
 - i) Facultad de Ciencias Políticas y Sociales
 - ii) Facultad de Filosofía y Letras
 - iii) Facultad de Derecho

Por el Servicio Penitenciario Provincial:

4. Dirección General
5. Coordinación General de Tratamiento
 - i) Educación Boulogne Sur Mer
 - ii) Educación San Felipe
 - iii) Educación Almafuerte
 - iv) Educación Borbollón

A partir del año 2016 se incorpora PEUCE como centro de prácticas de la Tecnicatura Universitaria en Educación Social, de la Facultad de Educación. De esta manera, se abre el espacio educativo hacia nuevas unidades académicas de la UNCuyo y se privilegia también el intercambio socio-cultural y académico de los y las estudiantes del programa como así también de quienes realizan sus prácticas pre-profesionales. No se descarta la posibilidad de continuar ampliando la oferta educativa actual y de expandir el Programa a otros establecimientos penitenciarios.

En los últimos años, las Universidades Nacionales han avanzado en la creación y desarrollo de programas con un claro enfoque de Derechos Humanos, analizando las desigualdades, y corrigiendo las prácticas discriminatorias y la injusta repartición del poder que obstaculiza el libre desarrollo de los sujetos para una vida digna.

Hoy, cuando el programa cuenta con casi una década de trayectoria, se puede ana-

lizar críticamente el camino recorrido, evaluar aciertos, errores, aprendizajes, tensiones, facilitadores y obstaculizadores a lo largo del trayecto. Todo ello sin dejar de atender las demandas y nuevos interrogantes propios del quehacer cotidiano en la tarea de la educación universitaria.

Surgen de este análisis diversos interrogantes:

- ¿De qué manera atender la creciente demanda en materia de matrícula universitaria?
- ¿Cómo avanzar hacia una mayor institucionalización de PEUCE?
- ¿Qué tensiones genera la coexistencia de la lógica carcelaria y la lógica universitaria en el espacio educativo?
- ¿Cómo articular la dimensión motivacional, institucional y educativa de los/as estudiantes con la diversidad de trayectorias presente?

3. Desafíos y tensiones del Programa de Educación Universitaria en Contexto de Encierro

Para profundizar en este punto se toman los aportes de Erving Goffman, quien define a las instituciones totales como “un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro, una rutina diaria, administrada formalmente”.⁴

Como señala esta definición, las personas privadas de libertad deben adaptarse y responder a la rutina que la institución de encierro establezca, con el objetivo de ordenar y disciplinar no solo los espacios, sino también los cuerpos de los sujetos. Al respecto, Foucault sostiene que la disciplina es “un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una física o una anatomía del poder, una tecnología (...) La disciplina “fabrica” individuos, es la técnica específica de un poder donde los individuos son objeto e instrumentos de su ejercicio”.⁵ En las instituciones totales esta idea de disciplina, en tanto poder que coacciona, que acostumbra al orden y a la obediencia, es ejercida a través de los siguientes procedimientos: el condicionamiento reflejo y los procesos de corrección. A través del condicionamiento reflejo se impone a las personas privadas de libertad una serie de hábitos de disciplina, orden, obediencia, control personal, higiene, entre otros. Hábitos instalados a través de una rutina diaria inalterable. El proceso de corrección abarca todos los aspectos de la vida del sujeto, se trata de una reforma completa de sus funciones físicas y mentales.

Esto impacta de manera directa en la autonomía de las personas privadas de libertad, reduciendo la capacidad de decisión de las mismas. En lo referido al ámbito educativo universitario, esto se refleja en la dificultad que presenta la mayoría de los/

4 GARCÉS, Laura. La Institución Total. Universidad Nacional de San Juan. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Servicio Social, Gabinete de Estudios e Investigaciones en Servicio Social.

5 FOUCAULT, Michel. Genealogía del racismo. Buenos Aires, Altamira Nordan. 1992. Pág. 171

as estudiantes para llevar a cabo las tareas necesarias para preparar y rendir una materia. En general, solo trabajan el material de estudio en los horarios de tutorías y clases. En este punto es fundamental la tarea que realizan los/as tutores/as, acompañando las trayectorias educativas de los/as estudiantes privados/as de libertad.

Otro aspecto donde se visibiliza la tensión entre la lógica carcelaria y la universitaria es en la organización del espacio educativo. Personal de las líneas medias del Servicio Penitenciario y algunos estudiantes de PEUCE demandan que los grupos de estudio, clases y tutorías se conformen según las causas de los/as estudiantes. Sostienen que de esta manera se evitarían posibles conflictos entre estudiantes pertenecientes a pabellones distintos y se resguardaría la integridad física de aquellos/as que están privados/as de libertad por delitos que son repudiados dentro del penal. Este criterio es el que se mantiene para organizar los pabellones, dividir a las personas privadas de libertad de acuerdo al tipo de delito cometido. Desde la universidad el único criterio válido para conformar los grupos de estudio es la elección de carrera y el año de cursado en el que se encuentren los/as estudiantes, sin distinción de causas o lugar de alojamiento.

Magdalena Brocca afirma que la presencia de la Universidad en la cárcel, conforma una irrupción del afuera en el interior de los muros de la prisión, lo que significa rupturas y choques entre las lógicas institucionales.

Dentro de este marco institucional complejo, los/as estudiantes en general se caracterizan por buscar la alternativa del estudio universitario como beneficio para su progresividad en la condena y ganar “espacios de libertad” que le permitan alejarse de los inconvenientes que genera el encierro. Si bien las motivaciones inmediatas para comenzar a estudiar tienen un origen diverso, durante el proceso de formación surgen motivaciones ligadas a la dimensión subjetiva, que les permiten a los/as estudiantes continuar la carrera. Y es dentro del espacio áulico donde se genera la situación educativa que permite a los/as estudiantes reconocerse como sujetos de derechos. El hecho de pensarse como estudiantes y no solo como internos/as, el ser parte activa de una institución distinta a la penitenciaria, son factores que favorecen el reconocimiento de ellos/as mismos como sujetos de derecho. A su vez, la práctica de este derecho actúa como garantía de otros y esto se demuestra en sus vidas cotidianas, en la demanda concreta, en el reclamo por la satisfacción de sus necesidades.

Siguiendo a Paulo Freire, se pueden identificar los diversos elementos que conforman una situación educativa: educador/a, educandos, espacio pedagógico, tiempo pedagógico y direccionalidad de la educación; y en el marco de PEUCE, la situación educativa toma características particulares.

El espacio pedagógico, donde se encuentran docentes, tutores/as y estudiantes, es un espacio de libertad porque se construye colectivamente y desde lógicas distintas a las carcelarias. Se reconoce el espacio educativo de manera diferente al pabellón, en las aulas no hay presencia de personal penitenciario, no hay rejas ni candados. El desafío permanente aquí es lograr que la lógica del pabellón no prime sobre la lógica universitaria. Para ello es fundamental el acompañamiento de todas las actividades que se realizan en el espacio educativo por parte de la Coordinación Institucional del programa, como así también que docentes y tutores que asisten a las aulas comprendan el

encuadre de la tarea y las características particulares del contexto.

En cuanto al tiempo pedagógico, Freire señala la importancia de preguntarse qué se hace con el tiempo pedagógico y al servicio de quien está. A los/as estudiantes en contexto de encierro se les dificulta, en principio, aprehender ciertas estrategias que los/as habilitarían como estudiantes universitarios/as, ya que responden con hábitos propios del sistema carcelario, realizan acciones de manera casi mecánica, sin alcanzar aún a internalizar que la trayectoria del estudiante exige una serie de acciones que se deben realizar de manera autónoma. Por lo tanto, es necesario que el tiempo pedagógico responda a las trayectorias particulares de los/as estudiantes de PEUCE.

El último elemento de la situación educativa, la direccionalidad de la educación, se refiere a los anhelos, maneras de ver el mundo y utopías a los que apunta la educación. Es la direccionalidad la que explica la cualidad esencial de la práctica educativa, que Paulo Freire llama “politicidad de la educación”. Desde PEUCE se sostiene que la educación es un derecho humano fundamental, al que todas las personas deben acceder. La tarea que se lleva a cabo con el programa es sumamente política, ya que se trata de efectivizar un derecho que muchas veces es vulnerado y que desde el Estado, en este caso la universidad, se debe garantizar.

Se puede evidenciar otra tensión en aquellos obstáculos operativos que se presentan cotidianamente en la ejecución del programa y que complejizan aun más la tarea. Los traslados de las estudiantes la Unidad N° 3 El Borbollón a las aulas universitarias de Boulogne Sur Mer suele presentar grandes inconvenientes: el móvil llega tarde o el traslado no se realiza, lo que implica que los/as estudiantes pierdan clases, tutorías o mesas de examen, afectando negativamente el rendimiento académico.

Es similar la situación de estudiantes del Complejo Penitenciario Boulogne Sur Mer. Si bien ellos no requieren el móvil para traslado, el personal penitenciario debe contar con el cronograma actualizado de clases y tutorías para que los estudiantes puedan asistir a las aulas, pero en general este procedimiento presenta inconvenientes. La causa de esto puede encontrarse en los grandes mecanismos burocráticos bajo los cuales funciona el penal y al poco personal destinado a tareas vinculadas a educación, que puedan encargarse de estas situaciones. Además, en múltiples ocasiones hay una escasa cooperación de las líneas medias del Servicio Penitenciario, quienes modifican protocolos referidos a tareas que se realizan desde PEUCE, sin comunicarlos previamente. Sin embargo, cuando se recurre a las líneas de mayor jerarquía dentro del Servicio Penitenciario se encuentra un espacio de diálogo con respuestas favorables.

Laura Garcés sostiene que una de las características de las instituciones penitenciarias es la fragmentación institucional, en relación a las divisiones o quiebres entre los distintos estamentos que interactúan en ella. Esta división se produce entre el personal de contacto, el equipo técnico y las autoridades, que ocupan los espacios de mayor jerarquía dentro de la institución. Esta fragmentación institucional se genera fundamentalmente a causa de las diferentes representaciones o lógicas respecto a los roles y funciones de cada uno y por la contraposición de sus prácticas en la institución. Aparecen como compartimentos estancos, dada la falta de comunicación, de acuerdos, de trabajo coordinado, limitándose cada uno a su tarea en forma aislada.

GÉNERO Y DIVERSIDAD SEXUAL

Violencia de Género en Mendoza

MERCEDES DUBERTI – MARTINA HERTLEIN – GABRIELA MANZOTTI – ANDRÉS LEYES

1. Introducción

En el presente capítulo se abordan algunos puntos principales de la problemática de la violencia machista en Mendoza, en primer lugar, partiremos del análisis de diversos datos estadísticos nacionales y provinciales, para brindar un panorama acerca de la situación actual. También haremos mención de algunos avances que se han dado a nivel provincial, como la creación de una Unidad Fiscal Especializada y un refugio estatal para víctimas, y de las deudas pendientes que aún tiene la provincia con las mujeres, particularmente la implementación del Protocolo de Aborto no Punible.

El Informe del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina posicionó a Mendoza como la tercera provincia con mayor cantidad de femicidios. Puntualmente, el informe establece que en 2016 se registraron 254 femicidios, de los cuales 21 fueron en Mendoza, siendo superada sólo por Buenos Aires (90) y Córdoba (23)¹. Dicho informe también señala que el femicidio de esas 21 mendocinas, trajo aparejado que 36 niños, niñas y adolescentes perdieran a sus madres.²

¹ <http://www.losandes.com.ar/article/femicidios-entre-10-y-18-casos-por-ano-en-mendoza>

² <https://www.elnueve.com/femicidios-36-ninos-mendocinos-se-quedaron-sin-sus-mas-entre-el-2016-y-2017>

Especialistas como Silvina Anfuso, titular de la Dirección de Género y Diversidad consideran que tales números no necesariamente llevan a la inevitable conclusión de que en otras provincias la violencia contra las mujeres está morigerada, sino que también puede deberse a una falta de capacitación en la materia de los operadores y operadoras de la justicia que deriva en una errónea caratulación de las causas. En este sentido, se resalta la importancia de la presión de distintas ONGs para que los casos de femicidio sean caratulados como tales y no como homicidios simples, agravados o hasta suicidios.³

Lo cierto es que el año 2016 finalizó con más de 20⁴ mujeres asesinadas a causa de la violencia machista y ya se registraba a comienzos de este año que, en todo el 2016 y hasta el mes de marzo, se habían recibido 2.400 denuncias por violencia de género.⁵

Las cifras continuaron en un vertiginoso aumento, ya que desde el 1 de enero al 30 de abril de este año se registraron 1714 denuncias ante la Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género (UFIVG), calculándose que había un promedio de entre 14 y 20 casos diarios.⁶ Al mes de julio la cantidad de denuncias continuó en alza, y la UFIVG informó que en los meses de mayo y junio se recibieron 22 denuncias diarias.⁷

Todo ello significa que en nuestra provincia semanalmente se radican entre 80 y 100 denuncias, casi 400 por mes. De estas denuncias que recibe la UFIVG, el 20% de los denunciados terminaría privado de su libertad.⁸

Los registros se refieren exclusivamente a las denuncias interpuestas en la Primera Circunscripción Judicial, donde funciona la UFIVG, compuesta por los departamentos de Capital, Godoy Cruz, Guaymallén, Luján, Las Heras, Lavalle y Maipú.

Al mes de agosto, la UFIVG había registrado alrededor de 2400 denuncias -el mismo número contabilizado en la totalidad del 2016 junto con los primeros meses del 2017-, sin embargo la Dirección de Género y Diversidad de la provincia (DGD) asegura que han recibido en su oficina 2121 denuncias durante la primera mitad del año, de ellas, 1.169 víctimas realizaron la denuncia penal y 940 accionaron en forma civil, solicitando una medida de protección de prohibición de acercamiento y/o exclusión del hogar en los Juzgados de Familia.⁹

Algo que podría considerarse como positivo y alentador -no en lo que a la existencia de un abordaje efectivo sobre la violencia machista y sus causas respecta, sino desde

un mayor empoderamiento de las mujeres para desnaturalizar las prácticas a las que se las somete- es que se denuncia el maltrato en los estadios previos a la violencia física grave. De las denuncias registradas a lo largo de este 2017 el 35% corresponde a jóvenes de 23 a 32 años; el 27% de 33 a 42 años; el 15% refiere a mujeres de 53 a 61 años; el 14% de las denuncias son formuladas por mujeres de 43 a 52 años; el 2% son víctimas de 62 a 70 y hay un 1% de denuncias realizadas por mujeres que superan los 71 años.

Son principalmente las mujeres jóvenes quienes se rehúsan a naturalizar y tolerar cualquier tipo de violencia, aunque sea sólo verbal, y frente a un primer hecho de violencia, del tipo que sea, las mujeres solicitan ayuda¹⁰.

Esto último, reiteramos, no significa bajo ninguna circunstancia que consideremos que la violencia ha disminuido, seguimos señalando que existen prácticas y concepciones de raigambre machista arraigadas en la idiosincrasia de la sociedad mendocina, continuamos exigiendo que se declare un estado de emergencia en violencia de género y se diseñen medidas que aborden las causas de la violencia de género y que no estén dirigidas exclusivamente a la atención de las víctimas. Pero si hay algo que debe destacarse es que gracias a la labor de numerosas ONGs y grupos de mujeres sobrevivientes a la violencia machista, es que tantas otras han encontrado las fuerzas y la voz para hacerle frente.

2. Más estadísticas

Como todos los años, incluimos en este capítulo las estadísticas de la Dirección de la Mujer "Dra. Carmen Argibay"¹¹ dependiente de la Suprema Corte de Mendoza.

A este organismo pueden concurrir mujeres que sufran algún tipo de violencia, hostigamiento, aislamiento, manipulación, golpes, restricción al libre movimiento, impedimento a disponer de sus bienes, sean obligadas a mantener relaciones sexuales contra la voluntad, sufran acoso sexual laboral, amenazas verbales y/o con algún tipo de armas, y cualquier otro tipo de violencia previsto en la Ley N° 26.485, tanto en el ámbito privado como en el público.

Según los datos de la Dirección, desde el mes de enero a junio de 2017 fueron atendidos un total de 1114 casos, en los cuales hay 1096 mujeres afectadas y 18 terceros.¹²

Teniendo en cuenta la cantidad de casos atendidos en los últimos 4 años, vemos que en el año 2016 se registró el valor más alto. Según se sostiene desde la Dirección, la disminución en el presente año se debe a que -debido a nuevos procedimientos para

3 <http://www.losandes.com.ar/article/femicidios-entre-10-y-18-casos-por-ano-en-mendoza>

4 <http://www.mdzol.com/nota/720908-femicidios-19-mujeres-fueron-asesinadas-en-mendoza/>

5 <http://www.losandes.com.ar/article/en-15-meses-unas-2-400-mujeres-pidieron-ayuda-por-violencia-de-genero-en-mendoza>

6 <https://www.elnueve.com/violencia-de-genero-1700-denuncias-en-lo-que-va-del-2017>. <http://www.mdzol.com/nota/737231-mas-1700-denuncias-por-violencia-de-genero-en-mendoza/>

7 <http://www.losandes.com.ar/article/segun-unidad-fiscal-de-violencia-de-genero-las-denuncias-pasaran-de-16-a-22-por-dia>

8 <https://www.elsol.com.ar/nota/311600/provincia/violencia-de-genero-la-justicia-recibe-entre-80-y-100-denuncias-semanales.html>

9 <https://www.elsol.com.ar/nota/311600/provincia/violencia-de-genero-la-justicia-recibe-entre-80-y-100-denuncias-semanales.html>

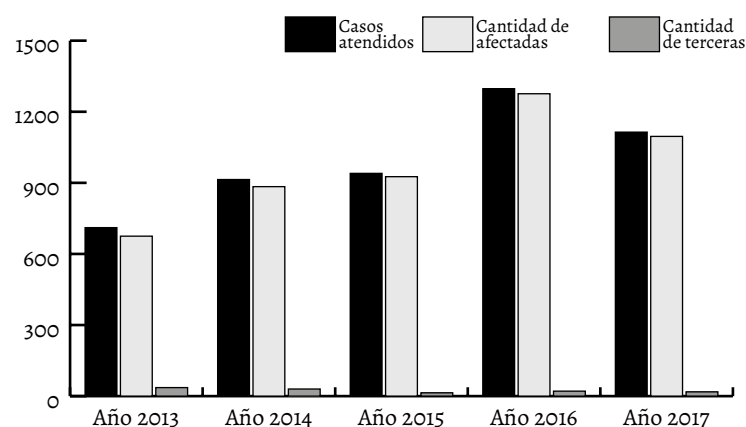
10 <https://www.elsol.com.ar/nota/311600/provincia/violencia-de-genero-la-justicia-recibe-entre-80-y-100-denuncias-semanales.html>

11 Más información en el sitio web: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-la-mujer>

12 Es oportuno aclarar que "casos atendidos" hace referencia a los legajos ingresados, pero no implica la concurrencia de las mujeres a la Dirección, ya que en parte corresponden a compulsas remitidas desde otros organismos, a partir de las cuales se realiza comunicación telefónica con las mujeres causantes (o se las cita), pero no siempre se presentan personalmente. Mientras que "Afectadas" incumbe a las mujeres que han iniciado algún tipo de acción por ser víctimas de violencia y "Terceros" hace referencia a otras personas que ponen en conocimiento de la Dirección la situación que sufre alguna mujer.

las denuncias por violencia contra las mujeres- el Ministerio Público no remite la tota-

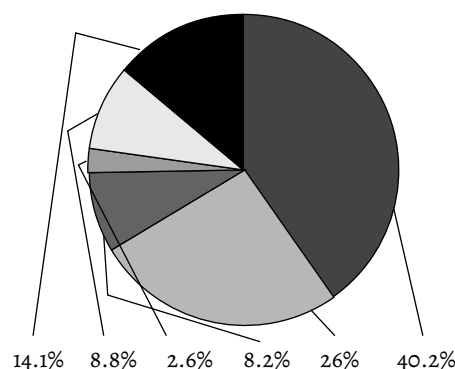
Estadísticas Dirección de la Mujer. Año 2013-2017



lidad de las mismas, como antes ocurría.

Además, en la mayoría de (40%) de los casos se trata de mujeres de entre 30-39 años, 26% de mujeres de 22-29 años, 14% de 40-49 años, 8% jóvenes de 19-21 años, 8,8% mu-

Afectadas por edad. Año 2017



jes de más de 50 años y 2,6% jóvenes de 15-18 años.

Por otro lado, el departamento de la provincia con mayor número de consultas es el de Guaymallén, con un 22%. La primera circunscripción judicial representa el 66,4% de las consultas atendidas por la Dirección, le sigue la 4° circunscripción judicializaron el 24,7%, en donde el organismo cuenta con una sede y la 3° circunscripción judicial

representa el 8,9% de los casos atendidos.

3. Los denunciados

Rubén Giacchi¹³: el entonces Ministro de Salud, Desarrollo Social y Deportes de la provincia fue denunciado por violencia de género por su pareja.

Laura García denunció que el funcionario la golpeó con el puño afectándole el ojo y el maxilar izquierdo en medio de una violenta discusión en su fiesta de cumpleaños.

Giacchi presentó la renuncia en el mes de enero.

Fernando Giunta¹⁴: El fiscal de Violencia de Género de Mendoza, Fernando Giunta, fue denunciado por su mujer, la periodista Cinthia Alvea, quien lo acusó de violencia verbal y económica. La pareja llevaba seis meses de matrimonio y según la denuncia, ella había dejado de trabajar como periodista en el diario Los Andes a pedido de su marido.

Las autoridades ordenaron pericias psiquiátricas a la mujer, dictaron una prohibición de acercamiento hacia la víctima y colocaron custodia policial en su casa de Godoy Cruz. La Procuración de Mendoza suspendió al fiscal y posteriormente se resolvió que fuera desplazado para cumplir funciones en la Fiscalía de Instrucción de Maipú-Luján, de donde ya había sido trasladado en 2010 acusado de armar una causa por el homicidio de Marcos Cardozo, de apenas 11 años, ocurrido el 19 de agosto de 2009 en Luján de Cuyo. En esa oportunidad, Giunta fue salvado por el Jury de Enjuiciamiento y trasladado a Las Heras-Lavalle para luego recalar en la Fiscalía de Violencia de Género, donde, por otra denuncia, tuvo que volver a irse.

Mauricio Runno¹⁵: un reconocido periodista fue detenido por la Policía mientras forcejeaba con su ex pareja en la puerta de la Casa de Gobierno de Mendoza. No se trató de una situación de violencia física, pero el grado de las agresiones verbales hizo que los transeúntes requirieran intervención policial. Runno ya había sido detenido por violencia verbal contra su pareja en octubre del 2016 y tenía una prohibición de acercamiento hacia ella.

El periodista fue condenado a 6 meses de prisión en suspenso por amenazas simples, en el contexto de violencia de género y amenazas contra personal policial

Marcelo D'Agostino¹⁶: El actual Subsecretario de Justicia fue denunciado por una empleada de Casa de Gobierno por violencia de género laboral consistente en hosti-

13 <https://www.minutouno.com/notas/1531659-escandalo-mendoza-renuncio-un-ministro-violencia-genero> /<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/hay-varios-testigos-que-vieron-ruben-giacchi-golpear-su-pareja-segun-el-abogado-la-denunciante-20170118-n1323257.html>

14 https://www.clarin.com/sociedad/mendoza-fiscal-violencia-genero-denunciado-mujer_o_HJYe4HGrZ.html<http://www.losandes.com.ar/article/echaron-al-fiscal-giunta-de-violencia-de-genero>

15 <https://www.minutouno.com/notas/1551743-mendoza-detienen-periodista-casa-gobierno-violencia-genero/> . <http://www.diariouno.com.ar/policiales/condenaron-periodista-6-meses-prision-suspenso-pactar-el-fiscal-20170523-n1401817.html>

16 <http://jornadaonline.com/mendoza/178383-denunciaron-por-violencia-de-genero-al-subsecretario-de-justicia>

gamientos y agresiones. Según la denuncia, D'Agostino habría discutido con la mujer porque ella, en los últimos días, habría grabado con su teléfono algunas situaciones de maltrato verbal.

El funcionario del Gobierno de Mendoza advirtió que ella estaba llevando un registro de audio de los presuntos maltratos y se habría desatado una situación violenta. La joven denunció que en la tarde del miércoles se produjo un forcejeo con el celular y ella terminó con lesiones en la mano, concretamente rasguños y escoriaciones.

Leonardo Celedón¹⁷: en el contexto de una huelga de hambre llevada a cabo por personas detenidas en el pabellón de delitos de violencia de género del complejo penitenciario Boulogne Sur Mer, el Sr. Celedón, Director del penal, recibió una denuncia penal por parte de su hermana a raíz de una brutal golpiza que le habría propinado por una disputa inmobiliaria.

Lo curioso de la mayoría de estos casos, salvo por el de Runno, es que quienes se han encontrado desempeñando funciones públicas para el actual gobierno provincial, no han sido privados de su libertad en virtud de estas denuncias. Esto constituye una notoria y llamativa contradicción con la política de “mano dura” y uso excesivo de la prisión preventiva que impulsó el Gobernador Alfredo Cornejo como medidas de prevención del delito en general y violencia de género en particular.

4. Crónica de los casos de violencia machista

Año a año hay un resurgir de la violencia machista y que se expresa en la peor de sus formas, el asesinato de mujeres. Según un informe del Movimiento de Mujeres de la Matria Latinoamericana (MuMaLá) de su Registro Nacional de Femicidios correspondiente a todo el año 2016, se registraron en 322 hechos que incluyen femicidios, femicidios vinculados y travesticidios en el país.

Ahora bien, vemos aquí las crónicas de femicidios que ocurrieron en la Provincia de Mendoza desde enero de 2017 hasta el mes de octubre de 2017.

Febrero

Natalia Calderaro de 31 años es asesinada por su pareja, Federico Camargo, en el barrio Buena Vista de Luján de Cuyo. Basados en las primeras averiguaciones y evidencias, se cree que el hombre intentó simular el suicidio de su pareja obligándola a tomar pastillas. Sin embargo, al revisar a Natalia, se corroboró que presentaba signos de violencia, principalmente golpes y evidencias de ahorcamiento¹⁸.

Marzo

Daniel Antonio Díaz Carrasco, fue **acusado de desnudar, atar y golpear brutalmente**

17 <http://jornadaonline.com/mendoza/177558-gravisima-denuncia-contr-el-director-del-penal-boulogne-sur-mer>

18 <https://www.laizquierdadiario.com/Femicidio-en-Mendoza-66885><http://www.losandes.com.ar/article/posible-femicidio-en-carrodilla-investigan-si-el-marido-simulo-el-suicidio-de-una-mujer>

a su pareja, de 43 años, en una casa de la localidad mendocina de Maipú. La mujer presentaba politraumatismos leves, escoriaciones en el tórax y en las manos producidas por ataduras, pérdida de dos piezas dentarias, traumatismo nasal sin fractura y signos de haber sido ahorcada. Según manifestó la mujer de identidad reservada, fue desnudada, atada y atacada con golpes de palo y patadas por su pareja, quien fue detenido en su casa¹⁹.

Agustina Martínez, fue privada de su libertad y amenazada junto a su pequeño hijo Nathaniel por su ex pareja, Jonathan Molina (18). Con la excusa de reiniciar la relación amorosa, la llevó hasta su vivienda de Guaymallén y una vez adentro, le quitó el celular para que no pudiera pedir ayuda y la mantuvo amenazada con un arma, igual que al niño. Agustina estuvo cautiva durante todo un fin de semana, hasta que aprovechó que su agresor había ido a trabajar y consiguió escapar y pedir ayuda²⁰.

Abril²¹

Macarena Arturia (21) de San Martín fue brutalmente agredida por su pareja, Jorge Roberto Ozán, quien tomó un hierro con el cual le propinó varios golpes a la altura de las costillas y en otras partes del cuerpo. En la guardia le diagnosticaron a la joven politraumatismos por golpiza en el cráneo, en el rostro y en la cadera.

María Alborno (20) de Godoy Cruz, fue agredida por su pareja, Ramiro Guzmán (23) quien le propinó fuertes puñetazos en el cara lesionándola principalmente en la nariz y en otras partes de la cabeza.

Mayo

Cintia Quinteros (33) de Godoy Cruz fue quemada con gasolina por su ex pareja. Vecinos declararon que habían visto al agresor transportando bidones de nafta. Cintia sufrió quemaduras en el 70% de su cuerpo²².

Nélida González Azcurra (36) años, fue asesinada por su expareja. Nélida lo había denunciado tres veces por violencia de género y existía una medida de prohibición de acercamiento contra el agresor. La última denuncia fue radica horas antes de que su ex pareja la asesinara de un balazo. El femicida se suicidó momentos después de matar a Nélida²³.

Una mujer de 32 años, oriunda de San Martín, sufrió tentativa de femicidio cuando

19 <http://www.elintransigente.com/policiales/2017/3/8/mendoza-ataco-mujer-rompio-dientes-martillazos-426242.html> / <http://www.diariouno.com.ar/policiales/violencia-genero-una-mujer-fue-atada-desnudada-y-golpeada-su-pareja-20170308-n1353413.html>

20 <http://www.diariouno.com.ar/policiales/dos-nuevos-casos-violencia-genero-una-joven-y-su-bebe-fueron-encerrados-y-otra-chica-fue-golpeada-20170321-n1361363.html>

21 <http://www.diariouno.com.ar/policiales/cuatro-casos-violencia-genero-el-gran-mendoza-y-san-martin-20170416-n1377743.html>

22 <https://www.elnueve.com/un-hombre-prendio-fuego-a-su-ex-mujer-en-godoy-cruz>

23 <https://www.laizquierdadiario.com/Mendoza-femicidio-en-el-Este-provincialhttps://www.diariopopular.com.ar/policiales/asesino-un-balazo-su-ex-mujer-y-se-suicido-n310411https://www.minutouno.com/notas/1554041-mendoza-el-hombre-que-mato-su-ex-y-se-suicido-tenia-una-condena-abuso>

su ex pareja llegó a su casa y sin mediar palabra, la apuñaló y se dio a la fuga. La víctima tuvo que ser intervenida en cirugía luego de sufrir herida punzocortante en zona axilar derecho y en zona axilar del quinto nivel intercostal derecho, según informaron fuentes médicas²⁴.

Agosto

Un hombre de 37 violó y luego golpeó a su pareja hasta dejarla inconsciente en Luján de Cuyo. El hecho fue denunciado por un niño que estaba en el lugar. La mujer llegó inconsciente al hospital Lagomaggiore, golpeada en varios lugares del cuerpo e incluso quebrada, cuando recuperó la lucidez dijo que había sido violada por el individuo²⁵.

Un joven de 23 años fue detenido en Malargüe tras querer ahorcar a su pareja de 16 años, a quien también golpeó en la cabeza. El hombre agredió físicamente a su novia y escapó del lugar. Luego fue detenido por personal policial, que lo trasladó a la Comisaría 24. La adolescente fue derivada al Hospital Regional, donde se le diagnosticó un hematoma en la frente y excoriaciones en el cuello²⁶.

Octubre

Un hombre, de 57 años y con una orden de restricción en su contra, se sacó la pulsera magnética con la que lo monitoreaban para poder ir a atender contra la vida de su ex pareja. El agresor fue con bidones de nafta hasta la casa de su ex mujer en San Rafael, Mendoza. Una vez allí, roció una de las ventanas, la prendió fuego y esperó que los ocupantes salieran de la casa. En cuanto vio a su ex pareja, el agresor la acuchilló con un machete de fabricación casera, y embistió contra el resto de los ocupantes de la vivienda. El agresor fue detenido e intentó suicidarse infructuosamente en un término de 48 horas en la Comisaría donde fue detenido y en la cárcel de San Rafael. El agresor ya había recibido condenas por violencia de género que incluía amenazas con armas de fuego²⁷.

Cabe entonces, hacer el siguiente análisis: ¿la cantidad o número de femicidios es “estable” o viene creciendo en este último tiempo? En relación a este punto, Zaffaroni

en ocasión de escribir en un matutino nacional, reflexionaba: “si la frecuencia de femicidios se mantuviese estable, podrían atribuirse directamente a la cultura machista dominante en nuestra sociedad, pero mientras se lucha contra esa cultura, habría que preguntarse qué se puede hacer para prevenirlos. Pero si en realidad la frecuencia femicida ha aumentado –y más si nos hallamos en un pico, brote o “epidemia”–, sin perjuicio de seguir enfrentando la cultura machista, habría que averiguar qué otros factores han incidido en eso, obviamente que no por mera curiosidad, sino también para prevenir los hechos y contener el fenómeno”.²⁸ Es este punto el que consideramos trascendental y debe dejarse planteado el interrogante que abra al debate en busca de posibles soluciones.

Así, situándonos en la hipótesis más grave (la de un “brote femicida”), podemos afirmar que el Derecho ha dado sus respuestas, pero que estas no han sido suficientes. La pena en nuestra legislación para un crimen contra la vida de una mujer es de prisión perpetua, la máxima en nuestra normativa²⁹. Siendo así, es claro que tal penalidad no es –por si sola– la solución a este problema o que al menos no es suficiente y que de ningún modo tiene efecto disuasorio.

5. La situación de las personas privadas de libertad por delitos de violencia de género

Con relación a lo expuesto en el apartado que precede, la situación carcelaria para el resto de las personas denunciadas por violencia de género es muy diferente a la de los funcionarios y nos enfrenta a otra cara de la problemática, que debe ser analizada críticamente a los efectos de determinar si el recrudecimiento de la persecución penal es verdaderamente una herramienta útil y eficaz a la hora de prevenir y erradicar la violencia de género.

En el mes de febrero, se contabilizaban alrededor de 270 personas detenidas, acusadas y en algunos casos condenados por violencia de género en el penal de Boulogne Sur Mer. Para ese momento, se reconocía que la capacidad de alojamiento del pabellón estaba sobrecargada a raíz de la modificación del régimen de prisión preventiva³⁰. Ese mismo mes, se inauguró otro pabellón construido por los propios detenidos para descomprimir el colapsado pabellón 5, mejorar las condiciones de encierro y ampliar la capacidad de alojamiento³¹. Este nuevo sector estaba pensado para albergar personas

24 <http://www.mdzol.com/nota/736203-otro-caso-de-violencia-de-genero-en-el-este-esta-vez-en-palmira>

25 <https://www.elnueve.com/grave-caso-de-violencia-de-genero-en-lujan>

26 <http://www.diariouno.com.ar/policiales/arrestaron-un-joven-23-anos-que-quiso-ahorcar-su-novia-16-20170809-n1448377.html>

27 <https://www.argnoticias.com/sociedad/Horror-en-Mendoza-se-saco-la-pulsera-magnetica-acuchillo-a-su-ex-mujer-y-prendio-fuego-la-casa-20171009-0015.html> /<http://www.eldiarionuevodia.com.ar/nacional/policiales/2017/10/9/mendoza-arranco-pulsera-electronica-para-intentar-matar-mujer-47088.html> <http://www.diariouno.com.ar/policiales/acuchillo-su-pareja-quiso-incendiar-la-casa-y-se-intento-ahorcar-la-comisaria-20171008-n1484245.html> <http://www.diariouno.com.ar/policiales/el-hombre-que-ataco-su-ex-pareja-y-su-hija-san-rafael-intento-quitarse-la-vida-la-carcel-20171011-n1486223.html> /<http://www.eldiarionuevodia.com.ar/nacional/policiales/2017/10/10/mendoza-fue-noche-terror-vivimos-casa-47129.html> .-

<https://radiomitre.cienradios.com/alerta-por-otro-caso-de-violencia-de-genero-en-mendoza/>

28 Femicidio. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/38399-femicidio>

29 Sin embargo, existe en otros países de la región con leyes más integrales y específicas en la tipificación de estos delitos, como son los ejemplos de La Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia sobre la mujer de Guatemala (que lo define como la “muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres”) y la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, de El Salvador (que regula el delito de “Feminicidio” en el art. 45, delito que consiste en dar muerte a una mujer “mediando motivos de odio o menosprecio a su condición de mujer”).

30 <https://radiomitre.cienradios.com/en-mendoza-hay-270-detenido-en-un-pabellon-por-violencia-de-genero/>

31 <http://www.losandes.com.ar/article/inauguraron-el-pabellon-que-construyeron-los-propios-presos-por-violencia-de-genero>

imputadas por casos leves de violencia de género, que tuvieran buena conducta, y fueran mayores de 45 años.

La política criminal de esta gestión es clara y eso se refleja en las cifras, ya que Mendoza ha vivido el mayor ritmo de aumento de la población penitenciaria en los últimos diez años -un incremento del 14% en el año 2016-. Las medidas promovidas por el Estado provincial establecen que los procesos por delitos graves deben llevarse a cabo con sus acusados detenidos e imponen un endurecimiento en el tratamiento judicial de los casos de violencia familiar.

En virtud del creciente ingreso de personas por este tipo de delitos y el agravamiento del hacinamiento, en el mes de junio alrededor de 300 internos iniciaron una huelga de hambre reclamando el respeto a sus derechos constitucionales. Los ejes principales del reclamo eran las terribles condiciones de alojamiento y que muchas detenciones no habrían sido ordenadas en virtud de pruebas fehacientes que los inculpen, es decir, se trataba de privaciones de libertad arbitrarias y violatorias de las garantías del debido proceso y del principio constitucional de inocencia. Por ello, los detenidos exigían que se pusiera en libertad a aquellas personas cuyas denuncias no hubieran sido corroboradas mientras esperaban que se realicen las pericias psiquiátricas pertinentes para determinar su grado de peligrosidad³².

Numerosos medios de comunicación recabaron la opinión de especialistas en la materia, quienes señalaron, como causas de las demoras en el proceso judicial, la política de detenciones masivas implementada por las fiscalías y la transformación de tres juzgados correccionales en juzgados de flagrancia por lo que numerosos casos de violencia de género quedaron sin ser atendidos³³.

En igual sentido, el Gobernador Cornejo se expidió al respecto atribuyendo responsabilidad a la falta de celeridad, seriedad y contenido de las pericias psiquiátricas que se les practica a los denunciados. Sin embargo resaltó que en el 90% de los casos ya existirían denuncias por otros delitos o serían reincidentes en el delito de violencia de género³⁴ y que el aumento de detenidos por casos de violencia de género *“es un éxito, porque se avanzó en un delito que antes no era tenido en cuenta ni por la Justicia ni por los medios”*.³⁵

Lo cierto es que cada vez hay más personas detenidas por estos delitos y la respuesta del Estado sólo consiste en generar más espacios de detención que, al poco tiempo de ser inaugurados, ya se encuentran colapsados nuevamente. Sin dejar de lado la importancia, tipificación, visibilización y la persecución de la violencia de género, es necesario preguntarnos qué tan efectiva es esta política criminal si pensamos en la “rehabilitación” de los agresores, qué tan útil es al momento en que la persona violenta

recupera su libertad y retoma el vínculo de pareja con la mujer agredida o entabla nuevas relaciones, qué medidas de protección eficaces y reales se le ofrecen a las mujeres una vez que su agresor recupera su libertad.

Se trata de interrogantes que difícilmente encuentren respuestas satisfactorias, a menos que la violencia de género se aborde integralmente, no sólo poniendo tras las rejas por algunos meses y en condiciones deplorables a quienes agreden sino buscando la reeducación del agresor cuando sea posible, o implementando medidas de protección que trasciendan la mera resolución de prohibición de acercamiento, cuando no lo sea.

6. Algunos avances y temas pendientes:

a) Unidad Fiscal Especializada en Violencia de Género

En el informe del año 2016 alertábamos respecto a la necesidad de creación de una Fiscalía Especializada en Violencia de Género que esté dotada de los recursos necesarios y de operadores capacitados especialmente en la temática. Entendemos que esto constituye una herramienta fundamental de trabajo en el ámbito del Ministerio Público Fiscal para hacer efectiva la obligación internacional asumida por el Estado argentino de tomar todas las medidas que sean necesarias para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia de género, al igual que lo que dispone la Ley Nacional N°26.485.

El 28 de octubre de 2015, la Procuración General de la provincia dictó la Resolución Nro. 727/2015 por la que resolvió crear la Oficina Fiscal y la Unidad Fiscal de Violencia de Género, requiriendo al Poder Ejecutivo la habilitación de una partida presupuestaria al efecto.

Habiendo transcurrido más de dos años, esta partida presupuestaria no habría llegado ya que la Fiscalía se habilitó y organizó con personal que ya cumplía funciones en el Ministerio Público Fiscal, es decir, a través de la reasignación de operadores.

Así, en febrero de 2017, se inauguró la Unidad Fiscal Especializada, a cargo de tres fiscales que en ese momento se desempeñaban como fiscales de instrucción en oficinas departamentales³⁶.

Si bien el reclamo social de crear una fiscalía especializada en la materia se concretó desde lo formal, entendemos que esta medida no brinda una respuesta totalmente adecuada a la situación de las mujeres víctimas de violencia que recurren a la justicia, ya que la complejidad, sensibilidad y especificidad de la problemática requiere que quienes desempeñen el cargo de fiscales y auxiliares sean personas especialmente capacitadas en la materia, que tal conocimiento sea acreditado y que accedan a los cargos previo concurso.

Ciertamente podemos llamar a la Unidad Fiscal una oficina “especializada”, pero ello implica mucho más que la burocracia de denominarla de ese modo, ya que los fiscales a cargo y otros operadores no han demostrado en un concurso al efecto la ido-

32 <https://www.infobae.com/sociedad/2017/06/05/mendoza-cientos-de-presos-por-violencia-de-genero-iniciaron-una-huelga-de-hambre/>

33 <https://www.infobae.com/sociedad/2017/06/05/mendoza-cientos-de-presos-por-violencia-de-genero-iniciaron-una-huelga-de-hambre/>

34 <http://www.diariouno.com.ar/mendoza/huelga-hambre-el-penal-el-gobernador-mendoza-pidio-peritajes-forenses-mas-categoricos-20170607-n1411504.html>

35 <http://jornadaonline.com/mendoza/177494-violencia-de-genero-mas-denuncias-de-los-presos-y-defensa-de-cornejo-a-fiscales>

36 Ver: <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/cornejo-inauguro-una-oficina-fiscal-especializada-en-violencia-de-genero/>

neidad y especial capacitación requerida para desempeñarse en dicha oficina.

De hecho, el Ministerio Público Fiscal y la oficina especializada cuentan con un hecho bochornoso en el que el Fiscal Especializado fue denunciado por violencia de género y posteriormente apartado en las funciones de dicha unidad, tal como ya se mencionó en apartados anteriores³⁷.

La perspectiva de género en el ámbito judicial es una necesidad que deber ser cubierta con la intervención de personas que acrediten conocer y haber aprehendido acerca de la problemática para acompañar a las mujeres que se encuentran en esta situación de manera adecuada. De lo contrario, la eficacia del sistema de justicia para procesar y sancionar los hechos de violencia continuará siendo afectada por la existencia de prácticas socioculturales discriminatorias que influyen en la actuación de los funcionarios de todos los niveles del poder judicial y más aún en una oficina especializada para la cual no han sido debidamente evaluados.

Debemos insistir también en las funciones que debería tener la fiscalía especializada, fundamentalmente la investigación, persecución y prevención de las conductas constitutivas de violencia de género en relación a delitos contra la vida (Libro Segundo Título I Capítulo I del Código Penal), contra la integridad sexual (Libro Segundo Título III del Código Penal) y contra la libertad (Libro Segundo Título III del Código Penal), procurando establecer las debidas prioridades entre los casos que se presenten así como también no destinar recursos (los pocos con los que se cuenta) en casos que no sean tales, brindando una respuesta integral a la situación, más allá de la prisionización del agresor. Además, resulta fundamental continuar implementando estrategias de protección de las mujeres víctimas, brindando el asesoramiento y contención adecuados.

b) Refugios para mujeres en situación de violencia

En el mes de junio, se inauguró en la provincia el refugio estatal para víctimas de violencia de género. Según datos oficiales, allí se puede albergar hasta 30 personas, contemplando a los niños y niñas que tenga la víctima bajo su guarda.

Al respecto, la Lic. Silvina Anfuso (titular de la Dirección de Género y Diversidad de Mendoza) indicó que si bien se trata del quinto lugar que se suma en la provincia, es el primer hogar que se construye y se diseña para que sirva de hogar de protección para las mujeres que están atravesando una situación de violencia de género. Los otros son de colaboración con instituciones o municipios.

La funcionaria aclaró que “lo particular de este refugio es que fue pensado desde el primer ladrillo a la última silla para que sea un lugar de protección integral y el más grande de la provincia. Tiene una plaza para 30 personas que pueden ser mujeres con niños y niñas. Por supuesto está adecuado, cada dos habitaciones hay un baño. La cocina es grande al igual que los demás espacios. Hay seguridad contratada y estamos en

un espacio donde podemos articular con escuelas e instituciones”³⁸.

Entendemos que la habilitación del señalado refugio es un avance significativo a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Nacional N° 26.485 y la obligación del Estado de brindar asistencia y protección a las mujeres. Los refugios constituyen una herramienta muy importante para lograr tales objetivos, ya que si bien existen otros mecanismos de protección en muchos casos éstos resultan insuficientes o ineficaces resguardar la integridad psíquica y física de la mujer y niños o niñas que se encuentran a su cuidado.

c) Observatorio de Violencia de Género

En el año 2015, Mendoza creó -mediante la Ley Provincial N° 8.805³⁹- su propio Observatorio de Violencia de Género con la finalidad de desarrollar información para el diseño, monitoreo y gestión de políticas públicas con perspectiva de género transversales a todas las áreas gubernamentales y tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

Al mes de agosto de 2016, la Directora de Género de nuestra provincia informaba que el mismo aún no se encontraba en funcionamiento⁴⁰. Posteriormente, informó que en lo que va de 2017 dicho Observatorio (sin conocer fecha exacta de inicio de actividades) llegó a 1.000 casos registrados⁴¹.

Sin embargo, al visitar la página oficial del mismo puede advertirse que la efectiva implementación del Observatorio y la obligación asumida por la Provincia al respecto aún dista mucho de cumplirse, pues puede observarse que desde su creación sólo existen datos estadísticos del año 2015 (donde el observatorio supuestamente no se encontraba en funcionamiento) y no se ha aportado nueva información al respecto.

Por otro lado, debe recordarse que desde el año 2017 hasta el 2019 se encontrará vigente el Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, el que dispone que, tanto el Observatorio Provincial como el Estado Provincial, son organismos responsables por la implementación de las acciones allí establecidas⁴².

Además, y siguiendo a Zaffaroni, ello podría ser una herramienta de la criminología de campo⁴³, permitiendo con una investigación exhaustiva que se abarque la totalidad de los casos de femicidio, usando información desde los propios expedientes judiciales⁴⁴, y analizándola a fin de evaluar su utilidad para prevenir. Una vez concretados

38 Ver: <http://www.diariouno.com.ar/mendoza/mendoza-ya-cuenta-un-refugio-mujeres-victimas-violencia-genero-20170602-n1408823.html>

39 Ver: <https://secretariomike.files.wordpress.com/2015/10/ley-8806-2015-violencia-genero1.pdf>

40 Ver: <https://www.laizquierdadiario.com/Mendoza-la-directora-de-Genero-y-Diversiad-provincial-estuvo-en-la-Comision-de-Genero-de-Diputados>

41 Ver: <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/fortalecen-el-registro-del-observatorio-de-genero/>

42 Ver: http://www.cnm.gob.ar/recursos/PlanNacionalDeAccion_2017_2019Ult.pdf

43 Femicidio. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/38399-femicidio>

44 Acá cobra especial relevancia la necesidad de contar con personal judicial altamente capacitado para estos procesos, con la posibilidad de poder tener a futuro un protocolo detallado

37 Ver: <http://jornadaonline.com/mendoza/179380-el-fiscal-denunciado-por-violencia-de-genero-sera-trasladado>; https://www.clarin.com/sociedad/mendoza-fiscal-violencia-genero-denunciado-mujer_o_HJYe4HGrZ.html

los datos, se deberían dar a conocer las conclusiones y centrarse en las necesarias para la prevención. No solo debe servir para orientar políticas públicas si no para las conductas de todos los involucrados en el tema, incluidos los del ámbito privado. Con esta información precisa, también podría ahondarse en qué sería fructuoso que realicen las distintas agrupaciones de la sociedad civil, desde todos los ámbitos. Es que no debe agotarse el tema en reclamar al Estado que solucione todos los problemas (sobre todo cuando el Estado ha dado muestras de que no es más que esto que venimos viviendo: un actor pasivo que va enfrentado el problema de atrás, y que no tiene ni tuvo como prioridad este tema, más allá de algún oportunismo electoral). Debe accionarse por todos los frentes, y en todos los ámbitos.

d) Movilización social

En este sentido, encontramos un panorama un poco más alentador, y viene de la mano de la creciente lucha que llevan adelante las organizaciones de mujeres que cotidianamente se dedican a concientizar acerca de esta problemática. Las numerosas marchas, movilizaciones y encuentros que se realizan dan cuenta de ello⁴⁵.

Organizaciones no gubernamentales, movimientos barriales, agrupaciones estudiantiles y sectores académicos visibilizan la violencia machista que nos agobia. En este punto, Rita Segato, sostiene que *“las marchas promueven una “consciencia de género”, permiten que las mujeres percibamos que hay amparo, y, por sobre todo, que hay “otras formas de felicidad” al alcance, bien al alcance, de nuestra manera de ser, modeladas por nuestras tecnologías de sociabilidad y estilos de politicidad, que ahora renacen después de un largo sometimiento y letargo”*⁴⁶. Sin dudas, debe continuar esta forma de lucha, e inclusive ensanchar el universo de personas que abarca, pero la magnitud del problema nos muestra que no es suficiente.

7. Aborto no punible

Un año más debemos hacer mención de la gran deuda pendiente que tiene la provincia de Mendoza: aún continúa sin adherirse a la guía técnica que establece cómo debe actuar el Estado para garantizar la salud de las mujeres en casos de aborto no punible -es decir, aquellos que están contemplados por el art. 86inc. 2° del Código Penal, en casos de peligro para la vida o salud de la madre o producto de un abuso sexual.

Cabe recordar que el 13 de marzo de 2012, en un fallo histórico por su contenido y alcance, la Corte Suprema de Justicia de la Nación zanjó la discusión relativa a este artículo del Código Penal, estableciendo que comprende a los abortos que se practiquen respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, sea o no su víctima

“demente o idiota” (de acuerdo a la propia terminología de dicho artículo).

El fallo reitera lo dicho en otros precedentes jurisprudenciales respecto de que la realización del aborto no punible no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial. Recuérdese que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Dictamen del 28 de abril de 2011⁴⁷ relativo al caso L.M.R., sostuvo que la judicialización del caso constituyó una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. En sus palabras: *“la ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico, constituyó una violación del derecho a la intimidad de aquélla por lo que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto.”*

Sobre ello, la responsable del Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes de la provincia, Claudia Najul, ha manifestado que *“están trabajando el tema con su equipo y que cuando esté listo será comunicado (...), la tardanza en la definición se debe de alguna manera en que quieren tomar todos los recaudos legales, porque a pesar de los fallos de la Justicia, y de que otras provincias avanzaron con el protocolo, igualmente fueron cuestionados posteriormente”*. Indicó que muchas provincias han adherido al protocolo nacional y han tenido amparos por distintas legislaciones provinciales, por lo que es necesario realizarlo de la manera más oportuna⁴⁸.

Mientras tanto, el 28 de septiembre -Día Mundial por la Despenalización y Legalización del Aborto-cientos de mujeres marcharon en nuestra provincia reclamando la implementación del aborto legal, seguro y gratuito. Referentes en la temática indicaron que en el fallo del año 2012, la Corte de la Nación entendió que, según la Constitución Nacional y compromisos internacionales asumidos por nuestro país, las excepciones contempladas en el Código Penal son un derecho para las mujeres.⁴⁹

Las mujeres movilizadas -integrantes de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito- exigieron, entre otras cosas, *“Que se garantice el acceso a los abortos legales en caso de violación o peligro de la salud/vida de la mujer gestante sin obstáculos ni dilaciones de ningún tipo, asumiendo la definición amplia de salud de la Organización Mundial de la Salud, La derogación de la ley que restringe la venta de misoprostol, Que se cumpla con la ley de educación sexual integral, y se garantice su laicidad, Que se garantice la provisión y acceso a métodos anticonceptivos y preservativos en todo el sistema de salud, Presupuesto, jerarquía institucional y voluntad política para el cumplimiento de las leyes que garantizan nuestros derechos sexuales y reproductivos.”*⁵⁰

En nuestro país se realizan cerca de 500.000 abortos clandestinos por año y en nuestra provincia en el año 2016 se realizaron 2.111, los cuales el 73% (1540) se llevaron a cabo fuera de un hospital, es decir en forma clandestina.⁵⁰ Mendoza, aún no cuenta con un protocolo que garantice a las mujeres el acceso a la salud en estos casos. Mientras el

desarrollado por expertos para estos casos. Es que la información que se recoja de los expediente debe ser seria, confiable y minuciosa.

45 <http://www.mdzol.com/notafull/737249-niunamenos-imagenes-de-la-marcha-en-mendoza/>

46 FEMICIDIO Y LOS LÍMITES DE LA FORMACIÓN JURÍDICA. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/39984-femicidio-y-los-limites-de-la-formacion-juridica>

47 Ver: <http://www.diariouno.com.ar/mendoza/embarazos-el-protocolo-el-aborto-no-punible-aun-esta-espera-20170601-n1407849.html>

48 Ver: <http://www.unidiversidad.com.ar/para-el-estado-somos-personas-en-el-momento-en-que-nacemos>

49 Ver: <http://www.elotro.com.ar/un-grito-en-mendoza-por-el-aborto-legal/>

50 Ver: <http://www.diariouno.com.ar/mendoza/le-pedirán-najul-que-aplique-el-protocolo-aborto-no-punible-20170925-n1476052.html>

Estado desplaza el debate sobre la adherencia a la guía técnica para la interrupción legal del embarazo, seguimos las mujeres recurriendo a prácticas (que al ser negadas por el ámbito público), se ejercen en la clandestinidad, donde se corre todo tipo de riesgo.

8. Conclusiones

En un análisis de la situación en Mendoza, en lo que a violencia de género respecta, el aumento de los casos y denuncias puede deberse al alza de la espiral de violencia machista que sufren las mujeres en sus distintos tipos y modalidades (física, psicológica, sexual, económica, familiar, laboral, institucional, etc.) o al aumento de la concientización sobre la problemática, que hace que las mujeres están más alerta ante situaciones de riesgo y se animan a denunciar.

En relación a ello, podría decirse que la problemática de la violencia de género ha adquirido un gran visibilización en nuestro país y que gran parte de la maquinaria estatal adhirió y asumió este problema: se generó normativa y nuevas instituciones para abordarla. Sin embargo, la solución parece estar muy lejos, peor aún: parece agravarse y los números aterran

A pesar de que en nuestra provincia ha habido algunos avances, como la creación de la Unidad Fiscal Especializada y la inauguración del refugio estatal para víctimas de violencia de género, aún queda mucho por hacer. Se requiere de manera urgente profundizar el trabajo integral de las instituciones que están vinculadas con el sistema de protección de la mujer que sufre situaciones de violencia y generar mayores instancias de contención psicológica y económica.

Consideramos que todas las medidas que se están implementando no tendrán ningún éxito si no son acompañadas de políticas educativas de prevención y concientización acerca de la problemática, con el fin de producir cambios culturales basados en la consideración de la mujer como sujeta de derechos. Somos conscientes de que estos cambios llevan, inexorablemente, mucho tiempo pero resultan fundamentales para la vigencia y aseguramiento de la vida y de los derechos de todas las mujeres, ya que apuntan a las causas -y no sólo las consecuencias- de las prácticas machistas, violentas y discriminatorias que se aún están vigentes en nuestra sociedad.

Johana Chacón: la sociedad mendocina reclama respuestas

VIVIANA BEIGEL - SILVIA MINOLI - PABLO SALINAS

El caso de Johana Chacón conmovió a toda la sociedad mendocina, en especial a la comunidad de Lavalle. Una adolescente de 13 años, desaparecida desde hace más de 5 años, sin que se sepa hasta la fecha que sucedió con ella.

Hay certezas a medias, se presume que fue un homicidio producido por violencia de género, pero no se determinó donde está la joven y si fue Mariano Luque quien la asesinó, porque la Justicia aún no establece la responsabilidad de quien se supone tuvo que ver con su destino.

El proceso judicial en el que se investiga su desaparición está llegando a juicio oral. Hay pruebas suficientes para el debate y en esa instancia establecer si, quien está acusado de haberla asesinado, es culpable de este hecho. Esperamos Justicia, reclamamos respuestas.

1. Octubre de 2017: todavía sin Johana Chacón.

“Periódicamente releo los avisos con los que comenzamos a difundir la desaparición de Johana y Soledad, los informes presentados, los correos enviados y recibidos, las llamadas telefónicas,

los artículos de diarios provinciales y nacionales, y no dejo de asombrarme por la solidaridad de muchos y angustiarme por el tiempo que sigue transcurriendo sin respuestas.

Luego de 5 años de amarga e infructuosa búsqueda, sigo preguntándome: ¿Pueden desaparecer dos mujeres sin dejar rastro alguno?

Lamentablemente, la respuesta es “SI” y esto sucede por dos simples razones: ser mujeres y ser pobres. Sin lugar a dudas, ambas condiciones agravaron la situación de vulnerabilidad en la que vivían. Esto, sumado a un Estado ausente y a una Justicia burocrática, puede arrojar como resultado, entre otras cosas, la revictimización constante y la muerte de dos chicas indefensas.

Ante la indignación provocada por la absolución de Luque en 2015 (en el primer juicio por Soledad Olivera), el Dr. Pablo Salinas y la Dra. Viviana Beigel, en representación de Xumek, propusieron a la organización como querellante en el caso “Johana Chacón” arrojando un poco de luz sobre tanta oscuridad.

Luego de batallar ante lo que parecía imposible, la organización es aceptada y comienza una nueva etapa donde el objetivo es profundizar la perspectiva de derecho, en el pronto juicio por Johana Chacón quien, sin duda alguna, merece un final digno con resultados acordes a la magnitud del despertar social que provocó su ausencia”.

Silvia Minoli -ex directora de la Escuela Virgen del Rosario- Lavalle

2. La intervención de Xumek en el caso de Johana Chacón

Johana Chacón desapareció de la puerta de la finca Curallanca de Tres de Mayo, en el departamento Lavalle, el 4 de setiembre de 2012. Ese día salió de la escuela Virgen del Rosario y se dirigió a la casa donde vivía. Tenía 13 años y hasta el día de hoy no se sabe cual fue su destino.

La causa en la que se investiga lo sucedido con Johana ha transitado un largo proceso judicial, sin que hasta la fecha exista una sentencia que establezca lo que sucedió y quien es el responsable.

En ese camino, nos presentamos solicitando al Ministerio Público que se admitiera a la Asociación Xumek como querellante, con la intención de colaborar en la búsqueda de la verdad y en el avance de la investigación, acompañando a Silvia Minoli, quien era Directora de la escuela a la que concurría Johana y que durante años impulsó los reclamos por la desaparición de la adolescente.

En un primer momento, el Fiscal de Instrucción no admitió nuestra intervención. La decisión fue apelada, admitiéndose nuestro recurso. A partir de esta decisión, Xumek comienza trabajar en la causa mediante la actuación de los Dres. Pablo Salinas y Viviana Beigel.

Los primeros días de setiembre de este año, la Justicia resolvió llevar a juicio oral y público al único imputado, Mariano Luque, considerando que debía ser juzgado por el homicidio simple de Johana.

Antes de su decisión, la Jueza de Garantías escuchó los argumentos de la defensa y de las querellas. Solicitamos la elevación a juicio, al igual que la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación representada por el Dr. Fernando Peñaloza.

La acusación se centró en la vinculación existente entre la joven y el imputado, pero

además se valoró el testimonio de Beatriz Chacón, hermana de Johana, quien afirmó tiempo atrás que vio a Luque matar a la adolescente.

Nuestra intervención en el caso tiene como principal objetivo colaborar con la Fiscalía para alcanzar la verdad y determinar quien fue el responsable, de modo tal de lograr que se sancione a quien cometió este hecho tan grave.

Además, consideramos que el hecho que se investiga debe ser entendido como una situación de violencia contra la mujer en los términos del art. 1º de la “Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para, aprobada por Ley N° 24.632) y del art. 4º de la ley N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Creemos que estamos frente a una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tal como lo expresa la Convención en su preámbulo.

Por tratarse de una desaparición prolongada en el tiempo, que ha durado más allá de lo razonable, estamos frente a un caso grave que genera la conmoción de toda la comunidad, sobre todo de Lavalle, que es el lugar donde ocurrieron los hechos.

Entendemos que hay que visibilizar los casos de violencia de género, y por sobre todas las cosas, que deben entenderse como una violación a los derechos humanos, por cuanto se han afectado los derechos garantizados por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La situación que surge del hecho denunciado, la prolongación en el tiempo de la investigación sin que después de 5 años de desaparecida Johana se haya determinado cual fue su destino y sin que se haya dictado sentencia condenatoria, puede acarrear responsabilidad al Estado Nacional.

La Convención “Belém Do Pará”, en su preámbulo establece que estamos ante una ofensa a la dignidad humana y que estos hechos constituyen una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

La desaparición de Johana Chacón es, sin lugar a dudas, una grave violación a los derechos fundamentales de la adolescente, que apenas tenía 13 años al tiempo de los hechos.

Teniendo en cuenta que los Estados parte de la mencionada Convención, en el artículo 7 se comprometieron a condenar todas las formas de violencia contra la mujer y a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, es que nos encontramos frente a un hecho que necesariamente debe ser investigado y sancionado sin más demora.

La Convención es muy clara al momento de disponer de que modo deben actuar los Estados parte. Es así que en el artículo 7 b., este Tratado Internacional dispone que se debe actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

En lo que respecta a la obligación impuesta en el artículo 7 e. relativa a las medidas de tipo legislativo que deben adoptar los Estados para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, es importante mencionar que, a partir de la negativa inicial del Ministerio Público respecto de la participación de Xumek en calidad de querellante, propusimos la modificación del Código Procesal Penal de Mendoza y

presentamos un proyecto de ley.

Este proyecto, que tiene por objeto permitir la participación en calidad de querellantes a las asociaciones defensoras de derechos humanos, tuvo media sanción en la Cámara de Senadores, pero no avanzó aún hacia su aprobación final.

El proyecto de reforma del artículo 10 del Código Procesal Penal -Ley Provincial 6.730-, en cuanto regula la figura del querellante particular, pretendía lograr un mayor alcance a la participación en los procesos penales en los que se investiguen femicidios o casos de violencia de género.

Al presentar esta propuesta, consideramos que resultaba de fundamental importancia reformar la ley para permitir que asociaciones civiles o fundaciones, que en sus estatutos tengan por objeto la defensa de los derechos de la mujer y los derechos humanos, puedan adquirir el rol de querellante particular y colaborar en el impulso de las investigaciones penales en estos hechos que afectan a sectores de altísima vulnerabilidad.

La necesidad de ampliar los sujetos legitimados para actuar como querellantes en casos de violencia contra la mujer se fundó en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, en la que se resolvió que el Estado “...deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso...”¹ Además recomendó al Estado que la investigación incluya una perspectiva de género, que los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada e instó a que el Estado de México, en un plazo razonable, continúe con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género.

Fue también motivo del proyecto, el hecho que en nuestra provincia hayan ocurrido los casos de Johana Chacón y de Soledad Olivera, ya que la participación de sectores de la comunidad que bregan por la vigencia de los derechos de las mujeres podría implicar un gran aporte al impulso de las investigaciones de estos hechos.

La propuesta de reforma, disponía que la redacción de la norma quedara del siguiente modo: “Artículo 10º: Querellante particular. El ofendido Penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Si el querellante particular se constituyera,

a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto. El mismo derecho tendrá cualquier persona contra funcionarios públicos, que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen femicidios y graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados. En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.”

Así, se propone incluir en la ley de procedimiento, la intervención de asociaciones de derechos humanos o vinculadas directamente a la defensa de los derechos de las mujeres, en casos de violencia de género, lo que facilita la participación en el proceso para sectores de la sociedad que sufren una situación de especial vulnerabilidad.

En el caso de Johana Chacón, la asociación Xumek fue admitida como querellante recién en segunda instancia, y debe tenerse en cuenta que con anterioridad, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación ya había sido admitida en la causa, lo cual ayudó a que se produjera una resolución favorable.

Sin embargo, al no haberse aprobado el proyecto de ley propuesto, la ausencia de normas que regulen la posibilidad de participar en calidad de querellantes a las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos de la mujer en procesos en los que se investigan hechos de violencia de género, puede producir que no sea posible el acceso a la justicia en una gran cantidad de casos.

Por eso creemos que es importante insistir en la aprobación de esta reforma, de modo tal de ampliar la legitimación para ser querellante en casos de violencia contra las mujeres.

Xumek será querellante en el juicio de Johana Chacón, el que se realizará en los próximos meses. Esperamos verdad y justicia. Necesitamos respuestas.

¹ Corte IDH, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 12.

Una herida social trans

D. NICOLÁS RALLO

1. Panorama actual

El presente capítulo pretende poner sobre el tapete la situación de exclusión en la que se encuentran las personas trans y la imperiosa necesidad de contar con una ley de cuota laboral para enfrentar las desventajas históricas.

Sabidas son las dificultades que históricamente han tenido en general los grupos en situación de vulnerabilidad para el acceso a sus derechos fundamentales. Las luchas que han dado mayores y mejores resultados significan una luz de esperanza para aquellos sectores que aún en nuestros tiempos se encuentran a la espera de una respuesta. Hoy, Argentina, y en particular Mendoza, tienen desafíos importantes para el avance en el reconocimiento de derechos de personas que históricamente han quedado relegadas.

Si bien nuestro país ha sido pionero en el desarrollo de políticas y legislación conducente al reconocimiento de derechos civiles y políticos a las minorías, queda un largo camino en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

En mayo de 2012 se aprobó en Argentina la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743).

La misma, según el estudio realizado por la “Fundación Huésped”¹, tuvo un impacto positivo, contribuyendo a la integración de las personas trans en ámbitos laborales, educativos, de salud, espacio de vivienda y conformación familiar y de relación con las fuerzas de seguridad. Esta ley de avanzada no contiene ninguna patologización o judicialización de las cuestiones de identidad de género, lo cual la hace aún más vanguardista y ha sido reconocida por diversos organismos como una ley de punta. Pero más allá del reconocimiento normativo de derechos, el acceso a condiciones de vida digna todavía significa una deuda para el colectivo LGBTIQ.

Por otro lado no podemos dejar de señalar que la realidad argentina no escapa a la americana, donde las personas trans se encuentran inmersas en un ciclo de exclusión y pobreza que las hace más vulnerables a la violencia.² Fiel reflejo de lo expresado, es la expectativa de vida relevada de las personas que pertenecen al nombrado colectivo que promedia los 35 años en Argentina. Concretamente la mayor parte de las mujeres ‘trans’ son -desde el seno familiar- empujadas a ejercer la prostitución. Esta situación se produce generalmente cuando llegan a la pubertad y manifiestan su condición.³ Las situaciones de discriminación padecidas por el colectivo tienen una característica especial, la ausencia de contención familiar, es decir, la carencia de un núcleo de desarrollo que ayude a superar las dificultades que el complejo social impone.

Recientemente los medios de comunicación mendocinos evidenciaron una problemática ignorada, la mayoría de las personas trans que habitan la provincia y el país no tienen posibilidades de acceso real a todos los trabajos. Por el contrario, son constantemente asediadas al ejercicio de la prostitución. La activista Diana Sacayán supo en sus palabras sintetizar la situación que atravesó:

“Yo vengo de uno de los colectivos más marginados en nuestro país, la comunidad travesti hoy en Argentina tiene un promedio de vida de 32 años, el 84% no logró llegar a la secundaria y apenas el 64% pudo pasar por la primaria y entre ellos algunos otros datos alarmantes como, por ejemplo, entre el 90 y 95% se encuentra aun viviendo de la prostitución. Más allá que el contexto social y político para nosotras ha cambiado”.

A pesar de esto, varios municipios y una provincia en nuestro país -al crear leyes de cupos al menos en la administración pública- han dado comienzo a lo que significa asegurar a las personas trans el derecho a trabajar. Algunos ejemplos son la Provincia de Buenos Aires (Ley Diana Sacayán 14783), y los municipios de Río Grande (Tierra del Fuego), de Rosario (Santa Fe), Las Heras y Luján de Cuyo (Mendoza), Bell Ville (Córdoba), Taí Viejo (Tucumán) y Resistencia (Chaco). En dichos enclaves se estableció una obligatoriedad de ingreso de entre un 0,5% y un 1% para las personas travestis, transexuales y trans-género. Concretamente, en la Provincia de Buenos Aires se está a la espera de la reglamentación de la normativa, pero ya se han incorporado tres

personas a la Cámara de Diputados.

2. Medidas positivas

Con el objetivo de desarticular prejuicios y estereotipos con los que -en su mayoría- hemos sido educados, debemos en primer lugar, precisar contenidos teóricos fundamentales para el abordaje de la temática. En este sentido, el art. 2 de la Ley 26743 se encarga de definir a la **identidad de género** como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”.

Del mismo modo debemos despojarnos del velo que nos impone la “normalidad” porque “las personas y los grupos sociales no se caracterizan por la homogeneidad y la uniformidad, sino por la diversidad. Somos diferentes, también, en la dimensión de la sexualidad.”⁴ Quizás ahora sí podamos comprender la problemática que pretendemos poner en evidencia y avanzar sobre las acciones positivas.

Las leyes de cupo, como medidas positivas, son un mecanismo efectivo para combatir las históricas desigualdades. En efecto, las acciones afirmativas tienden a reducir las consecuencias de la discriminación, tal como se ha sostenido desde ELA⁵ tratando las leyes de cupo para mujeres en el acceso a cargos políticos, lo cual creemos resulta plenamente aplicable a lo aquí tratado.

Además las leyes de cuotas tendrán un impacto especial en el colectivo de personas trans ya que el acceso al trabajo, traerá aparejado el mejoramiento de las condiciones de vida y el efectivo goce de otros derechos como la salud y la vivienda, interrumpiendo el círculo de exclusión, pobreza y violencia en el cual se encuentran. Sin dudas las leyes enfocadas en dar acceso a espacios laborales, permitirán el empoderamiento, abriendo un abanico de posibilidades y acortando la brecha entre la igualdad jurídica y la igualdad real.

En este orden de ideas, la experiencia nos indica que el desarrollo de este tipo de normativas da resultados. En el año 1991 la Ley de Cupo Femenino contribuyó en un mayor ingreso de las mujeres a la Cámara de Diputados de la Nación, colocándolas en los espacios de poder, y dándoles cabida en lugares de discusión y decisión. Con esta normativa se pretendió que las mujeres accedieran a los espacios políticos de los que históricamente habían sido relegadas.

En el marco de acciones positivas para personas trans, no podemos dejar de celebrar el vanguardista programa de becas de ayuda económica de la Dirección de Acción Social de la Universidad Nacional de Cuyo destinado a las personas trans. Este programa permite palear la situación de frágiles ingresos económicos del colectivo para así po-

1 Fundación Huésped y ATTTA, Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud personas trans en Argentina, ONUSIDA, 2014.

2 CIDH. Informe Temático “Violencia contra personas LGBTI”, párr. 371.

3 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI, Diversidad sexual y derechos humanos: sexualidades libres de violencia y discriminación; dirigido por Javier Alejandro Bujan. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

4 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI, Diversidad sexual y derechos humanos: sexualidades libres de violencia y discriminación; dirigido por Javier Alejandro Bujan. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

5 Zigarán, María Inés y Chalabe, Alicia. Los derechos de las mujeres en la mira. Casi dos décadas después de la ley 24.012. Las resistencias al Cupo en Jujuy. Buenos Aires, Argentina. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), 2011. Pág. 173.

der acceder a espacios educativos y mejorar su calidad de vida. Bajo la denominación “Identidad Plurales”, ésta interesante propuesta se encuentra en concordancia con la Ley de Identidad de Género eliminando requisitos respecto a informes psicológicos y médicos. Consiste en una prestación económica que puede ser solicitada en cualquier momento del año y sujeta a un acompañamiento permanente en diversas áreas.

3. Una ley de verdad

Como venimos sosteniendo resulta imperioso generar normativa y políticas públicas que no nos dejen a mitad de camino. La norma debe contemplar las dificultades que aquejan a cada grupo vulnerable y brindar una solución legal. Si bien nuestra constitución reza “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad” y que en términos formales parecería justo, lo cierto es que en el caso que nos ocupa estamos hablando de una población que ha tenido y tiene serias dificultades en el acceso a la educación por la situación de exclusión estructural que las afecta.

Sobre la base de lo expresado debemos preguntarnos ¿puede exigirse a quienes postulen que acrediten competencias, conocimientos y capacidades en igualdad de condiciones? Más allá de enrolarse bajo el principio de no discriminación o el principio de no sometimiento, tratados por Roberto Saba⁶ con rigurosidad, sin dudas exigir las mismas competencias, conocimientos y capacidades a las personas trans que históricamente han sufrido graves violaciones a sus derechos humanos y grandes dificultades en acceder a la educación, a la salud, al trabajo sería perpetuar la desigualdad y la exclusión. En efecto entendemos que dichas exigencias no son admisibles.

Además, asegurando la participación e integración obligatoria de la planta laboral con personas trans y promoviendo la capacitación una vez obtenido el puesto de trabajo, se verá a largo plazo un progreso en la consecución de la igualdad real, permitiendo en un futuro rever la exigencias en el acceso a puestos de trabajo. Pero hasta llegar a ese momento, que hoy resulta lejano, se impone la existencia de medidas positivas y en particular leyes de cupo laboral.

Otra valla que la población trans está obligada a superar es la relativa a la acreditación de su identidad de género. La normativa debe prohibir exigencias que superen las exigidas por la Ley de Identidad de Género. De esta manera, queda terminantemente prohibida la imposición de acreditaciones de intervenciones quirúrgicas por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales y otro tratamiento psicológico o médico.

Por otro lado, y quizás lo más conflictivo, es la obligatoriedad de las autoridades públicas a cumplir con la normativa. Si, no dotamos a la norma de una cierta coercividad, difícil será derribar el perjuicio y muy sencillo hacerla entrar en conflicto por cuestiones de “mérito, oportunidad o conveniencia”. En efecto, pensamos que es sumamente

necesario establecer algún tipo de sanción a quienes se rehúsen a poner en práctica los medios necesarios para hacer efectivas las medidas positivas.

Tampoco la ley puede exigir el certificado de antecedentes penales como se han intentado en algunas ocasiones⁷ a personas trans para el ingreso a los empleos, ya que se excluiría a un porcentaje de la población que hostigadas permanentemente por las fuerzas policiales son involucradas en causas penales.

Vale aclarar que las leyes de cuotas son siempre un piso y no un techo, es decir, el porcentaje establecido puede ser sobrepasado. Lo que sería sin lugar a dudas plausible.

Finalmente, si bien lo analizado se ha hecho respecto de los organismos estatales, nada impide la existencia de leyes de cuota en empleos privados.

4. Estadísticas

No podemos dejar de remarcar la dificultad en el abordaje de la problemática al carecer de datos y estadísticas confiables. Lo señalado se debe -en parte- a que el reconocimiento de la identidad de género llegó dos años más tarde que el último censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas del año 2010 del INDEC, y -en parte- a la falta de voluntad política para la realización de estadísticas. Sin embargo existe una Prueba Piloto efectuada por el INDEC y el INADI en el año 2012 en el municipio de La Matanza. Esta prueba piloto refrenda lo aquí expresado, es decir, se trata del primer intento de estudio que tiene como objeto a la población trans y que utiliza como registro clasificatorio la identidad género y no el sexo de las personas.

De esta encuesta se desprenden datos alarmantes. En relación al ámbito laboral, el 80% de las personas consultadas dijeron dedicarse a la prostitución. En materia educativa solo el 64% de les participantes ha finalizado el nivel primario. No son más alentadores los datos en el área de salud, el 80% no tiene una cobertura de salud y el 86,1% de las personas que realizaron tratamiento de hormonización lo hizo sin supervisión médica. Respecto a la vivienda, la mitad reside en viviendas deficitarias.⁸

5. La paradoja y el camino a seguir

Karl Popper definió la paradoja de la tolerancia en 1945 en su libro “La sociedad Abierta y Sus Enemigos” de la siguiente manera:

*“La tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto como ellos, de la tolerancia (...) Debemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes.”*⁹

7 Ver: <https://www.laizquierdadiario.com/Se-aprobo-la-ley-de-cupo-laboral-trans-para-Rosario>

8 Datos contrastables con “Informe técnico de la Prueba Piloto Municipio de La Matanza 18 al 29 de junio 2012” Primera Encuesta Sobre Población Trans. INDEC. 2012.

9 Popper, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos. Barcelona: Paidós, 1981. Pág. 512.

6 Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados? Buenos Aires, Argentina. Siglo Veintiuno Editores. 2016.

Creemos que el contexto de emergencia social y urgencia que se nos presenta puede y debe ser sorteado a través de la integración, lo cual nutriría los espacios de trabajo con personas que históricamente han sido excluidas de ellos. Tenemos una oportunidad más para demostrar cuanto podemos aprender unos de otros y de incorporar la diversidad a nuestras vidas como una regla.

Para garantizar los derechos humanos de las personas trans, las leyes de cuota deben ser acompañadas de medidas positivas en los diversos ámbitos donde se desarrollan nuestras actividades y fundamentalmente de un mecanismo coercitivo que las torne de **obligatorio cumplimiento**.

Como organización social estamos convencidos que las acciones positivas son necesarias para abrir la puerta a la normalización de las condiciones de vida de las personas trans de nuestra provincia. Se insta a través de este informe al Estado Nacional, Provincial y a los Municipios a sancionar y reglamentar leyes de cuota laboral destinadas a personas trans, como puntapié para el desarrollo del resto de sus derechos.

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el marco de la salud mental.

AILÉN PELEGRINA - ANA SOSA - VIVIANA SUBIRIS - ELI BARRERA - ANTONELLA MARINO VIDELA

El presente informe tendrá por objeto la valoración de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) en el marco de la salud mental y su prácticas en la provincia de Mendoza.

El mismo constará de tres ejes, comenzaremos con una breve reseña histórico-jurídica de la temática, pasando luego al análisis de la adolescencia como construcción social y las intervenciones en el ámbito de la salud mental finalizando con nuestras conclusiones y propuestas.

1. Reseña Histórico-Jurídica

El reconocimiento jurídico de los derechos de la niñez ha tomado su tiempo, desde la consideración del menor como objeto de compasión-represión, al niño y al adolescente como sujetos de pleno derecho.

En 1924 se reconocen expresamente derechos a las NNyA. En ese año, la Asamblea General de la Sociedad de las Naciones adopta la *Declaración de Ginebra*, que contiene una serie de pautas de conducta para la protección de los derechos de la infancia.

El 1959, la Organización de las Naciones Unidas proclama la *Declaración Universal de los Derechos del Niño*, que desarrolla en diez principios los derechos de NNyA. Posteriormente en 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN) que, en sus 54 disposiciones, les reconoce derechos humanos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la *Opinión Consultiva 17/2002*, señala que los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección.

Podemos decir que los ejes en torno a los cuales se construye el entramado de los derechos que contiene la CDN: son el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; interés superior; autonomía progresiva; participación y no-discriminación.

Nuestro interés se focalizará en la autonomía progresiva de NNyA, principio que consiste fundamentalmente en el hecho de que el Estado y la familia deben apoyar y proteger su desarrollo de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la infancia, debido a que carecen de autonomía.

En el ejercicio de derechos, la noción de autonomía progresiva, se traslada la mirada desde un concepto legal y rígido de capacidad, hacia una noción más empírica (de origen bioético) de competencia. El parámetro de competencia, habilita la actuación en el ejercicio de derechos en forma directa por su titular, aun cuando este no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que la persona puede formar convicción y decisión razonada respecto de la situación que lo involucra.

El principio de autonomía progresiva de NNyA en su carácter de ser uno de los principios de derechos humanos expresamente reconocido, si bien no resuelve la persistente desigualdad social para garantizar derechos humanos, coadyuva a enfrentar vulneraciones constituyéndose en un disparador para instalar la noción de los mismos como sujetos de derechos.

El artículo 5 de la CDN dispone que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo, en virtud de “la evolución de sus facultades”, y que a los padres, o demás responsables en su caso, les corresponde impartir “*orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Resulta evidente que el grado de madurez y desarrollo intelectual de un niño/a de 5 años es distinto que el de uno de 13 años, por tanto la manera en que pueden ejercer sus derechos es también diferente, lo que no obsta a que puedan, cada uno a su vez, ir adquiriendo mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Al Estado, por su parte, le corresponde “*respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres*” o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar.

A su vez el art. 12 de la CDN, contempla que los Estados partes garantizaran al NNyA que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) los reconoce como sujetos de derecho (arts. 1º y 2º). Elabora un complejo normativo con diversidad de hipótesis que permiten realmente conocer y considerar sus intereses, opiniones y pretensiones cuando se ventilan cuestiones que los afectan.

Los primeros párrafos del art. 26 del CCyCN indican: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

La norma continúa: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”.

La autonomía progresiva permite un pasaje de la participación en el proceso a ser parte procesal. Si bien toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin restricciones; ello no quiere decir que su opinión sea vinculante para la decisión. En cambio, el principio de autonomía progresiva juega un papel importante para valorar la opinión del NNyA. La competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona.

Continuando con el análisis del art. 26 del Código anteriormente citado, en relación a la salud, éste presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el/la adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. En este sentido, se advierte que el CCyCN no contempla expresamente la situación de niños y niñas menores de 13 años y su derecho a la salud. Por lo que se debería interpretar que ejercieran sus derechos a través de sus representantes, tal como lo indica el primer párrafo. Es decir, que en lo relacionado a este derecho, se presumirá que un niño menor de 13 años no tiene edad ni grado de madurez suficiente para ejercer ningún derecho que se relacione con el cuidado de su propio cuerpo, salvo que el niño pruebe lo contrario.

Atento a esto, es importante preguntarse si sería correcto negarle la posibilidad a un niño menor de 13 años de acceder al servicio de salud por su cuenta, sin acompañamiento de su responsable legal, para requerir información o algún tipo de atención sanitaria que haga a sus derechos personalísimos.

Así también, se distingue en dicho artículo, tratamiento “invasivo” de “no invasivo, esta diferenciación un tanto vaga no explicita qué se entiende por estos conceptos. Además el concepto “invasivo” contiene un componente subjetivo importante que de-

penderá de la discrecionalidad del profesional de la salud a cargo. Por ejemplo, podría considerarse que la distinción se refiere a métodos quirúrgicos o no quirúrgicos, pero en ese caso, nos preguntamos qué sucedería con un aborto no punible, ¿se modificaría la caracterización del acto si la práctica se llevara a cabo a través de un método quirúrgico o si se realizara a través de medicamentos? ¿en ambos casos sería considerado invasivo?

De esta manera, la diferencia entre “invasivo y “no invasivo” no deja claramente expresado cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. En la normativa bajo análisis, lo que está en juego es la atención sanitaria del niño y su autonomía para ejercer por sí mismo sus derechos. Sin embargo, en caso de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, será el médico quien deba decidir, discrecionalmente, acerca de la caracterización del acto médico del que se trate.

Esto podría significar un conflicto en términos de derecho a la salud de los adolescentes ya que la realidad nos demuestra que un médico precisa seguridad jurídica para poder llevar adelante cualquier procedimiento. Siendo probable que éste sea extraordinariamente cuidadoso a la hora de considerar un tratamiento como “no invasivo”, en caso de que un adolescente menor de 16 años quiera ejercer por sí mismo su derecho a la salud.

La definición de infancia y adolescencia ha variado considerablemente a lo largo de la historia y en las diversas sociedades y culturas. Por ello, resulta difícil determinar un concepto acabado. Habiendo desarrollado los principios que rigen el art. 26 del CCyCN, a continuación realizaremos una aproximación en la conceptualización de los sujetos pasibles de autonomía progresiva, y la salud mental, desde una mirada interdisciplinaria.

2. La Adolescencia como Construcción Social

La idea que la adolescencia es una fase de transición conflictiva y de preparación a la adultez se ha instalado fuertemente al interior de la familia, la comunidad, las instituciones y en el sentido común. Sin embargo este concepto le corresponde a las sociedades occidentales ya que en las orientales la adolescencia se concibe de una manera distinta. La antropóloga Margaret Mead descubrió que en muchas sociedades no occidentales, la adolescencia no representaba una crisis sino que, por el contrario, tenía que ver con el desenvolvimiento armónico de un conjunto de intereses y actividades que maduraban lentamente.

Esto ubica el concepto de adolescencia como construcción social que es instalada en las relaciones sociales del adulto y el niño, con ciertos contenidos que dependen de los valores, normas y pautas que cada sociedad asigna a ese grupo de edad, y de los ritos que marcan los límites entre una fase de la vida y otra (los límites entre ser niño, adolescente y adulto). Esto produce determinadas relaciones sociales en la familia, la comunidad, las instituciones y la sociedad, que se instalan en la cultura y en el sentido común, construyendo valores, normas y pautas válidas en cada época. Estas pautas las usamos para comprender a los demás y operar en el mundo. Así construimos una

representación convencional sobre las y los adolescentes, sobre lo que pueden o no hacer, la idea de incapacidad de las generaciones jóvenes y cómo debemos interactuar con ellos, produciendo influencias recíprocas que crean y fortalecen constantemente la perspectiva de que la adolescencia es una fase de transición conflictiva de preparación a la adultez.

Mario Margulis, dice: “A primera vista, la noción de juventud se presenta como una categoría vinculada con la edad y por tanto remite a la biología, al estado y las capacidades del cuerpo: parecería invocar al reino de la naturaleza. Sin embargo, y por poco que se profundice, la significación de juventud se revela como sumamente compleja, proclive a las ambigüedades y simplificaciones. Juventud convoca a un marco de significaciones superpuestas, elaboradas históricamente, que refleja en el proceso social de construcción de sus sentidos, la complicada trama de situaciones sociales, actores y escenarios que den cuenta de un sujeto difícil de aprehender.

Hay distintas maneras de ser joven en el marco de la intensa heterogeneidad que se observa en el plano económico, social y cultural. No existe una única juventud: en la ciudad moderna las juventudes son múltiples, variando en relación con características de clase, el lugar donde viven y la generación a que pertenecen y, además, la diversidad, el pluralismo, el estallido cultural de los últimos años se manifiestan privilegiadamente entre los jóvenes que se ofrecen un panorama sumamente variado y móvil que abarca sus comportamientos, referencias identitarias, lenguajes y formas de sociabilidad. La juventud compleja que contiene en su intimidad, las múltiples modalidades que llevan a procesar socialmente la condición de edad, tomando en cuenta la diferenciación social, la inserción en la familia y en otras instituciones, el género, el barrio o la micro cultura grupal”¹

“La población de niñas, niños y adolescentes, en la actualidad es motivo de mayor interés y preocupación de los adultos, como así también de profesionales quienes, a través de la investigación, la reflexión y la acción directa con ellas y ellos, han acumulado varios conocimientos, los cuales se deben analizar, sistematizar y discutir. Este acopio de conocimientos, es de suma importancia ya que, es esencial para la formulación de políticas, planes, programas y proyectos para hacer efectivo el pleno ejercicio de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.”²

Esta norma, establece de forma clara y específica, la importancia que tiene la familia para el desarrollo de NNyA. Por ello, es necesario destacar que la familia, la niñez y la adolescencia deben ser entendidas como construcciones socio-históricas.

Dicha ley, en su artículo 7, establece la importancia de la responsabilidad familiar, ya que la misma es responsable en forma prioritaria de asegurar a las NNyA el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Además, los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencias apropiadas para que la familia pueda asumir adecuadamente esta prerrogativa, y para que los padres ejerzan, en

1 Margulis. Mario “Juventud: una aproximación conceptual. En: Solun Donas Burak. Adolescencia y Juventud en América Latina”. Ed. LUR. 2001. Pág. 41.

2 Solun Donas Burak. Adolescencia y Juventud en América latina. Ed. LUR. Año 2001. Pág. 7.

igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

La familia, como unidad primaria de organización social, no permanece ajena a los cambios que sufre la realidad, si no que tales transformaciones, generan fuertes impactos que afectan su estabilidad. Las distintas culturas a través de la historia, han ido construyendo nociones y conceptos que ubican a las NNyA en determinados lugares sociales, lo que implica un acceso diferenciado a la autonomía, a las posibilidades de desarrollo, a la participación y al acceso a los derechos.

En el siglo XIX, el derecho tomó a la adolescencia como objeto privilegiado de estudio. El interés surgió, buscando una protección legal a los niños y adolescentes trabajadores. Sin embargo, este interés sufrió un giro, al observarse la relación entre adolescencia y criminalidad. Durante la segunda mitad del siglo XIX, surgieron en Europa, instituciones específicas destinadas a menores. Las casas de corrección y los asilos o refugios para niños abandonados, aparecieron ligados a un sistema jurídico que intentó vigilar y prevenir delitos. La institucionalización de menores, tuvo como efectos la aparición de nuevos saberes sobre infancia y adolescencia. Al mismo tiempo se elaboraron nuevas nomenclaturas que devinieron en la producción de nuevas categorías sociales.

Desde fines del siglo XIX hasta la década de 1930, las obras dedicadas a la adolescencia se fueron multiplicando. Los saberes de medicina y psicología, se convirtieron en los dominios que de manera privilegiada se ocuparon de ella, creando cursos especiales destinados a corregir a aquellos niños, incapaces de responder a la exigencia escolar dictada por la media. El modelo de protección de la infancia delimita las libertades civiles y la vida privada de los menores, tratando a los adolescentes como si fueran naturalmente dependientes, considerando que requerían constante y omnipotente vigilancia. Las grandes instituciones asilares que se desarrollaron durante este periodo, comenzaron a demostrar su fracaso desde la década del 40. Entonces se recomendó cerrar estas macro instituciones.

En la década del 60 se observó en el campo de la educación los beneficios de la integración, para el desarrollo de niños con dificultades de aprendizaje, que produjo grandes cambios en lo que respecta a las instituciones, gracias al aporte de la anti psiquiatría. Fue necesario esperar hasta la década del 70, para que comenzara la desaparición de las grandes instituciones, que intentó evitar que los jóvenes ingresaran en el sistema judicial penal, buscándose soluciones extrajudiciales. El menor ya no era el único objeto de atención, sino que se tendió a preservar o favorecer la inserción en la comunidad, ofreciendo al mismo y su familia la ayuda que necesitaran. La internación apareció como último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos.

En la actualidad la CDN, ubica al adolescente no como objeto de protección, sino como un sujeto de derechos, garantizando la cobertura de las necesidades básicas, en especial el acceso a la salud y el progresivo logro de autonomía. Una responsabilidad del joven sobre sus actos, denota la importancia de garantizar el real cumplimiento de sus derechos³.

Los NNyA al ingresar a una institución se constituyen como objeto de conocimiento en donde se va construyendo una verdad sobre ellos, lo cual genera la figura de nuevos sujetos. El discurso institucional lo atraviesa. Detrás de esta construcción se esconde toda una voluntad de poder y ésta, no es más que una justificación para dominar a ese otro. Se puede decir que la verdad remite a un análisis de la relación de poder.

En sintonía con lo que plantea Foucault, consideramos que es una determinada práctica basada en relaciones de poder, la que da lugar a un discurso verdadero y a la necesidad de la existencia de instituciones a partir de las cuales surge lo que se considera “normal”. Este planteo surge del análisis de un poder de soberanía a uno disciplinario, centrado en la individualidad, con la captura del cuerpo, el control y la observación constante además de la clasificación de los elementos. Así se dio lugar a nuevas instituciones como hospitales, escuelas y cárceles, que constituyen a los sujetos “normales”. Todo lo que escape a ello, es un residuo, lo “inadmisible”.

Son las relaciones de poder las que configuran a los sujetos. Cuando nos referimos a este, estamos hablando de un juego de fuerzas antagónicas donde no hay un determinismo en cuanto al lugar que se ocupa. Todo el tiempo las fuerzas son transformadas. Se trata de una omnipresencia del poder, produciéndose en lo micro, a través de un juego de fuerzas en constante transformación. Por ello, el poder es algo que se ejerce, lo cual demuestra que no hay un juego binario entre dominados y dominantes, sino relaciones de fuerza que sirven de soporte a las escisiones del cuerpo social.

A su vez el discurso no es más que una perspectiva con la cual el hombre percibe las cosas en cada época. Los discursos se imponen como un *a priori histórico*, lo cual supone que para comprenderlos no se puede salir de la historia con una mirada por encima de ella. Engloban un tejido de prácticas discursivas que no son producto de leyes del pensamiento, sino un espacio de emergencia y de organización de enunciados. Por ello, la función de este *a priori* es dar cuenta que el discurso no tiene solo un sentido o una verdad, sino una historia.

Coincidimos con Foucault en que para comprender la noción de poder es necesario, primero, entender la multiplicidad de las relaciones de fuerzas inmanentes y propias del dominio en que se ejercen y que constituyen su organización. En segundo lugar, entender el juego, que por medio de luchas incesantes las transforma, refuerza, e invierte a tales relaciones.

Las prácticas sociales y discursivas generan dominios de saber y a su vez producen conceptos, técnicas, y valores que constituyen a los nuevos sujetos. El poder da origen a una determinada verdad, que a su vez determina tipos de sujetos y somete ciertos saberes. Como ejemplo de esto se podría pensar como política de verdad, en protocolos de actuación que marcan los circuitos de abordaje en materia de niñez, elaborado por las distintas instituciones.

En relación a lo anterior, se trata de la construcción de subjetividades (tanto de los profesionales como del objeto de abordaje) que va delimitando diferentes posiciones,

3 Mgter. García, Silvia Mónica. Proyecto: Tensiones entre Políticas de Seguridad y Políticas So-

ciales: aportes interdisciplinario desde el estudio de las trayectorias de la trasgresión legal adolescente en la provincia de Mendoza durante el periodo 2000-2007. Pág. 16, 17, 18, 19.

donde determinados saberes tienen mayor relevancia que otros. Esto nos muestra que aquellos saberes que se jactan de sustentarse en la veracidad de la ciencia, como la salud mental, lo que hacen es subordinar a otros que permanecen sometidos.

3. Intervenciones en el Ámbito de la Salud Mental

Tal como lo establece el artículo 3 de la ley 26.657 Ley Nacional de Salud Mental, *“Se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.*

En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.”

En nuestros tiempos las prácticas profesionales en salud mental, vislumbran tensiones entre las políticas públicas, las instituciones y las intervenciones profesionales. Nos enmarcamos en un contexto donde la farmacología apunta a adormecer al cuerpo y al sujeto mismo, proveyendo los objetos que acallan el malestar. El objeto farmacológico homogeniza, universaliza, aboliendo lo singular.

Las instituciones conforman el escenario donde se anuda la práctica profesional con las políticas públicas actuales. En momentos donde los dispositivos de protección tienen una cara emancipadora, del otro lado, existe una cara coercitiva, que llama a intervenir en la expresión de los problemas sociales. Tales intervenciones responden a la demanda de atención a jóvenes que hacen síntomas sociales, por lo que es necesario poder pensarlas por fuera de esta lógica universal.

Intentamos pensar en dispositivos que incluyan al sujeto, no dentro de una categoría que estigmatiza y psicopatologiza la demanda, sino que permita que nuestras prácticas soporten operar en la incertidumbre, sin cerrarse frente a lo que irrumpe, cuestiona e interpela, permitiendo el encuentro con el otro.

En la mayoría de las intervenciones cuando se escucha al adolescente, se trata de interpretar; sin embargo no se hace más que encasillarlo en determinadas categorías, que se cree que reflejan la realidad. Se mira a ésta, a través de preconceitos que anulan al otro, sin generar vínculo. Podemos decir que, se lo comprende incorporándolo a dichas categorías, por lo tanto no se lo comprende.

Habitualmente las instituciones no reconocen espacios para que los jóvenes las desacomoden, las cuestionen, sino que generan pautas normalizadoras, que exigen que el sujeto encaje en ellas. Domesticar, buscando que el adolescente responda a lo que los adultos quieren de ellos, en base a ideales morales hegemónicos.

¿Los adolescentes que generan ruido en la sociedad, discusiones públicas y debates del deber ser, que “no encajan”, demandan la consulta? ¿La tarea de salud mental es

responder a la demanda de no sufrimiento, síntoma, malestar de los adultos o a los ideales médicos?

Los jóvenes que no demandan consulta, no demandan nada. La consulta viene de derivaciones realizadas por los juzgados, por los padres o adultos responsables y los abordajes no logran contener al adolescente ya que plantea una problemática que desborda la formación en salud mental.

Se debe buscar propiciar un espacio donde sea escuchado el adolescente más allá del motivo de consulta del adulto, quien suele plantear un problema a reparar. Dirigir la escucha hacia él, conduce a no enfocar nuestro objeto de atención en la demanda adulta, sino más bien en la palabra del adolescente.

“Nos negamos de manera terminante a hacer del paciente (...) un patrimonio personal, a plasmar por él su destino, a imponerle nuestros ideales y, con la arrogancia del creador, a complacer-nos en nuestra obra luego de haberlo formado a nuestra imagen y semejanza (...) no se debe educar al enfermo para que se asemeje a nosotros, sino para que se libere y consume su propio ser. (...) Me atrevería a decir que sería un acto de violencia, por más que invoque los más nobles propósitos” (Freud 1919 Pág. 45)

Es necesario unir los nuevos paradigmas con la vida cotidiana y la situación que los sujetos están padeciendo, construyendo nuevas formas de intervención, que respondan a esta demanda social que los jóvenes no realizan. La autonomía progresiva debe ser el punto de partida para nuestro trabajo. Valorar la palabra de los adolescentes, generando un espacio de escucha, y reconociendo la demanda que ellos formulan. Propiciar el espacio, donde puedan plasmar sus propios intereses, permite construir ficciones que producen efectos.

Sugerimos cambiar circunstancias, es decir, poder pensar en qué contexto histórico estamos trabajando, teniendo en cuenta el contexto donde vive el adolescente, escuchando su relato atravesado por su historia; y desde allí encontrar una nueva forma de intervención, de proyección, de miradas y enfoques de sus derechos, que permitan la construcción de nuevos encuentros.

El joven que muestra, que su recorrido está sumergido en un campo que parece intratable, es por medio de la palabra, posible generar un interrogante por donde pueda localizar algo de su singularidad, que lo convierte en único, que atañen al campo de la subjetividad, van tomando lugar de acuerdo a la época a la que pertenecen.

4. Conclusiones y Propuestas

Consideramos que en las intervenciones de salud mental, a fin de garantizar, el pleno ejercicio y goce del principio de la autonomía progresiva, es necesario construir otra forma de relación con los y las adolescentes basada en el respeto recíproco de nuestros derechos humanos y nuestra dignidad, independiente de la edad biológica irreplicable.

El abordaje de la adolescencia se sostiene en una trama de lo individual y lo propio, que no puede entenderse como un concepto, sino más bien, como una noción construida a partir de un discurso, que cambia según las épocas y las culturas; se ubica como un tiempo liminal y subjetivo que busca encontrar un lugar en lo social y a partir

de ello dar paso a la elaboración discursiva y a las nuevas significaciones.

En ese marco nace la búsqueda de una nueva identidad, de autonomía, de definición sexual, social, ideológica y profesional. De manera concomitante, el adolescente realiza innumerables descubrimientos y transformaciones, donde se modifican las dimensiones de su horizonte existencial.

En primera instancia es importante problematizar las relaciones entre saberes y poderes, su construcción y vigencia, la legitimación de ciertos discursos y cómo impregnan las prácticas. Posteriormente, es necesaria una actitud crítica hacia los discursos a los que estamos habituados, posibilitando transformar la base de las concepciones que tenemos de NNyA, de individuo, de sujeto, de persona.

Al propiciar dicha actitud crítica sobre la forma en que comprendemos y explicamos al otro, estamos posibilitando procesos de transformación en el abordaje social. Es necesario entonces, proponer una crítica que se deshaga de estos marcos de subjetividades normativas, lo que implica una revisión de los discursos, que permita cambios en la manera de visualizar al sujeto. Ante esto, debiéramos poder generar la posibilidad de aprehender al sujeto desde una perspectiva de derechos, comprendido en su particularidad para que luego pueda ser explicado en condiciones de equidad como pretende la ley 26.061, el CCyCN, y los tratados internacionales, receptados en nuestro país.

Coincidimos en pensar que el Estado debe abstenerse de intervenir tomando decisiones sin tener en cuenta la autonomía progresiva de NNyA. Esto quiere decir que las instituciones no pueden decidir sobre la vida de otros, sino facilitar procesos de decisión en el marco de la construcción de ciudadanía.

Por lo tanto ciertas decisiones de los NNyA deberían quedar fuera de la intervención del Estado y de los terceros. Frente a este escenario adquiere especial relevancia el derecho a ser oído, dado que se trataría de uno de los ejes centrales para el ejercicio de la autonomía. Ello, dado que cuando el niño tiene madurez suficiente, sus opiniones tienen que ser tomadas en cuenta al punto en que si se refieren a la moral privada, no deberían contradecirse en función de consideraciones diferentes a las que éste expresa.

Es decir que la intervención y obligación del Estado, tendría lugar en la financiación y concreción de políticas públicas para la infancia en general, para el ejercicio de los derechos reconocidos en nuestras normas; como así también, la corresponsabilidad de todos sus organismos en la garantía de los derechos de los NNyA.

A fin de dar lugar a dicha garantía, y al principio de autonomía progresiva es necesario que cada NNyA, reciba toda la información sobre las cuestiones que hagan a su interés como así también el apoyo adecuado para hacer frente a estas, respetando las reglas del consentimiento informado.

El régimen penal juvenil y la edad de imputabilidad como políticas públicas de seguridad.

FRANCISCO MACHUCA- GONZALO EVANGELISTA

1. Introducción

Consecuencia de situaciones graves que involucraban adolescentes, ha sido reinstalado públicamente el debate sobre la edad de imputabilidad penal de las personas.

Una vez más, luego de que ocurren hechos tan graves como evitables que generan conmoción social, se pone en evidencia la carencia casi total de políticas públicas de calidad en materia de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en conflicto con la ley y de prevención de los delitos en general. Una parte importante de nuestra clase política -la que circunstancialmente ocupe el poder- reacciona inmediatamente con el impulso discursivo de proponer reformas punitivistas como promesa de rápida solución.

Nuestra postura al respecto mantiene coherencia con lo que hemos planteado en innumerables oportunidades: es real la necesidad de debatir la adecuación de la ley y de la práctica en materia de seguridad ciudadana y de régimen penal juvenil a las necesidades de todos los sectores de la sociedad y a los estándares internacionales. Sin embargo, no podemos más que disentir tanto con los motivos y la estrategia seguida

por el Estado, con su irresponsable oportunismo político para plantearla, como con la intención de bajar la edad de imputabilidad para perseguir penalmente a las personas.

En consecuencia, intentaremos realizar un aporte a la discusión que sea coincidente a la crítica antes expresada respecto a la forma en que deben abordarse: 1) Desarrollaremos un diagnóstico lo más completo posible para conocer el estado de situación; y luego 2) expresaremos propuestas de políticas públicas que consideramos superadoras de las sostenidas por el Estado.

2. Estado de situación

Uno de los fundamentos esenciales de los Informes anuales de nuestra Asociación es brindar a quien quiera leerlos una posibilidad de informarse acerca de los temas relacionados con los Derechos Humanos que cada año se debaten en nuestra provincia. Esto implica, entre otras cosas, darle contenido a los conceptos y expresar nuestra postura acompañándola con datos que la avalen.

En línea con este razonamiento, consideramos importante organizar este primer apartado de la siguiente forma: comenzar contextualizando la discusión; luego determinar qué es y qué garantías y principios incluye un régimen penal juvenil, para finalmente realizar un análisis similar sobre la edad de imputabilidad.

2.1. Seguridad ciudadana como derecho humano

Un acercamiento inicial que entendemos debe realizarse es el de definir el contexto.

El derecho a la seguridad ciudadana está previsto en la mayoría de los instrumentos internacionales. Como todo derecho humano, el responsable de respetarlo y garantizar su pleno goce y ejercicio es el Estado. Este compromiso de garantizarlo, implica una serie de acciones positivas: prevenir las violaciones, investigar las que no pudo prevenir, sancionar a las personas responsables de esos hechos, reparar a las víctimas y adoptar medidas orientadas a la no repetición de esas vulneraciones.

Si frente a hechos delictivos sólo se propone medidas que impliquen la persecución penal de personas sospechadas de cometer delitos con el fin de encerrarlas por un tiempo determinado, varias de esas conductas que no se estarían satisfaciendo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”, “la Comisión”) ha indicado que la seguridad ciudadana

*“(…) está relacionada a la presencia interrelacionada de múltiples actores, condiciones y factores. Entre ellos: la historia y la estructura del Estado y la sociedad; las políticas y programas de los gobiernos; la vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales; y el escenario regional e internacional. (...)”*¹. Advirtiendo luego que *“Si bien no debe confundirse la política de seguridad ciudadana con las políticas sociales a cargo del Estado, es preciso tener en cuenta que aquellos países caracterizados por altos niveles de desigualdad y discriminación son más vulnerables a la delincuencia, la violencia y, con ellas, a las violaciones de los derechos humanos. La reducción de*

*la desigualdad y la discriminación pueden desempeñar un papel crucial en las condiciones de seguridad ciudadana en el hemisferio”*².

Centrar los esfuerzos sólo en ampliar el margen de edad de personas perseguibles y endurecer las medidas que puedan adoptarse, no disminuirá las tasas delictuales, sólo profundizará la estigmatización y acotará las posibilidades de crecimiento de jóvenes pertenecientes a determinados sectores sociales, que no son más que la consecuencia de años de políticas públicas que los relegaron a la pobreza y a la exclusión.

2.2. Régimen penal juvenil

Materia sobre la cual es muy común que se utilice el recurso de citar instrumentos internacionales para fundar ideas, prácticas y políticas públicas, incluso, contradictorias entre sí. Empero, no son tantas las veces que se dedica algunos párrafos a detenerse en lo que sobre ellos han expresado los organismos internacionales encargados de interpretarlos y controlar su debido cumplimiento.

2.2.1. ¿Qué implica contar con un régimen penal juvenil?

Cuando se comete un delito el Estado a través de sus instituciones tiene que reaccionar. Empero, cuando esa conducta delictiva no la realiza una persona adulta sino que por una menor de edad, la respuesta no puede ser la misma: inciden diferentes factores, desde el desarrollo psicológico, madurez, hasta la responsabilidad que pesa sobre la sociedad.

Como consecuencia de dichos factores, el proceso penal para personas menores de edad, es un procedimiento especial que debe regirse completamente por una ley especial. Históricamente han existido diferentes modelos para organizarlo.

El primero que se aplicó en nuestro país fue el **modelo tutelar, o doctrina de la situación irregular**, que se fundamenta básicamente en considerar a las personas menores de edad enfermas que hay que proteger y curar. Como *objetos de protección*, se habilita a intervenir sobre ellas no sólo cuando se sospeche su participación en un hecho ilícito, sino también cuando sean víctima de él o sufran otras circunstancias como el abandono familiar o del Estado.

Esta situación deriva en que la principal forma de abordarlas sea mediante la privación de la libertad por tiempo indeterminado producto de su necesario *tratamiento*.

Lo expresado genera que para este modelo no exista esa lógica orientada a la investigación de un hecho, la participación de la persona y aplicación de una pena, sino que se orienta a *protegerla* sin importar si estrictamente es responsable o no, bastando que su personalidad, situación de riesgo o peligrosidad así lo exigiesen. Por supuesto que produce vulneraciones varias: al estar privadas de libertad y no poder salir voluntariamente, se ve afectado su derecho de libertad y el principio de inocencia. Por tanto su protección en estas condiciones no es más que un eufemismo.

Posteriormente surgió un **modelo o paradigma** donde prima la influencia de las garantías constitucionales y de la normativa internacional de derechos humanos como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia me-

¹ CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 222. Ver en:

<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

² *Ídem*. párr. 225.

nores, las Reglas de Beijing, y la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (en adelante “CDN”).

Con la aparición y auge de esta última, tomó fuerza la tendencia de sustituir la anterior doctrina de la situación irregular por la **doctrina de la protección integral de los derechos de NNA**, motivando un importante avance cualitativo en las normas, que a partir de ese momento comenzaban a reconocerlos como sujetos plenos de derechos, que pueden ser penalmente responsable si se prueba el hecho y se dan determinadas condiciones, previendo una variedad de respuestas jurídicas con carácter previa a la privación de libertad.

Nuestro Estado ha quedado a medio camino entre los modelos antes nombrados, por lo que aun no cuenta con un régimen penal juvenil adecuado a los criterios internacionalmente consensuados.

Por eso, la importancia de avanzar hacia un régimen penal juvenil comprende otros factores que exceden largamente el debate sobre la edad de imputabilidad. El Estado tiene obligaciones indelegables que deliberadamente no está cumpliendo, y la iniciativa de introducir jóvenes de 14 y 15 años en el sistema penal es una forma más de no hacerlo. En consecuencia, con los límites propios de la extensión máxima permitida para el presente capítulo, intentaremos detallar lo que tienen dicho varios de las instituciones y organismos internacionales que han dedicado tiempo al análisis del tema, relacionándolo con la actualidad de la provincia de Mendoza.

2.2.2. Regulación Nacional

En Argentina sigue vigente el sistema de la Ley N° 22.278³, que prevé un sistema netamente **tutelar** que se ha ido mitigando por un fallo de la Corte Nacional (caso “Maldonado”) que la puso en duda; una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) que obligó al Estado Nacional a regular el régimen penal de NNA de acuerdo a los parámetros internacionales (caso “Mendoza y otros”)⁴; y por regulación nacional y provincial posterior.

Su artículo 1 establece que no es punible la persona menor de 16 años y tampoco lo es la franja entre 16 y 18 años respecto de los delitos de acción privada, delitos reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de 2 años, y los sancionados con pena de multa y/o inhabilitación. Si existiere imputación, si la autoridad judicial lo considera necesario,

“pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, dispondrá definitivamente del

mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

Luego de determinar la “situación irregular” del menor, el artículo 4, establece los requisitos a los que supedita la posibilidad de pena: a) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal conforme a las normas procesales; b) que haya cumplido 18 años de edad; y c) que esa persona haya sido sometida a un tratamiento tutelar no inferior a 1 año, que se puede prorrogar, según el caso, hasta que cumpla la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, sus antecedentes personales, y la impresión directa recogida por la autoridad judicial así lo indican, podrá aplicarle una pena con la reducción prevista para la tentativa o dejarla sin efecto.

En consecuencia del proceso puede resultar: 1) que se declare la culpabilidad y se imponga sanción en la misma resolución siempre que hubiere alcanzado los 18 años de edad; 2) que se declare la responsabilidad penal y se difiera la decisión acerca de la aplicación de la sanción, por no haberse cumplido el resto de los presupuestos del art. 4, y por estimarse la prórroga del tratamiento tutelar.

A diferencia del proceso penal de personas adultas, que culmina con una sentencia referida a si el hecho existió, si la persona imputada participó y -en caso de probarse ambas- qué pena se le aplica, en materia penal de NNA existe la posibilidad de que esa sentencia se divida: decida sólo si el hecho existió y si la persona imputada participó, pero que no pueda referirse a si se le aplica la pena porque aun no cumplió el año de tratamiento tutelar o porque todavía no tiene 18 años de edad; sumado a ello la posibilidad de supeditar la imposición de la eventual sanción al criterio personal y subjetivo del magistrado interviniente.

2.2.3. Contexto provincial

Como todas las provincias, a Mendoza le corresponde la regulación en materia procesal y de organización del sistema judicial, no siendo competencia suya la discusión acerca de la edad de imputabilidad, escalas penales, sanciones y demás cuestiones relativas al fondo de la ley penal juvenil.

Empero, atento al simple análisis de la práctica de algunos actores, las expresiones públicas de las autoridades⁶ y de los proyectos de ley que circulan⁷, resulta evidente que la provincia intenta imprimir su visión punitivista en los límites de su competencia e incluso excediéndose de ella

En nuestra provincia la materia penal juvenil se encuentra regulada por el juego de las normas N° 6.354 y 8.550, que complementan a las leyes nacionales en lo que a las provincias corresponde regular: procedimientos, proceso penal, medidas a adoptar, etc.

2.2.3.1. Relevamiento Nacional sobre Adolescentes en Conflicto con la ley penal.

3 Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/22278-nacional-regimen-penal-menores-lns0001265-1980-08-25/123456789-0abc-defg-g56-21000scanyel>

4 Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-maldonado-daniel-enrique-otro-robo-agravado-uso-armas-concurso-real-homicidio-calificado-causa-1174-fao5000337-2005-12-07/123456789-733-0005-o0ts-eupmoc-sollaf>

5 Ver: XUMEK, Informe Anual, año 2016, pág. 275. Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/Informe-2016-XUMEK-pdf.compressed-1.pdf>

6 Ver: <http://www.losandes.com.ar/article/cornejo-estoy-a-favor-de-bajar-la-edad-de-imputabilidad-pero-con-razonabilidad>; <https://www.youtube.com/watch?v=7hoDazgEoOg>.

7 Ver: <http://www.telam.com.ar/notas/201709/207711-lanzan-un-nuevo-regimen-penal-juvenil-con-sanciones-para-menores-y-padres.html>; <http://www.mdzol.com/video/760359-candidatos-de-a-pie-al-mercado-central-con-najul/>.

Año 2015⁸.

Para detallar la situación de Mendoza dentro del contexto nacional, sirve destacar el informe realizado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), junto al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

La SENAF y UNICEF, analizan experiencias puntuales de gestión en seis provincias representativas de las distintas regiones de la Argentina. Resulta interesante porque *“(...) las provincias cuentan sus propias experiencias, su recorrido legislativo, su intervención técnica y los procesos de transformación que fueron transitando teniendo en cuenta sus diferentes puntos de partida”*, con la expectativa de brindar *“(...) información certera a los operadores administrativos y judiciales (...); así como a los académicos, medios de comunicación y a la población en general a los fines de desbaratar creencias, prejuicios y mitos en relación a las y los adolescentes -en particular de los sectores populares- y la inseguridad”*⁹.

Si bien sus conclusiones estadísticas no han estado exentas de críticas por parte de otro organismo público de carácter federal -la Procuración Penitenciaria Nacional-¹¹, en lo que al capítulo respecta, intentaremos reseñar las referencias que permitan aproximarnos a nuestro objetivo.

Por motivo de su participación en él, las autoridades provinciales expresaron¹² que Mendoza para el año 2015 se encontraba en proceso de adaptar sus leyes y prácticas político-institucionales al Paradigma de Protección Integral de Derechos.

Reconocieron que a pesar del carácter innovador de la ley provincial, con el tiempo, el marco regulatorio ha quedado desactualizado en relación a los parámetros internacionales, sosteniendo que tanto la Ley Penal de Minoridad N° 22.278 como el Título III de la Ley Provincial N° 6.354 se sustentan en la doctrina que no concibe a la persona menor de edad como sujeto de derechos, y en virtud de ello otorgan la posibilidad de disponer medidas restrictivas y privativas de libertad con un alto grado de discrecionalidad¹³.

Entre las conclusiones se destaca que los números surgidos de sus estadísticas propias se alejan bastante del que dan por supuesto quienes comunican argumentos a favor de regímenes de mayor “dureza” penal.

En efecto, de acuerdo con los datos provistos por las distintas autoridades de cada jurisdicción, en el año 2015 en Argentina había 3.908 jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal de hasta 17 años inclusive alojados en establecimientos o

incluidos en programas de todo el país, cantidad que representa el 0,14% del total de población de 14 a 17 años del país. De este total, la mayoría (89,5%) tiene entre 16 y 17 años¹⁴.

Por otro lado, el total de la población incluida en sistemas penales juveniles sumando jóvenes de 18 años y más, que continua en el Sistema Penal Juvenil es de 7.178: el 5,7% tiene menos de 16 años (412 adolescentes); 48,7%, entre 16 años y 17 años (3.496 adolescentes); y 41,2%, 18 años y más (2.960 jóvenes)¹⁵.

Con respecto a la situación procesal, también se evidencian diferencias entre los datos obtenidos y lo que se comunican; debiendo tener en consideración además que los datos anteriores tampoco son fehacientes para comprobar la participación penal de las personas menores de edad.

El informe expresa que advierte que la mayor parte de los adolescentes es punible sin condena, y que aun se encuentra dentro de dispositivos penales juveniles un porcentaje significativo de adolescentes no punibles. Expresamente entienden que *“Claramente, esto evidencia y mantiene vigente la discusión acerca de la pertinencia de la inclusión de los mismos dentro de dispositivos del sistema penal juvenil”*¹⁶.

Además agrega, que sólo 3,4% de adolescentes incluidos en programas de supervisión en territorio y cerca del 10% de la población alojada en establecimientos de restricción o privación de libertad había recibido una condena al momento del relevamiento. En todos los casos, se trataba de jóvenes de 18 años o más que ya habían pasado por una instancia de juicio oral¹⁷.

Cuando desagregan los datos por jurisdicción, en Mendoza, de un total de 855 personas, las autoridades mendocinas denunciaron que tenían 764 en programas de supervisión en territorio y 91 en establecimientos de privación de libertad¹⁸. Sin embargo, en otro pasaje del mismo informe se indica que la Dirección de Unidad de Internación, a la fecha del relevamiento, contaba con 99 jóvenes privados de libertad (89 varones y 10 mujeres), en la misma estructura edilicia, pero divididos en 8 sectores¹⁹, y que la Dirección de Medidas Alternativas a la Privación de la Libertad comprende en promedio a 700 jóvenes²⁰.

Por último, interesa hacer hincapié en algunos de los *desafíos y obstáculos* que las mismas autoridades advierten²¹. En primer lugar, cuestiones presupuestarias:

I. No se cumple con la estipulación de la Ley N° 8.550 de incorporar personal de contacto para arribar a la cantidad adecuada que garantice un servicio eficiente.

II. Para adecuarse a los estándares internacionales, se requiere de mayores recursos económicos y humanos, tanto en materia de movilidad, telefonía, tecnología,

8 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit.

9 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit. Pág. 6.

10 Ídem. Pág. 7.

11 Procuración Penitenciaria de la Nación, Departamento de Investigaciones. Informe estadístico 2016, pág. 39. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Estad%C3%ADstica%20carcelaria%20actualizaci%C3%B3n%202016_o.pdf

12 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit. Págs. 77-80.

13 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit. Pág. 78.

14 Ídem. Pág. 15.

15 Ídem. Págs. 31-32.

16 Ídem. Págs. 25-26.

17 Ídem. Pág. 26.

18 Ídem. Pág. 30.

19 Ídem. Pág. 81.

20 Ídem. Pág. 84.

21 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit. Pág. 86.

profesionales, como de presupuesto para becas y capacitación de los jóvenes.

III. Si bien al momento del relevamiento se habían realizado mejoras edilicias, aún son insuficientes para poner en práctica la división de los diferentes regímenes de internación.

También mencionan aspectos relacionados con el derecho a una defensa eficaz:

I. Son obstáculos que deben sortearse el rol de Defensa Oficial, la falta de decisiones y políticas públicas que operen de manera sinérgica y simultánea para la construcción de un Sistema Penal que no se agote en el aspecto normativo.

II. No hay “*Abogados del Niño*”, y no había sido posible aun alcanzar los resultados deseados en relación a optimizar el desempeño de defensores.

III. La defensa no participa en las medidas tutelares, por lo tanto, en ese aspecto, las y los jóvenes quedan indefensos.

Por otra parte, señalan un déficit concreto en materia de especialización:

I. Aún es un desafío, avanzar en la especialización de todo el personal de contacto y profesional involucrado, al igual que en la reformulación de manera progresiva de políticas y programas.

2.2.3.2. Información propia, producto de fuentes no formales de información.

Ante la falta de información actualizada de carácter oficial y de acceso público que complete el informe de UNICEF, para graficar con mayor exactitud lo afirmado nuevamente debimos recurrir a fuentes no formales que nos permitieran conocer datos estadísticos sobre los NNA abordados por las diferentes direcciones²².

Por un lado, del análisis de datos generados por la Unidad de Medidas Alternativas a la Privación de la Libertad (en adelante “UMAPL”) durante el año 2015, derivan varias conclusiones de interés, entre las que se destacan:

· Acompañamientos innecesariamente prolongados. Sobre 160 casos revisados, en el 16% de las situaciones realizó un abordaje de hasta 1 mes; el 15% de los casos hasta 3 meses; el 20% hasta 6 meses. Hasta un año se realiza seguimiento del 32% de las situaciones y más de un año el 11%. Sólo el 5% no ha sido registrado.

Conteste con un modelo tutelar regulado por la ley nacional, los seguimientos de hasta un año y de más de un año alcanzan el 49% de los casos. Pero, el hecho de que 9 de esos seguimientos hayan cesado porque tenían herramientas propias resulta paradójico y hasta contradictorio, como también lo es que entre ellos existan casos de *encubrimiento*, a pesar de que su escala de penas lo excluya de posible imputación.

· En cuanto a los delitos que se les imputan, si bien existe un elevado faltante de datos, no hay registros de delitos contra las personas: ningún homicidio ni abuso sexual ni lesiones, sino que los delitos son contra la propiedad, encubrimiento simple, amenazas, tenencia ilegal de arma de fuego y abuso de arma de fuego.

· Aun cuando el estado provincial las omita e insista con medidas de “mano firme” como variante de la otrora “mano dura” por la cual abogaban pero que evidentemente no ha logrado resultados, las intervenciones institucionales alternativas a la privación de libertad tienen resultados positivos:

22 Fuentes que por motivos de índole personal decidieron mantener su anonimato.

Sólo el 20% (32) de las personas ha finalizado el abordaje del equipo privado de la libertad en la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil.

Cuando los casos han sido cerrados porque la intervención ha finalizado o no es necesaria continuarla porque la persona y su grupo familiar ya cumplieron con la propuesta de abordaje o poseen herramientas propias para afrontar por sí mismos la situación, no se registran posteriores privaciones de la libertad.

Tampoco existe una relación directa de la privación de libertad con los antecedentes institucionales: sólo 6 de los jóvenes con antecedentes institucionales previos a la intervención de Medidas Alternativas terminaron privados de la libertad.

· De los jóvenes cuyos abordajes se cerraron por ser privados de la libertad, 16 registran 1 ingreso posterior en la Unidad Privativa de la Libertad de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil; 3, dos ingresos; 2, tres ingresos y 1 cuatro ingresos. Empero, ese número se reduce considerablemente cuando cumplen con la propuesta o tienen herramientas propias: ***ninguno registra intervenciones posteriores a las Medidas Alternativas.***

Por otra parte, según otras fuentes no formales consultadas en relación a la UMAPL, desde el año 2004 al 2016 la evolución interanual de ingresos ha ido en franca reducción, ***vinculada a la adopción de medidas diametralmente opuestas a políticas privativas de libertad***, como la creación de la UMAPL en el 2005, un recurso de amparo presentado en el 2007, y la creación del equipo de Recepción en el año 2012.

Años	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total	514	360	325	293	264	233	209	227	268	212	211	184	165

Finalmente, nos ha sido expresado que en octubre del 2017 había 80 personas privadas de libertad. Sólo 1 de ellas condenada y algunas declaradas penalmente responsables, el resto está internado de manera preventiva y a título de protección. En los últimos 3 meses han ingresado 32 personas. De esos 32 ingresos, 10 son por problemas de adicciones, psiquiátricos y razones de falta de vivienda u otros recursos económicos. En general, aproximadamente un 20% del total de NNA privados de libertad lo están por motivos que no se relacionan estrictamente con delitos.

2.2.3.3. Conclusión parcial.

De lo antedicho resulta evidente que la transición hacia el paradigma de protección integral de derechos de NNA lejos está de ser un horizonte alcanzado.

La -poca- información revestida de cierta seriedad que pueden encontrarse es coincidente en que ***no existe un incremento de la participación delictual de personas menores de edad***, y que -a pesar de lo preocupante que resulta que existan diferencias estadísticas como la destacada en el informe de UNICEF- corresponde resaltar nuevamente que hasta el año 2016 se evidenciaba una disminución en el uso y alojamiento de jóvenes en el sistema penal juvenil respecto de años anteriores²³.

23 XUMEK, Informe Anual, año 2016, pág. 280.

Empero, en las instituciones de la provincia, caracterizadas por el escaso conocimiento sobre las personas menores de edad que tienen las que toman decisiones políticas y administrativas, conviven los dos paradigmas superpuestos generando prácticas donde abundan los análisis estereotipados y discrecionales al margen de la legalidad que vulneran derechos humanos.

2.3. Estándares internacionales.

Resta conocer en concreto cuáles son esos criterios que se deben respetar al momento de pensar en un sistema de responsabilidad penal para NNA. Tomaremos de base un informe de la CIDH que se encarga de recopilar en forma precisa instrumentos, jurisprudencia, recomendaciones e investigaciones realizados por organismos internacionales.

Comienza señalando su preocupación por varios motivos, todos ellos relacionados a cuestiones que no requieren de grandes debates legislativos ni ideológicos para resolverse, sino sólo un mínimo de voluntad política:

- Las debilidades de los sistemas de justicia juvenil en la región.
“(…) existe una importante distancia entre el discurso normativo de los Estados y la realidad (…)**los sistemas de justicia juvenil del continente se caracterizan por la discriminación, la violencia, la falta de especialización y el abuso de las medidas de privación de libertad**”.²⁴

- Los NNA que son privados de su libertad por debajo de la edad mínima.
“(…) en el marco de procesos de ‘protección’, (…)**niños, niñas y adolescentes que han sido objeto de abuso o (…)** **que han sido privados de sus derechos sociales y económicos son sistemáticamente criminalizados o penalizados por su situación y sometidos al sistema de justicia juvenil sin haber infringido la ley penal**. Lo mismo ocurre con niños, niñas y adolescentes considerados ‘fuera del control paternal’, niños, niñas y adolescentes en ‘situaciones irregulares’, niños, niñas y adolescentes acusados de infringir leyes por hechos que no constituirían delitos en el caso de ser cometidos por adultos (…)”²⁵.

- El trato traumático que reciben por parte de la policía en el contacto inicial.
“(…) a menudo trata (…)**en forma discriminatoria, arrestando selectivamente a los más pobres y a los pertenecientes a minorías, o a los que, por su apariencia, son considerados miembros de ciertos grupos. (…)** **existencia de prácticas policiales que implican la detención sistemática de niños, niñas y adolescentes con base en su aspecto, por estar en determinados lugares, por estimar las autoridades que se trata de niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o en estado de abandono, por encontrarse en situación de calle, por estar merodeando, por existir un supuesto aumento de la criminalidad en alguna zona determinada** (…)**privados del contacto con sus familias y comunidades, siendo que estos vínculos son indispensables para el goce de sus derechos y su desarrollo**”.²⁶

- La falta de alternativas a los procedimientos judiciales y de formación especializada en temas relacionados con la infancia y derechos humanos.

“(…) se utilizan muy poco (…). Adicionalmente, (…)**la formación de los operadores judiciales**

²⁴ CIDH (2011): Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Párr. 7 del Resumen ejecutivo.

²⁵ Ídem. Párr. 9 del Resumen ejecutivo.

²⁶ Ídem. Párr. 10 del Resumen ejecutivo.

en temas de infancia y derechos humanos, en particular fuera de las ciudades principales, es muy limitada e inexistente (…)”²⁷.

- La asiduidad de la privación de libertad, con carácter preventivo y como sanción.

“(…) la prisión es la respuesta más común (…), tanto antes del juicio como con posterioridad a la sentencia. (…)**los principios que deben regular la adopción de sanciones, como el principio de proporcionalidad, son a menudo pasados por alto en favor de la adopción de sanciones prolongadas que se considera ayudan a la ‘rehabilitación’** de los niños, niñas y adolescentes. Este mismo criterio da lugar a sanciones indeterminadas (…), conforme a las cuales se espera que los niños, niñas y adolescentes permanezcan privados de libertad hasta ser ‘rehabilitados’ o hasta cumplir cierta edad.”²⁸.

- Los problemas para garantizar derechos humanos por las condiciones edilicias.

“(…) las condiciones de los centros de privación de libertad (…), en general, son inadecuadas y, a menudo, estas condiciones dan lugar a situaciones de violencia (…). **Asimismo, las condiciones de detención no siempre garantizan adecuadamente otros derechos (…)** **que no tienen por qué ser restringidos durante la privación de libertad, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la alimentación, a la educación y a la recreación**”.²⁹

- Las medidas disciplinarias adoptadas y la imposibilidad de quejarse sobre ellas.

“(…) cómo los castigos corporales, el aislamiento, el consumo obligatorio de estupefacientes y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes siguen siendo aplicados como medidas disciplinarias (…), agravado por el hecho de que **en muchos Estados no se cuenta con mecanismos para la presentación de quejas ni para la supervisión independiente de la situación de los niños, niñas y adolescentes acusados de infringir leyes penales o privados de su libertad** y, en aquellos Estados donde existen estos mecanismos, su financiamiento por lo general impide que funcionen de manera efectiva. (…)”³⁰.

2.3.1. Principios generales del sistema de justicia juvenil.

La CIDH realiza una enumeración de los principios generales a los que debería ajustarse un sistema especializado de justicia juvenil, seguida del correspondiente estándar que lo llena de contenido. De la misma forma que en relación a sus preocupaciones, nótese que los criterios expresados pueden ser satisfechos por la provincia en lo inmediato, sólo con decisión política de adecuación a ellos.

a. Principio de legalidad en la justicia juvenil.

Implica, por un lado, la necesidad de que las conductas prohibidas estén tipificadas³¹ (esto es precisamente descriptas en la norma con anterioridad) y, por otro, que para aplicar una sanción se requiere una resolución judicial que determine la respon-

²⁷ Ídem. Párr. 11 del Resumen ejecutivo.

²⁸ CIDH (2011): Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Párr.12 del Resumen ejecutivo.

²⁹ Ídem. Párr.13 del Resumen ejecutivo.

³⁰ Ídem. Párr.14-15 del Resumen ejecutivo.

³¹ Ídem. Párr. 63. Ver: artículo 40 de la CDN y directriz 56 de las Directrices de Riad.

sabilidad penal, el tipo de sanción y su duración³².

Se destacan cuestiones que la CIDH recuerda ya haber establecido con anterioridad³³:

- El Estado no puede invocar razones de tutela para privar de libertad o de otros derechos inherentes a su persona.

- No se puede sancionar personas que se encuentran en situación de riesgo, que deben trabajar, o que viven en la calle por carecer de un hogar, ni por vagancia.

- El Estado tiene un deber de prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud³⁴.

- Sujetarles legalmente a la justicia juvenil por estar experimentando problemas sociales o económicos no es acorde con un fin legítimo ni objetivo ni razonable.³⁵ Tampoco lo es si mediante una ley se crea apariencia de legalidad, pero que, dada la discrecionalidad que otorga, su aplicación se torna arbitraria o discriminatoria.

- Cualquier actuación debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser objetiva y razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su necesidad, proporcionalidad, idoneidad y legitimidad³⁶.

b. *Principio de excepcionalidad.*

La Comisión entiende se refiere a un límite al uso de la privación de la libertad -preventiva o como sanción-, y a la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización, implica disminuir “(...) **en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad**”³⁷.

Para ella, ambas son medidas que deben utilizarse como último recurso y por el período más breve posible. Los Estados deben reducir el contacto con el sistema de justicia juvenil, regulando proporcionalmente los plazos de prescripción de la acción³⁸.

A la prisión preventiva le dedica un párrafo aparte recordando que la Corte IDH ha añadido que en relación a NNA

“(...) **la regla de la excepcionalidad se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma prevaleciente debe ser la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva.** (...) el derecho a la libertad personal ‘no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad’”³⁹.

32 Ídem. Párr. 65. Véase: Reglas de Tokio, regla 3.1 y 11.1.

33 Ídem. Párr. 66, 68 y 74.

34 CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras, 10 de marzo de 1999, párrs. 109 y 110.

35 CIDH. Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02. En Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 21.

36 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113.

37 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr.76.

38 Ídem. Párr. 80.

39 Ídem. Párr. 77. Ver: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones

Asegura que según la Corte IDH, estas medidas sustitutorias pueden incluir, *inter alia*,

“(...) *la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, (...)*”⁴⁰.

c. *Principio de especialización.*

Principio que incluye⁴¹:

- Leyes, procedimientos e instituciones específicos, e incluso la infraestructura, que debe ser progresivamente optimizada.⁴²

- Capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil, incluidas las fuerzas policiales⁴³, y el personal de las instituciones de privación de libertad.

- Competencia profesional de todo el personal regularmente reforzada y desarrollada a través de capacitación, supervisión y evaluación. En concreto, le preocupa “(...) *la falta de capacitación del personal en cuestiones médicas, psiquiátricas o psicológicas a efecto de atender necesidades especiales (...)*”⁴⁴.

- Que el sistema de justicia juvenil sea accesible en todo el territorio del Estado⁴⁵.

d. *Principio de igualdad y no discriminación.*

e. *Principio de no regresividad.*

Consecuencia directa de los compromisos que los Estados asumen cuando deciden ser parte de tratados de derechos humanos. En palabras de la CIDH, cuando lo hacen, los progresos que alcancen en su protección “(...) *son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo*”⁴⁶.

La Comisión, citando entre los ejemplos los proyectos con miras a disminuir la edad mínima para ser sometidos al sistema de justicia juvenil⁴⁷, “*insta a los Estados a abstenerse de aprobar legislación contraria a los estándares sobre la materia*”⁴⁸.

2.3.2. **Garantías en el sistema de justicia juvenil.**

La expresión “garantías” vinculadas a un proceso penal ha sido revestida de una connotación negativa. La realidad es que al hacerlo tampoco se ha profundizado de

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 225.

40 Véase Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 228 y 230.

41 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 85.

42 Ídem. Párr. 95.

43 Ídem. Párr. 93.

44 Ídem. Párr. 94.

45 Ídem. Párr. 98.

46 Ídem. Párr. 140.

47 Ídem. Párr. 141.

48 Ídem. Párr. 144.

masiado sobre cuáles son motivos que sustenten esas críticas.

Por el contrario, la CIDH se encarga de enumerarlas y brevemente explicarlas. Tal como se advertirá a continuación, implican cuestiones razonables, y, nuevamente, muy accesibles de cumplimentar si se cuenta con intención política.

La CIDH indica que⁴⁹ la Corte⁵⁰ ha resuelto que la obligación de observar las normas y principios del debido proceso legal abarca:

a. *Las reglas correspondientes a juez natural.*

Que implica los NNA sean juzgados únicamente por autoridades judiciales especializadas en la materia y no por juzgados penales ordinarios⁵¹.

b. *Duración del proceso, doble instancia con plazos breves y derecho al recurso.*

La CIDH toma nota de que el Comité de los Derechos del Niño (en adelante “el Comité”) ha señalado que:

“(…) el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”⁵².

Para la CIDH la duración en general no es alentadora, porque

“(…) si bien se garantizan plazos breves en la primera instancia, los procesos en segunda instancia se someten a plazos comunes, lo que desalienta o torna inefectiva la garantía del derecho al recurso. (...) no existe un límite temporal entre la imposición de cargos a un niño y el fallo definitivo de su caso, de forma tal que los procesos pueden prolongarse por años antes de ser resueltos. (...)”⁵³.

Sin embargo, no deja de advertir que esta necesidad de resolverse rápido tiene limitaciones consecuencia de la especialidad. Sostiene que **“(…) las decisiones deben ser tomadas en forma rápida, sin que ello implique negar alguna de las garantías del debido proceso”⁵⁴.**

En efecto, en Mendoza actualmente se encuentra regulado el **juicio abreviado** entre los artículos 158 y 162 de la Ley N° 6.354, con grandes diferencias con el previsto en el proceso penal de adultos: **No se exige la admisión o confesión circunstanciada con relación al hecho que se atribuye; no se exige acuerdo entre la persona imputada (asistido por su defensa) y la fiscalía respecto de la pena a imponer, ya que no está diagramado para terminar en todos los casos con una sentencia de condena.**

En cuanto al derecho al recurso, para la CIDH es fundamental. Resulta una garantía que **“(…) debe estar vigente en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos del niño, y en especial cuando se apliquen medidas privativas de libertad”⁵⁵,** incluyendo la posi-

bilidad impugnar la adopción de medidas cautelares y de sanciones, así como toda resolución judicial relevante⁵⁶.

c. *Presunción de inocencia.*

Al respecto, la CIDH expresa que

“(…) en virtud de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta necesario considerar la investigación y eventual sanción de un niño, en función del hecho cometido y no de circunstancias personales. Es decir que, cuando se presenta al juez un niño inculpado por infringir una ley penal, ese niño debe ser tratado como inocente, sin considerar su situación personal”⁵⁷.

Motivo por el cual

“(…) insta a los Estados a garantizar que los niños acusados de haber infringido una ley penal se presuman inocentes y no sean sometidos a medidas de ‘protección’ a menos que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un proceso de aplicación de la justicia juvenil”⁵⁸.

d. *Contradicción y audiencia.*

Para garantizar este principio, **“(…) los Estados deben asegurar que su sistema de justicia juvenil permita la intervención del niño acusado, por sí mismo o por intermedio de sus representantes, la aportación de pruebas, el examen de las pruebas, la formulación de alegatos, entre otros”⁵⁹.**

En relación al derecho a ser oído, destaca varios estándares que deben respetarse: oportunidad de expresarse en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio⁶⁰; consideración por parte de las autoridades judiciales de las condiciones específicas y su interés superior⁶¹; valorar la declaración con especial cautela⁶²; eliminarse toda posibilidad de que rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión⁶³; prohibirse el desarrollo de actividad probatoria ante autoridades policiales o ante cualquier otra autoridad que no respete las garantías del debido proceso, y respetarse el derecho a permanecer callado⁶⁴.

Respecto a padre, madre o persona responsable, más allá de la notificación inme-

Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 24.

56 *Ídem*. Párr. 211.

57 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 169. CIDH, Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02. En Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 23.

58 *Ídem*. Párr. 170.

59 *Ídem*. Párr. 178.

60 *Ídem*. Párr. 179.

61 *Ídem*. Párr. 184. Ver: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC. 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 102.

62 *Ídem*. Párr. 185. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC.17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 130.

63 *Ídem*. Párr. 187. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC. 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 129 y 131.

64 *Ídem*. Párr. 188.

49 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 149.

50 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, punto resolutivo N° 10.

51 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párrs. 163-164.

52 *Ídem*. Párr. 205. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 51.

53 *Ídem*. Párr.159.

54 *Ídem*. Párr. 204.

55 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 208 y 210. Ver: CIDH, Intervenciones escritas y orales respecto de la Opinión Consultiva 17/02. En Corte IDH, *Condición*

diata⁶⁵, considera que debe procurarse su participación“(…) *excepto en los casos en que (...) pueda ser perjudicial conforme al interés superior del niño y su adecuada defensa penal*”⁶⁶.

e. *Defensa especializada.*

Para la CIDH “(…) *implica, entre otras cosas, (...) asegurar la disponibilidad del servicio de defensa pública especializada en todo su territorio, y establecer estándares de calidad del servicio. (...) es preciso que se adopten modelos de supervisión de las prácticas profesionales y se permita (...) presentar quejas (...)*”⁶⁷.

f. *Confidencialidad.*

La CIDH evidencia la falta de normas y políticas claras respecto de la eliminación de los datos personales en los registros de antecedentes ante la justicia juvenil⁶⁸.

Expresa que el principio de publicidad“(…) *tiene limitaciones especiales en la justicia juvenil, donde debe prevalecer la confidencialidad de los expedientes penales y la prohibición de difundir cualquier información que permita identificar a niños acusados de infringir leyes penales*”⁶⁹, pero sin disminuir el derecho de defensa de las partes ni restar transparencia a las actuaciones judiciales, para “*no caer en el secreto absoluto de lo que pasa en el proceso, sobre todo respecto de las partes*”⁷⁰.

Sobre este aspecto, recuerda además que el Comité ha establecido que

“(…) *las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y, cuando sea necesario (por ejemplo en caso de reincidencia), con sanciones penales*”⁷¹.

g. *Non bis in ídem y cosa juzgada.*

Cobra mayor importancia producto de contemplar medidas alternativas a la judicialización o a la privación de la libertad. El Comité sostiene que una vez aplicadas

“(…) *implican el cierre definitivo del caso sin equipararse la decisión a una condena*”⁷². Entonces, (...) necesario que los Estados cuenten con registros administrativos, en el primer caso, o de antecedentes ante la justicia juvenil, en el segundo caso, con la información confidencial (...), con la finalidad de evitar que las autoridades del sistema judicial juvenil procesen, e incluso, condenen a los niños, niñas y adolescentes nuevamente por los mismos hechos en contravención del principio

65 Ídem. Párr. 192. Ver: Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 130.

66 Ídem. Párr. 193.

67 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 175.

68 Ídem. Párrs. 157-158.

69 Ídem. Párr. 198. Ver: reglas 8.1 y 21.1 de las Reglas de Beijing y la regla 3.12 de las Reglas de Tokio.

70 Ídem. Párr. 203. Ver: CIDH, Intervenciones escritas y orales respecto de la OC. 17/02. En Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC.17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, pág. 25.

71 Ídem. Párr. 202. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 64.

72 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 27.

pio non bis in ídem”⁷³.

h. *Efectos de la reincidencia.*

Institución que la Comisión considera debe ser excepcional para efectos del aumento de la pena. Para ella no podrá considerarse a esos fines: si la autoridad judicial adopta alguna medida alternativa a la judicialización en un caso específico; tampoco conductas de NNA menores de la edad mínima de responsabilidad o de imputabilidad ante el RPJ⁷⁴; así como infracciones penales cometidas dentro este, para efectos dentro de la justicia penal ordinaria⁷⁵.

i. *Registro de antecedentes ante la justicia juvenil.*

El punto anterior encuentra complemento en la última garantía que enumera la CIDH, la relativa a los registros de antecedentes judiciales y administrativos. Considera que, a efecto de prevenir la estigmatización, deben automáticamente suprimir los datos personales una vez que alcance la mayoría de edad, salvo aquella información que, dentro de un plazo determinado y a petición de alguna persona interesada, los tribunales competentes consideren excepcionalmente relevante a efectos de salvaguardar derechos, conforme a un fin legítimo, de forma objetiva y razonable⁷⁶.

2.3.3. Alternativas a la judicialización.

Como se ha afirmado, consecuencia de los principios y garantías antedichas, **los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización**⁷⁷.

El diagnóstico realizado por la CIDH encuentra que la mayoría de los Estados incluyen programas de remisión, medios alternativos de solución de controversias, y aplicación de criterios de oportunidad⁷⁸. Empero estos procedimientos no siempre observan las salvaguardas necesarias para proteger adecuadamente los derechos de los NNA. Particularmente, preocupa a la Comisión que las facultades discrecionales que las distintas autoridades tienen se ejerzan de manera discriminatoria o impliquen una distinción arbitraria⁷⁹.

En consecuencia, subraya los requisitos o condiciones que -además de las garantías procesales enunciadas- en ellas deben cumplirse⁸⁰, destacándose:

- La necesidad de oír su opinión en el caso de desestimación del caso, o consentimiento libre y sin presiones en los medios alternativos de solución de controversias o de las medidas de remisión.

- Que las leyes estén acompañadas de: adecuada asignación de recursos para asegurar su disponibilidad en todo el territorio; procesos de capacitación continuos a través de los cuales se enfatizan los impactos nocivos que el sistema sancionatorio

73 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 215.

74 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 217.

75 Ídem. Párrs. 218 y 220.

76 Ídem. Párr. 219.

77 Ídem. Párrs. 221-222.

78 Ídem. Párr. 225.

79 Ídem. Párr. 226.

80 Ídem. Párrs. 227-228.

puede tener y se controvierta la percepción de que las conductas requieren respuestas de mano dura a través de la justicia juvenil.

- La importancia de limitar los mecanismos de justicia restaurativa a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño, para que no constituya un medio sustitutivo de la justicia ordinaria⁸¹.

2.3.4. Medidas cautelares privativas de la libertad

La CIDH enumera las condiciones que deben cumplir para que sean legítimas:

- a. Producto del principio de excepcionalidad, deben aplicarse cuando presente un peligro inmediato y real para los demás⁸² y no exista otra alternativa; durante el plazo más breve posible y ser sometida a una revisión periódica; y

- b. Deben garantizar todos los derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales, y en particular su derecho a estar separados de personas adultas así como también de NNA que hayan recibido una condena⁸³.

- Excepcionalidad de la prisión preventiva.

Sobre este requisito, además de lo que ya hemos expresado, la CIDH recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha señalado con claridad que su aplicación “(...) debe tener un carácter excepcional, estar limitada por la presunción de inocencia, así como por los principios de [idoneidad], necesidad y proporcionalidad”⁸⁴, y que en caso de NNA estas reglas se debe aplicar “(...) con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva (...)”⁸⁵.

Asimismo, la Comisión reitera que la normativa internacional aplicable establece que “(...) deben tener la oportunidad de cuestionar la justificación de esta medida con la asistencia de su defensor, y el plazo para la resolución de este recurso debe ser menor al plazo máximo de la prisión preventiva (...)”⁸⁶.

Es por lo anterior que expresamente recomienda a los Estados “(...) incorporar medidas legislativas que establezcan claramente los límites a la utilización de la prisión preventiva descritos (...), para que no queden a discreción de los jueces o autoridades administrativas encargados de los casos (...)”⁸⁷.

- Duración de la prisión preventiva.

En relación a su duración, la CIDH observa que “la determinación legal de un plazo máximo es positiva cuando éste es razonablemente breve. Al vencimiento de este plazo, no debería ser posible conceder prórrogas y el niño debería ser puesto en libertad en forma inmediata. (...) la

legislación debe contemplar sanciones y consecuencias para los operadores que incumplan estos plazos⁸⁸. Para graficarlo, cita como ejemplo a Brasil que prevé 45 días de plazo máximo⁸⁹.

- Revisión periódica de la prisión preventiva.

Sobre la necesidad de revisión periódica, la CIDH recuerda que el **Comité ha recomendado que se adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar el control de la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas**, y cuando no sea posible la libertad provisional, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá ponerlo a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva⁹⁰.

La CIDH ha recibido información de la cual se desprende que muchos Estados no cuentan con establecimientos específicos destinados a alojar a NNA privados de su libertad preventivamente, por lo que es común que permanezcan en centros junto a NNA que ya han sido condenados o, lo que es peor, junto a adultos⁹¹, y como consecuencia de ello considera oportuno afirmar que tienen derecho a

“(...) ser ubicados en lugares que mantengan contacto con su familia y aseguren la separación respecto de las personas adultas, así como de niños que ya hayan sido condenados está establecido en una serie de instrumentos internacionales sobre la materia (...). La Corte se ha pronunciado (...), señalando que la falta de separación coadyuva al clima de inseguridad, tensión y violencia en los centros de privación de libertad de las personas menores de edad”⁹².

2.3.5. Medidas privativas de libertad para NNA declarados penalmente responsables

La Comisión analiza aquellas medidas que pueden imponer como alternativas a la privación de libertad, y luego analizar la privación de libertad. Por cuestiones de extensión, haremos hincapié en esta última.

En relación a las medidas privativas de libertad, comienza afirmando que su utilización

“(...) debe decidirse luego de que se haya demostrado y fundamentado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad y luego de un cuidadoso estudio, tomando en consideración los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, entre otros aspectos relevantes”⁹³.

A continuación, recuerda que ha definido la privación de libertad en igual sentido que las Reglas de La Habana, como:

88 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 297.

89 Ídem. Párr. 296. Ver: Artículo 108 del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia.

90 Ídem. Párr. 300. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.

91 Ídem. Párr. 303.

92 Ídem. Párr. 305. Ver: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 169.

93 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 332. Véase: Reglas de Beijing, regla 17.1, inc. b.

81 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 239.

82 Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 112.

83 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 276.

84 Ídem. Párr. 280. Ver: Cfr. Corte IDH, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

85 Ídem. Párr. 282. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 130.

86 Ídem. Párr. 285. Ver: Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37, inc. d; Reglas de La Habana, regla 18; Reglas de Tokio, regla 6.3.

87 Ídem. Párr. 288.

“Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. (...)”⁹⁴.

Por lo que encuentra oportuno expresar que cuando se trata de NNA,

“(...) es común que los Estados Miembros y sus legislaciones **evadan la utilización de palabras** como cárceles, privación de libertad, encierro o celdas, **sustituyendo estas palabras por eufemismos** como hogares, centros de atención integral, internación, dormitorios, albergues, entre otros. (...) **los principios y estándares** a los que se hace referencia en el presente informe **se aplican a todas las instituciones, públicas o privadas, destinadas a alojar a menores de 18 años** que hayan infringido una ley penal”⁹⁵.

El uso de sanciones privativas de libertad en el caso de NNA debe caracterizarse por “la excepcionalidad, la proporcionalidad de la pena, la duración mínima, y la revisión periódica, además de asegurar el contacto (...) con su familia y su comunidad”⁹⁶.

Además, para ser legítima, tiene que **garantizar todas las protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales, debiendo los sistemas de justicia ser integrales, resolutivos y enfocados a la rehabilitación y reintegración en la comunidad**⁹⁷.

Sobre la excepcionalidad, el Comité ha advertido que “la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad”⁹⁸.

En referencia a la proporcionalidad, el Comité ha expresado que

“(...) la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también **a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo**. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención (...)”⁹⁹.

Contradice este principio que la respuesta de los sistemas de justicia juvenil se dicte con base en circunstancias personales o familiares distintas de la infracción en sí misma, de forma tal que las sanciones parezcan “(...) ser el producto de una conversación amigable entre jueces, promotores y defensores y el sistema da lugar a resultados totalmente diver-

sos respecto de hechos similares”¹⁰⁰; también **resulta en contradicción con este principio y el de igualdad y no discriminación, que la respuesta punitiva sea más dura que la respuesta penal frente a la conducta de adultos que han cometido un delito**¹⁰¹.

Sobre la duración, la CIDH indica que

“cuando un Estado, en estricto respeto de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, decida imponer a un niño una medida de privación de libertad por haber infringido una ley penal, debe además asegurar que esa medida tenga un plazo máximo de duración, el que deberá ser razonablemente breve”¹⁰².

En referencia expresa a nuestro país, nota que

“(...) si bien el Decreto 22.278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia juvenil no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad por infringir las leyes penales. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de la respuesta frente a infracciones cometidas por adultos, conforme a los objetivos y principios de la justicia juvenil (...)”¹⁰³.

Los principios anteriores exigen que se implementen mecanismos de revisión periódica de la medida, a raíz de que

“(...) si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados ponerlos en libertad aún cuando no hayan cumplido el período previsto en la pena de privación de libertad establecida para cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada”¹⁰⁴.

En la misma línea, cita al Comité de los Derechos del Niño, que

“(...) interpretando el artículo 25 de la CDN que prevé el examen periódico de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido claramente que ‘la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico’”¹⁰⁵.

Los programas de libertad anticipada pueden adoptar una variedad de formas distintas, que incluyen: permisos para que los niños regresen a su familia y su comunidad durante días determinados; regímenes regulares de salidas (por ejemplo todos los fines de semana); sustitución de la privación de libertad por otras medidas, como la semi-libertad o medidas no privativas de libertad¹⁰⁶.

La libertad anticipada, puede ir acompañada de condiciones que deben tener en cuenta los principios de proporcionalidad de la pena e intervención mínima. En concordancia con ello, la CIDH considera que

“(...) es importante que estas condiciones no sean demasiado intervencionales, sino proporcio-

94 Ídem. Párrs. 333-334. Véase: regla 11.b de las Reglas de La Habana, y CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

95 Ídem. Párr. 335.

96 Ídem. Párr. 336.

97 Ídem. Párr. 339. Ver: Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 112.

98 Ídem. Párr. 345. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 11.

99 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 352. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 71.

100 Ídem. Párr. 355.

101 Ídem. Párr. 356.

102 Ídem. Párr. 360.

103 Ídem. Párr. 366.

104 Ídem. Párr. 372.

105 Ídem. Párr. 373. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 77. En el mismo sentido Reglas de La Habana, regla 79.

106 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 375.

nales a la infracción a las leyes penales de la que haya sido declarado culpable. La medida que sustituye a la privación de libertad no debe representar una extensión temporal del control socio-punitivo sobre los niños. Es por tanto inadmisibles que la sustitución de medidas dé lugar a una extensión del tiempo de la pena impuesta al niño por una misma infracción¹⁰⁷.

Otro aspecto que toma en consideración la CIDH es el contacto con la familia y comunicación. Por ello, en aplicación del principio de excepcionalidad, sostiene que según ha señalado la Corte IDH

“(...) debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. (...) El Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”¹⁰⁸.

Observa que *“(...) este contacto puede desarrollarse por medio de la posibilidad de recibir correspondencia así como de acceder a salidas autorizadas o de recibir visitas regulares y frecuentes”¹⁰⁹*, no sólo de la familia inmediata, sino también de su familia extendida, además de amigos, amigas y miembros de la comunidad, en virtud de que volverán a las comunidades cuando salgan de la institución, y mientras más relaciones tengan en ella, más sencilla será su reintegración¹¹⁰.

Además, asegura que este derecho *“(...) implica igualmente disponer de lugares de detención accesibles para la familia desde el punto de vista geográfico así como también de instalaciones que permitan el contacto familiar con cierta intimidad”¹¹¹*. Al respecto, el Comité ha expresado que *“para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia”¹¹²*. Debe incluir la posibilidad de que dentro de parámetros razonables se asegure el acceso a la educación y la formación profesional en el seno de la comunidad¹¹³.

Situación de quienes cumplen la mayoría de edad.

En relación a la situación de quienes cumplen la mayoría de edad, el Comité se ha referido de manera específica interpretando que la regla de separación por edades en virtud del interés superior del niño **no significa que deba ser trasladado a una institución para personas adultas inmediatamente después de cumplir los 18 años, sino que debería po-**

der permanecer en el centro de personas menores si ello no atenta contra el interés superior de los NNA allí internados”¹¹⁴.

La Comisión informa que ha tomado conocimiento que

“(...) en Argentina el artículo 6 de la ley dispone que ‘las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores de edad se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos’. A pesar de esta legislación, (...) en la práctica los niños entre 16 y 18 años de edad que infringen las leyes penales cuya sentencia es de dos años o más se transfieren a una institución específicamente para estos grupos de edad. Si no se considera que el niño se rehabilitó durante el período en que estuvo recluido en esa institución, éste vuelve al tribunal juvenil, donde se le juzga por la misma infracción a las leyes penales que cometió siendo menor de edad, pero esta vez se le puede imponer una sentencia como adulto por dicho delito. Como resultado, aunque en Argentina no se transfiere a niños a los tribunales para adultos, el impacto para ellos puede ser el mismo que si fueran adultos”¹¹⁵.

Para la Comisión, cuando las personas privadas de libertad cumplen los 18 años

“(...) debe llevarse a cabo una audiencia de revisión para determinar si corresponde que el joven permanezca privado de su libertad o que sea liberado, o si es posible conmutar la porción faltante de la sentencia privativa de la libertad por una sentencia no privativa de la libertad. (...) recomienda que en dicha audiencia se evalúe la posibilidad de someter (...) a un programa especializado, de tal forma que sus derechos no sean vulnerados al ser transferido a un centro de detención de adultos, pero tampoco se pongan en riesgo los derechos de los otros niños privados de libertad si permanece en el mismo establecimiento”¹¹⁶.

2.3.6. Medidas posteriores a la privación de libertad.

Reintegrar a la persona menor de edad a su familia y comunidad constituye la meta última del sistema de justicia juvenil. De ello se desprende que desde el momento mismo de la sentencia y durante el tiempo que dure la condena privativa de libertad, los Estados deben establecer programas y servicios para alcanzarla. Es su obligación que esos servicios estén disponibles para todo NNA que recupera su libertad, con financiamiento adecuado para ser cumplidos de manera efectiva y que se ajusten a la edad y necesidades particulares de cada persona, aclarando incluso que de ser necesario debe intervenir para suministrar el apoyo que les permita cubrir sus necesidades sociales y económicas¹¹⁷.

La CIDH expresa que salvo la libertad condicional, la participación en programas para la reinserción en la comunidad debe ser voluntaria, y no hacerlo no debe tener consecuencias penales¹¹⁸; debe respetarse la confidencialidad¹¹⁹; y deben ejecutarse por

107 Ídem. Párrs. 383-384.

108 Ídem. Párr. 389. Ver: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC. 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 77 y 88.

109 Ídem. Párr. 390. Ver: Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37(c); Reglas de La Habana, reglas 32 y 60; Reglas de Beijing, regla 26.5; Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, recomendadas por la resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social del 21 de julio de 1997, directriz 20.

110 Ídem. Párr. 403.

111 Reglas de La Habana, reglas 30 y 60.

112 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 393. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 87 y 90.

113 Ídem. Párr. 395.

114 Ídem. Párr. 427. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 86.

115 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 430.

116 Ídem. Párr. 433.

117 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párrs. 571-575. Ver: reglas 79-80 de las Reglas de La Habana.

118 Ídem. Párr. 577.

119 Ídem. Párr. 579. Reglas de Beijing, regla 21.1 y 21.2.

dependencias del Estado a cargo de las políticas sociales y no por agencias vinculadas al sistema de justicia juvenil¹²⁰.

Finalmente, subraya que “(...) los sistemas de justicia juvenil de los Estados deben establecer mecanismos de seguimiento y apoyo con posterioridad a la privación de libertad como parte de su obligación de garantizar que las penas impuestas a los niños cumplan los fines para las que fueron creadas”¹²¹.

2.3.7. Mecanismos de supervisión, monitoreo, investigación y sanción.

Otro punto que resulta de interés para completar el panorama de situación de la justicia penal juvenil realizado por la CIDH, plenamente aplicable a la realidad de Mendoza, es el relativo a los mecanismos de supervisión, monitoreo, investigación y sanción.

Su análisis comienza advirtiendo dos cosas:

a. Una de las principales debilidades de los sistemas de justicia juvenil es

“(...) la ausencia de medios efectivos para presentar quejas sobre presuntas violaciones ocurridas (...) desde la intervención de la policía hasta la ejecución de las sentencias. (...) es común que éstas no sean investigadas con la rapidez, seriedad y eficacia que amerita la situación, lo que a su vez genera la falta de sanciones penales, civiles y administrativas de los responsables (...) expertos en la materia han identificado una ‘cultura de impunidad y tolerancia de la violencia contra los niños’”¹²².

b. Es “(...) indispensable el funcionamiento efectivo de mecanismos independientes de supervisión y monitoreo (...) que, sumados a sistemas de registro de información que sistematicen los datos e indicadores disponibles sobre justicia juvenil, permiten realizar evaluaciones periódicas del funcionamiento del sistema (...), corregir aquellos aspectos que podrían generar violaciones a los derechos de los niños y formular políticas públicas en la materia”¹²³.

En consecuencia, recomienda expresamente el uso de documentos como el elaborado por el Consejo Económico y Social de la ONU que ha recomendado establecer sistemas de recolección de datos e información sobre justicia juvenil con respecto a los menores en conflicto con la ley, utilizando como guía un Manual para la medición de indicadores sobre la justicia de menores¹²⁴, que incluye indicadores cuantitativos e indicadores sobre políticas públicas¹²⁵.

De los primeros, entre otros enumera: número de NNA arrestados, detenidos, sometidos a prisión preventiva y sentenciados; duración de la prisión preventiva y de las sentencias privativas de libertad; aplicación de sentencias alternativas a la prisión de libertad; número de NNA muertos y lesionados mientras se encontraban bajo custodia del Estado; frecuencia del contacto con la familia; cuidado posterior a la puesta en libertad.

Los segundos, se refieren a la existencia de un sistema que garantice la inspección regular de los lugares de detención; frecuencia de dichas inspecciones; existencia de un mecanismo de quejas; existencia de un sistema de justicia juvenil especializado y la existencia de un plan nacional para prevenir la violación de derechos en la aplicación de la justicia juvenil.

Por otro lado, en palabras de la CIDH, el deber de los Estados de establecer mecanismos de supervisión y monitoreo que puedan evaluar de manera periódica el sistema de justicia juvenil, debe abarcar todos los aspectos del sistema de justicia juvenil, incluyendo por ejemplo:

“(...) la intervención de la policía; la actuación de las autoridades judiciales; el desempeño de las personas encargadas de la ejecución de las medidas privativas o no privativas de la libertad así como del seguimiento con posterioridad a su liberación; la eficacia de los programas establecidos para garantizar el contacto con su familia y su comunidad, así como para facilitar la reinserción de los que estuvieron internados; el funcionamiento de los centros en los cuales se ejecutan las penas privativas de libertad”¹²⁶.

En este sentido, estima necesario que establezcan procesos simples y eficaces a través de los cuales los NNA, madres, padres o responsables puedan realizar quejas o denuncias ante las autoridades a cargo del sistema de justicia juvenil en relación con cualquier aspecto de la intervención del sistema en su vida y en particular en relación con la ejecución de las medidas que se adopten como sanción¹²⁷.

A su vez, considera fundamental el control judicial del funcionamiento del sistema, especialmente en lo que refiere a privaciones de libertad o sanciones o medidas, sugiriendo “la creación de jueces de ejecución o la asignación de competencias de control a los jueces de las causas” para que “(...) pueden encargarse de controlar y vigilar la ejecución de la pena y resolver sobre todo tipo de quejas y reclamos”¹²⁸.

La importancia de las cifras para cuantificar los delitos cometidos por adolescentes es un tema sobre el cual detiene su interés el Organismo de la ONU especializado en NNA¹²⁹.

Si bien lo hace en referencia concreta a Uruguay, sus afirmaciones son fácilmente transpolables a nuestra situación: la referencia a cantidad de denuncias realizadas, no es sinónimo de cantidad de delitos cometidos; la información de la denuncia policial no necesariamente coincidirá con la clasificación final que hará el sistema judicial porque las intervenciones policiales no representan necesariamente delitos; el comienzo de un proceso penal no significa que la persona acusada resulte culpable.

Por tanto, toda la información disponible es sólo una aproximación al fenómeno y debe utilizarse cuidadosamente, haciendo explícitas sus limitaciones¹³⁰.

120 Ídem. Párr. 578.

121 Ídem. Párr. 584.

122 Ídem. Párr. 585. Ver: Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párr. 54.

123 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 586.

124 Ídem. Párr. 588.

125 Ídem. Párr. 589.

126 Ídem. Párr. 595.

127 Ídem. Párr. 604.

128 CIDH (2011): *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Párr. 606.

129 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. 2014. *Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad*. Disponible en: <https://www.unicef.org/uruguay/spanish/unicef-edad-imputabilidad.pdf>

130 Ídem. Págs. 22-23.

2.4. Conclusión parcial.

Son muchos los factores que influyen y convergen para concluir en la distancia enorme que existe entre el estado actual de situación y los criterios que el Estado se ha comprometido seguir.

Aun cuando se acepte que víctimas de hechos delictivos y un sector de la sociedad encuentre en la persecución penal y sanción privativa de libertad de toda persona que consideren victimaria la respuesta al problema. Empero, enfáticamente sostenemos que este razonamiento de ninguna forma puede ser sostenido por las autoridades.

Es un error irresponsable de su parte hacer caso omiso a lo que expresan los organismos especializados. Las personas menores de edad en conflicto con la ley penal no sólo son parte de la sociedad que gobiernan sino que -principalmente- son una consecuencia de ella. No es posible que las decisiones se adopten ignorando que merecen un trato respetuoso de sus derechos humanos orientado a fines específicos, dado que, inevitablemente, terminada su eventual privación de libertad retornaran a la sociedad que los encerró un tiempo pero que los excluyó toda su vida.

Entonces, si el Estado a través de sus representantes no asume sus obligaciones y no se preocupa seriamente, por respetar y garantizar sus derechos humanos, y por desarrollar estrategias y herramientas para su inserción en la comunidad, no resuelve absolutamente nada. Posterga y agrava el problema. En efecto, no sólo no cumple con ninguno de las dos caras del reclamo sino que en el afán de satisfacer sus propios intereses políticos inmediatos, vulnera derechos humanos de ambas (vida, integridad personal, salud, seguridad), genera violencia y compromete la responsabilidad internacional del Estado Nacional por cualquiera de ellas.

Por lo que, tomando en consideración los criterios anteriores y el estado actual medianamente graficado, antes de introducirse en el debate respecto a si es necesario o no sancionar penalmente a las personas a partir de los 14 años cabría preguntarse ¿Qué objeto tiene hacerlo?, ¿qué problema concreto resolvería?, y si es o no la mejor forma de intentarlo?

2.5. Edad de imputabilidad.

Respecto a la imputabilidad penal, sirve comenzar su desarrollo diferenciándola de responsabilidad penal en vistas a determinar la influencia que puede tener sobre la impunidad de un hecho delictivo. UNICEF ha dicho que:

“En principio, son imputables penalmente aquellas personas que el ordenamiento jurídico considera capaces de culpabilidad. Son penalmente culpables quienes siendo capaces de culpabilidad les era exigible una conducta distinta a la que realizaron. Y son responsables penalmente aquellas personas imputables y culpables frente a quienes existe necesidad de reaccionar con una consecuencia jurídica penal (sanción, pena o medida).”

Esta triple distinción permite distinguir fases de responsabilidad penal según la edad del autor del delito. Así, a un período de absoluta inimputabilidad (...) le seguirá uno de imputabilidad disminuida (que es característico de los adolescentes) y, finalmente, habrá un período en que se supone una plena imputabilidad al alcanzar la mayoría de edad penal (...).

La imputabilidad, en tanto capacidad de culpabilidad, se construye en virtud de considera-

ciones normativas, evidencias y conclusiones empíricas que apoyan la definición legal. La noción clave es la madurez. Las normas penales tienen funciones motivadoras para las personas: estas las afectarán modelando o controlando su conducta. Pero la función motivadora de la norma penal depende en parte del sujeto, porque para que la norma pueda motivar, debe estar dirigida a alguien que tenga desarrolladas unas mínimas capacidades de motivación.

(...) el ordenamiento jurídico prevé para ellos, en caso que participen en hechos delictivos, un sistema de consecuencias jurídicas especiales. (...) no debe confundirse inimputabilidad con ausencia de culpabilidad, irresponsabilidad e inexistencia de consecuencias jurídicas por el ilícito cometido. Es decir, un sistema de responsabilidad penal de adolescentes diferenciado del de adultos no significa impunidad³¹¹.

En relación a la justificación de un trato diferenciado, UNICEF explica que

“Las razones (...) son principalmente tres: » La menor culpabilidad (...) en relación a los adultos; » El mayor impacto de la pena en la vida (...); » El hecho de que (...) están en una etapa de socialización, (...) tienen mayores posibilidades de modificar su conducta que los adultos (Von Hirsch).

Se debe considerar la exigencia de hacer compatible la pena —su duración, intensidad y contenido— con la etapa de desarrollo en la que la persona se encuentra, (...) Las medidas socioeducativas, a diferencia de las penas del derecho penal de adultos, se modelan desde la finalidad preventiva y consideran un uso restringido, breve y excepcional de la privación de libertad.

(...) La respuesta estatal debe ajustarse a parámetros que consideren la etapa evolutiva del niño y el impacto que los sistemas penales pueden provocar en su desarrollo, que debe ser protegido por el derecho. (...)”³¹².

A su vez, cabe destacar que no es correcto, y por lo tanto **no es un argumento válido la comparación de las edades previstas en otros Estados:**

1) Las propuestas para bajar la edad en otros Estados no han prosperado, y Argentina es el único que no cuenta con régimen penal juvenil. En este sentido, UNICEF expresó que

“(...) En Brasil, Panamá o Costa Rica ha habido propuestas para bajar la edad en la que los adolescentes empiezan a ser juzgados como adultos, pero ninguna de ellas prosperó. Todos, a excepción de Argentina, tienen un sistema de responsabilidad penal juvenil (...).

El de Argentina es un caso particular. Si bien allí se ratificó la CDN, nunca se modificó el sistema penal que rige desde 1980. Los adolescentes argentinos que infringen la ley con 16 años o más son juzgados por el sistema de adultos. El tratamiento que reciben (...) depende del juez, porque no hay un procedimiento especial para juzgarlos. Habitualmente se los somete a un procedimiento tutelar o de protección por el cual se toman diversas medidas, desde pericias, informes sociales o psicológicos, hasta la privación de libertad. Si dichos «tratamientos» no dan resultados, al cumplir 18 años se los juzga como adultos. Hace poco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Argentina en el caso Mendoza y otros vs Argentina, por violar el derecho internacional de los derechos humanos tras aplicar el derecho penal de adultos a me-

311 UNICEF Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, 2014. Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad. Págs. 12 y 13.

312 UNICEF Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, 2014. Op. Cit. Pág. 15.

nores de 18 años, y le ordenó modificar y ajustar su marco legal a las normas internacionales¹³³.”

2) A la par de proyectos para bajar la edad, existen tendencias a subirla. UNICEF indica que

“(…), en Nueva York avanza un proyecto para hacer justamente lo contrario: aumentar de 16 a 18 años la edad de imputabilidad penal. (...) se basan en los hallazgos de la neurociencia y la hipótesis de que **más encierro no contribuye a la seguridad pública**. (...) De acuerdo a información publicada (...) **juzgar a los jóvenes por el sistema de adultos aumenta la probabilidad de que cometan delitos o crímenes violentos en el futuro. Otros argumentos (...) es que cuando los menores (...) son reclusos, es menos probable que culminen su educación secundaria y más factible que vuelvan a la cárcel**.

(...) los adolescentes que han sido juzgados como adultos son 34 % más proclives a ser arrestados nuevamente por delitos graves que quienes han sido tratados por un sistema penal juvenil¹³⁴.

3) No es la baja de edad lo que proponen los Organismos Internacionales ni las Instituciones Nacionales especializadas.

a. La CIDH.

Recomienda específicamente a los Estados: “Elevar progresivamente la edad mínima (...) hacia una edad más cercana a los 18 años de edad. Una vez elevada, garantizar que no sea disminuida en concordancia con el principio de no regresividad”¹³⁵.

Al detallar los parámetros de edad para responsabilizar penalmente a NNA, examina tres situaciones¹³⁶: la máxima, la mínima y la posibilidad de que existan dos edades mínimas.

Sobre la edad máxima, trae a colación expresamente la situación argentina, sosteniendo que el artículo 4 de la ley 22.278

“(…) **permite un tratamiento igual al de los adultos a personas que cometieron algunos delitos entre los 16 y los 18 años**. Si bien la autoridad judicial se encuentra facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla al grado de tentativa, la norma permite, a discreción del juez, la imposición de las sanciones previstas en la normativa penal ordinaria. Lo mismo sucede con el régimen de ejecución de sentencia. **Este tratamiento no diferenciado puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad de la pena y con el juicio de reproche del menor que debe subyacer a toda conducta cometida por un o una adolescente conforme al interés superior del niño**”¹³⁷.

Sobre la edad mínima, destaca que “(…) el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados fijarla entre los 14 y los 16 años de edad, instando a no reducir dicha edad mínima. (...)”¹³⁸, y reconoce que **el límite de edad más elevado en la región es el establecido**

en Argentina¹³⁹.

Sin embargo mira con preocupación que mantenga “(...) vigentes normas, políticas y prácticas que les permiten privar de libertad a niños cuya edad es inferior a la edad mínima establecida para infringir leyes penales”, citando como ejemplo, que en virtud de lo que dispone el artículo 1 algunos son privados de la libertad como “medida de protección”¹⁴⁰.

Continúa su análisis afirmando que

“(…) reconoce que en ocasiones puede ser necesario adoptar medidas especiales con el fin de proteger el interés superior de los niños, pero ello no admite que se responsabilice o se prive de la libertad a niños antes de la edad mínima (...) alegando su ‘protección’. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño. **Estas medidas especiales, aún persiguiendo el interés superior del niño, deberán ser excepcionales, estar explícitamente reguladas, y ser, idóneas, necesarias y proporcionales para que no se consideren arbitrarias o discriminatorias**”.¹⁴¹

Por otro lado, lamenta que existan Estados que disminuyan la edad para responsabilizar a NNA ante el sistema de justicia juvenil, apartándose de la tendencia internacional y se reconoce preocupada por el hecho de que “(...) otros Estados Miembros estén impulsando iniciativas para disminuir dicha edad”. Expresando que “(...) considera que estas medidas e iniciativas son contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y al principio de regresividad”¹⁴².

Además, expresa que si un niño o niña por debajo de la edad mínima de responsabilidad para infringir las leyes penales desarrolla una conducta prevista en la legislación penal, la respuesta a la misma,

“(…) no debiera ser punible o criminalizadora, sino que, en todo caso, su tratamiento debiera ser socioeducativo, tomando en cuenta el interés superior del niño y el corpus juris en materia de derechos de los niños y atendiendo a las garantías de debido proceso”¹⁴³.

Finalmente, le preocupa es la existencia de “(...) dos edades mínimas o ‘rangos de edad mínima’, de forma que los niños que se encuentran entre estas dos edades podrían ser responsabilizados por infringir leyes penales si se comprueba que han adquirido suficiente madurez”.

Al respecto, “(...) concuerda con el criterio del Comité de los Derechos del Niño según el cual el sistema de dos edades mínimas o de ‘rangos’ no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales a los tribunales o jueces, quienes pudieran incurrir en prácticas discriminatorias”¹⁴⁴.

b. UNICEF.

Por su parte, afirma que

“El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicó en enero de 2014 (...)”

133 Ídem. Pág. 25.

134 UNICEF Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, 2014. Op. Cit. Págs.26 y 27.

135 CIDH (2011): Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Párr. 12, Recomendaciones. Pág. 167.

136 Ídem. Párr. 36.

137 Ídem. Párr. 42. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

138 Ídem. Párr. 46. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 32.

139 Ídem. Párr. 48.

140 Ídem. Párr. 54.

141 CIDH (2011): Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Párr. 55. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 31.

142 Ídem. Párr. 50.

143 Ídem. Párr. 51.

144 Ídem. Párr. 52. Ver: Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 30.

que varios países han ensayado políticas de seguridad de mano dura hacia jóvenes y adultos, y que estas no han hecho más que aumentar la violencia. (...) preocupa al PNUD la «criminalización temprana», que ha llevado, entre otras cosas, al hacinamiento y la superpoblación de las cárceles. Sostiene que en los centros penales latinoamericanos, en general, falta un «enfoque de reinserción social» que proteja las vulnerabilidades de niños, niñas y adolescentes. (...) ha estigmatizado a algunos grupos de jóvenes, en particular los de clase socioeconómica baja, y se ha favorecido el abuso de poder policial hacia ellos¹⁴⁵. (...) En ese sentido, se considera esencial «evitar la imputabilidad penal de menores, darle prioridad a la justicia alternativa e invertir en la reinserción social efectiva para niños y jóvenes que egresan de los sistemas de justicia penal». (...)»¹⁴⁶.

En su observación N° 20/16 resumió en un párrafo en lo que pretende hagan hincapié los Estados respecto a la justicia para adolescentes:

“Se insta a los Estados partes a que introduzcan políticas generales de justicia juvenil que hagan hincapié en la justicia restaurativa, la exoneración de ser sometidos a procedimientos judiciales, las medidas alternativas a la reclusión y las intervenciones preventivas, para hacer frente a los factores sociales y las causas fundamentales, (...). La atención debe centrarse en la rehabilitación y la reintegración (...). La reclusión debe utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y los reclusos adolescentes deben estar separados de los adultos. El Comité (...) se muestra gravemente preocupado por el número de Estados que tratan de reducir la edad de responsabilidad penal (...)”¹⁴⁷.

d. El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia.

A los fines de una ley que regule el sistema penal juvenil, las provincias y la Nación acordaron en julio del 2015 que: *“La edad de punibilidad no podrá establecerse por debajo de los 16 años, en respeto al principio de no regresividad y de progresividad en la garantía de los derechos. Sin perjuicio de las medidas especiales que en protección de los derechos del niño puedan adoptarse”¹⁴⁸.*

3. Conclusión final. Propuestas de solución.

Tomando en cuenta la información que hemos destacada, si bien el régimen penal juvenil y la edad de imputabilidad de las personas efectivamente son temas de imperiosa discusión, superponerlos como eslabones centrales de un mismo problema y tergiversar las obligaciones que respecto a ellos pesan sobre el Estado, no permite realizar el análisis que entendemos correcto.

Examinarlos en conjunto pero aislados del resto de temas, y con información endeble y sesgada, lleva a una asociación infundada entre la presunta comisión de delitos

por personas menores de 16 años y la inseguridad, a pesar de que los pocos datos son contundentes señalando el escaso protagonismo existente en materia penal de todo el universo de personas que aun no adquieren la mayoría de edad, y la ineficacia de la aplicación de respuestas punitivas para prevenir o disminuirlo.

El problema exige diagnósticos certeros, debates objetivos y políticas públicas de corto, mediano y largo plazo. Para ello hay que contar con sustento conceptual y con información veraz, completa y actualizada, basada en indicadores confiables.

Está claro que el derecho penal no es la solución a las cuestiones de seguridad. El Estado ve en él un remedio cortoplacista, que sin dudas socialmente puede resultar un aliciente válido, pero la realidad es que no previene la violencia, no evita víctimas ni se encamina a evitar la repetición de las conductas delictivas, sólo persigue de atrás a las personas sospechadas, las excluye de la sociedad aun antes de probar su responsabilidad y las devuelve a ella luego de unos años.

Por tanto, su aparente eficacia pierde todo tipo de valor si no se acompaña con políticas públicas que ataquen las causas reales del problema -educación, trabajo, vivienda digna, salud, igualdad de oportunidades, por citar algunos-.

Hemos advertido en diferentes capítulos de informes anuales anteriores, que los análisis que desatienden estos aspectos tienden a ser débiles y proyectan políticas públicas en direcciones impredecibles con resultados negativos.

Tomar en consideración hechos aislados, y generalizar en base a ellos para avanzar punitivamente sobre personas pertenecientes a varios grupos vulnerabilizados es vil, poco efectivo y extremadamente peligroso dado que los empuja a adoptar decisiones carentes de evaluación, racionalidad y eficiencia, y sin una clara orientación hacia la inclusión y la promoción de una sociedad más pacífica.

Por los motivos expuestos, proponemos que las políticas públicas estén orientadas a:

- a. Adecuar no sólo la legislación y las instituciones, sino también la práctica conforme a los estándares internacionales reseñados, antes que pretender sumar sujetos cada vez más jóvenes a estos dispositivos.
- b. Poner en marcha de Sistemas serios de producción y análisis de información, y Mecanismos de supervisión, monitoreo, investigación y sanción: La posibilidad de observar y evaluar se constituye en condición necesaria para la restitución del carácter público de las intervenciones estatales.
- c. Exigir presupuesto suficiente para la implementación y puesta en funcionamiento de todos los organismos, entidades y servicios provinciales y municipales que conforman el sistema protección Integral de Derechos de los NNA tal como lo establece la Ley Nacional N° 26.061.

¹⁴⁵ UNICEF Uruguay. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, 2014. Op. Cit. Pág. 25.

¹⁴⁶ Ídem. Pág. 26.

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 20, Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párr. 88.

¹⁴⁸ Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Op. Cit. Pág. 162.

PUEBLOS INDÍGENAS Y MIGRANTES

Derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales

ÑUSHPI QUILLA MAYHUAY ALANCAY

“Del olvido, surgimos para gritar nuevas esperanzas; de las redes de la violencia, surgimos para transmitir un sentido de paz; de la orfandad y de la incógnita nacimos para gritar identidad.”¹

1. Introducción

Este año el presente capítulo trata un tema de vital importancia para nuestros hermanos y hermanas indígenas, que ha conllevado y sigue generando una larga y ardua discusión; por ello, creemos totalmente necesario volver a debatir e instalar este tema en la agenda política actual. En esta ocasión se presentará y trabajará sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a la luz de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y el pronunciamiento de diferentes órganos de sistemas de protección de derechos humanos, así como del marco normativo nacional, haciendo

1 Palabras expresadas en el 1er Seminario sobre Jurisdicción Especial Indígena. Marzo de 1997, en Popayan, Colombia.

un especial detenimiento en el desarrollo de la Ley N° 26.160, y la situación actual de los pueblos indígenas en Mendoza.

La idea principal de este trabajo reviste en que el mismo sirva tanto como herramienta de acceso a información y conocimientos, como de puntapié para dar inicio o continuidad a una discusión necesaria que nos debemos dar como sociedad, con el respeto, la seriedad y el compromiso que corresponde; mucho más a partir de los acontecimientos que se han podido visibilizar y que a diario viven las y los hermanos indígenas en todo el país, y Mendoza no escapa de ello.

2. Algunas consideraciones previas

Resulta necesario primero -como hemos hecho en años anteriores-, ubicarnos desde la perspectiva y el entendimiento de la filosofía de vida de nuestros hermanos y hermanas indígenas que se conforma de valores y principios totalmente disímiles a los propuestos por el actual sistema vigente.

Para explicar fidedignamente el significado de la cosmovisión indígena, traeremos a colación las proclamas manifestadas y tomadas como banderas de lucha por diversos pueblos indígenas de nuestra AbyaYala², en el “1er Congreso de Movimientos Indios de Sud América” (año 1980) y en el “1er Seminario sobre Ideología, Filosofía y Política de la Indianidad” (1982):

“Todo conocimiento y pensamiento indio corresponde a su propia realidad social y a la realidad de su relación con la madre naturaleza de la cual el hombre es integrante y consecuencia. Naturaleza, seres vivos, hombre y organización social humana somos la misma cosa, unidades menores diferentes hermanadas y regidas por las mismas leyes e integrantes de la gran unidad mayor: el Universo o Cosmos (...) Desde esta concepción india, la naturaleza, humanidad y sociedad son una misma cosa y no partes excluyentes ni enemigas entre sí (...) En el universo todos los elementos están organizados colectiva y comunitariamente, entre ellos no hay desigualdades antagónicas, sino posiciones y situaciones diferentes, complementarias y armónicas (...) La religión, como producto de la cultura humana, es la práctica de la convivencia armónica entre el hombre y el universo, es nuestro diálogo, nuestra comunicación permanente y nuestro intercambio recíproco de valores con nuestra Madre Naturaleza. Es la vida diaria en franco respeto y armónica convivencia e interrelación con los demás seres que habitan en nuestra Pacha Mama y el cosmos.”³

Asimismo, volvemos a hacer hincapié en la diferencia entre Pueblo y Comunidad indígena. Como bien expusimos en nuestro Informe del año 2014, dichos términos no implican un mismo significado: los Pueblos Indígenas están conformados por Comunidades Indígenas, y los pueblos conformados son Naciones. Es por este motivo que las comunidades se encuentran conformadas por un grupo de familias indígenas pertenecientes a un pueblo, por lo que los pueblos/naciones indígenas pueden verse

conformadas por un sinnúmero de comunidades.

Es clara esta diferenciación en el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional al establecer en primer término el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, es decir entendiendo a éstos como sujetos de derecho; y posteriormente, el de la personería jurídica de sus Comunidades Indígenas, confiriendo tal reconocimiento para efectivizar el derecho a posesión y propiedad indígena. Cabe destacar que la elaboración y redacción del texto de dicha norma, responde a los aportes y el trabajado realizado por varios referentes indígenas que participaron activamente de la Convención Constituyente del año 1994, por ello la coherencia de tales conceptos.

Definiciones técnicas sobre algunos conceptos

Desde hace varios años, se ha considerado que el derecho de propiedad colectiva se reconoce y aplica no sólo a pueblos indígenas sino también a los pueblos tribales, ejemplo de ello lo encontramos en el sistema interamericano a través de los casos *Aloeboetoe*⁴, *Comunidad Moiwana*⁵ y *Pueblo Saramaka*⁶.

Un **pueblo tribal** es un pueblo indígena pero que no es propio a la región que habita, comparte características similares, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas pero diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, al identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.⁷

Respecto a **Tierras y Territorios**, empezaremos con los conceptos aportados por la Comisión Interamericana en su informe “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”⁸, en el cual consideró que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Art. 13.2 dispone en forma similar que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Este concepto amplio de tierra y territorios indígenas adoptado por la CIDH, incluye dentro de esta última categoría, los espacios utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, al considerar que esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con

4 Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 4/12/1991. Serie C N° 11.

5 Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15/06/2005. Serie C N° 124.

6 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/11/2007. Serie C N° 172.

7 Ibídem. Párr. 79/ Esta definición concuerda con lo establecido en el Art. 1.1.a del Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

8 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30/12/2009. Pág. 13 y 14.

2 Traducción: tierra en florecimiento. Es así como denominaba y sigue llamando al continente americano el pueblo Kuna. Este pueblo indígena se encuentra hoy ubicados en Panamá y Colombia.

3 “Situación de los Derechos Humanos en Mendoza”. Informe Xumek 2016. Cap. Derecho Indígena. Pág. 300.

la tierra y el territorio, incluyendo área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados a su tradición cultural. El uso y la ocupación territorial comprende las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines; los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo.

Por último citaremos las palabras de la abogada y jurista indígena (kolla), Nimia Ana Apaza: *“para nosotros, territorio es el espacio geográfico en donde desarrollamos nuestra vida, la cultura que nos identifica, el derecho que nos rige y en donde tiene lugar el proceso de autodeterminación. Es un derecho fundamental, porque garantiza la continuidad de la vida de los Pueblos. Sin territorio un Pueblo Indígena está destinado a desaparecer, especialmente por la profunda relación espiritual del hombre originario con su tierra”.⁹*

3. Derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional

Este apartado configura un puntapié para analizar, en primera medida, el actual accionar del Estado Argentino frente a los compromisos internacionales asumidos respecto a los derechos de los pueblos indígenas, reconocidos en el derecho interno constitucionalmente (Art. 75 inc. 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional).

Cuando un Estado ratifica tratados internacionales de derechos humanos, asume ante el mundo las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar esos derechos, sin interferir en el disfrute de los mismos, ni limitarlos. Se comprometen a adoptar medidas positivas internas compatibles con dichas obligaciones y deberes, -que faciliten el acceso y disfrute a los mismos, tanto a las personas en particular como a los grupos de ellas.

Ahora bien, se ha conformado hoy un *Corpus Iuris* internacional sobre derechos de los pueblos indígenas del cual se debe tener especial consideración al momento de tratar este tema, integrado por el *Convenio Internacional N° 169 de la OIT* del año 1989, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, y la reciente *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, la cual entra en vigencia en junio del 2016, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). A ello deben sumarse los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, dispuestos en el Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Además deben tomarse en consideración los pronunciamientos de los tres mecanismos existentes en el marco de las Naciones Unidas: “Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, “Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas” y “Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”; como también los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte Interamericana (Corte IDH), así como la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁹ Dra. Nimia Ana Apaza, Jurista Indígena. “Ley de propiedad comunitaria indígena. Presupuestos básicos para la implementación de la ley de propiedad comunitaria indígena”. Septiembre de 2010. Punto 4.

Todo este plexo normativo implica que cualquier regulación interna adicional, que trate sobre derechos de los pueblos indígenas, debe adecuarse a lo dispuesto por estos instrumentos pronunciamientos ya que los mismos resultan derecho válido y vigente en Argentina.

a. Corpus Iuris sobre derechos de los pueblos indígenas

El **Convenio 169 de la OIT** representa la primera herramienta jurídica más importante para las y los indígenas, con él encontraron un fuerte respaldo legal para reclamar y hacer valer sus legítimos derechos. Respecto a derechos territoriales, el mismo los trata en la II Parte “Tierras”, artículos 13 al 19. A continuación haremos mención de algunas disposiciones importantes que brinda este apartado:

- Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

- Se reconocerá el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

- Se tomará las medidas necesarias para determinar las tierras y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, así como de instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de las tierras.

- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Comprender el derecho de los pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

- Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Siempre que sea posible, deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. Cuando el retorno no sea posible, los pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean al menos iguales a las que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro.

En lo referente a la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, la misma resulta hoy uno de los más completos instrumentos que clarifica y confirma derechos que ya son formales y legalmente vinculantes y aplicables. Pese a no ser un tratado ratificado por los Estados, como instrumento universal de derechos humanos, obliga moral y políticamente a todos los Estados miembros de la ONU a la plena aplicación de su contenido.¹⁰

¹⁰ “Prórroga de la Ley de Emergencia Territorial Indígena”. Informe elaborado por diferentes

Ésta reafirma que el derecho a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza¹¹. Específicamente en su Art. 26 determina que *los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido, y los Estados deberán asegurar el reconocimiento y protección jurídicos a este derecho respetando debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate*.

Asimismo, acompaña este reconocimiento en los artículos 10 (derecho a no ser desplazados de sus tierras o territorios sin el consentimiento libre, previo e informado), 25 (derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado), 27 (los Estados deben respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas sobre sus tierras), 28 (derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución, por las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente hayan poseído), 30 (derecho a que sus tierras y territorios no sean usados para actividades militares) y 32 (derecho a determinar y elaborar estrategias de desarrollo o utilización en sus tierras, territorio y recursos). Todos ellos deben ser complementados con el derecho a la participación y consulta previa.

Por último, y como reciente incorporación, se encuentra la **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, la cual cuenta con un carácter similar al anterior instrumento respecto a su nivel de catamamiento, sólo que en este caso el ámbito de aplicación y alcances de la misma es a todos los pueblos indígenas de las Américas (Art. 1).

En la Sección Quinta que trata los Derechos Sociales, Económicos y sus Propiedades, dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a: 1) *mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras*; 2) *las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido*; 3) *poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*; 4) *los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos -dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate- y 5) derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes- los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación-.* (Art. XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos).

organizaciones de la sociedad civil y referentes indígenas. Año 2017. Pág. 2.

¹¹ “Los derechos de los pueblos indígenas explicado para todas y para todos”. UNICEF. Impreso en Argentina. 1ra edición. Agosto/2008. Pág. 7.

b. Importantes aportes de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los órganos del Sistema Interamericano han prestado particular atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad colectiva sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto garantía del disfrute de otros derechos básicos¹². Este derecho se enmarca específicamente en el Art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); si bien ninguno de ellos se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas o tribales, tanto Comisión como Corte los han interpretado en sentido de proteger los derechos que tienen tales pueblos y sus integrantes sobre sus territorios¹³. Cabe destacar, en nuestro ordenamiento jurídico interno ambos instrumentos jurídicos gozan de jerarquía constitucional.

Desde los ‘80, la **Comisión Interamericana** se ha pronunciado en forma sistemática sobre los derechos de los pueblos indígenas tanto en sus informes especiales como a través del sistema de peticiones y casos (informes de admisibilidad, fondo, solución amistosa, medidas cautelares así como demandas y solicitudes de medidas provisionales interpuestas ante la Corte IDH).

El primer antecedente lo encontramos en el año 1972 con su resolución sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial”, en ella afirmó que por *razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a las poblaciones indígenas*. Además, entre los primeros casos ante la CIDH tenemos el de *Comunidades Guahibos*¹⁴ y el del *Pueblo Yanomami*¹⁵, representando este último una doble importancia: confirmó que el sistema interamericano era capaz de proceder violaciones a derechos colectivos, como en el caso de la propiedad, vida, salud y bienestar; y segundo, por primera vez una resolución de un organismo intergubernamental solicitaba la demarcación del territorio¹⁶. Cabe agregar el primer informe temático sobre pueblos indígenas en 1983, sobre la *Situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*.

Otro importante avance fue el del año 1990 con la creación de la “Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”: la misma surge con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América, al considerar que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad, y con la idea de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Inter-

¹² CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividad de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. 31/12/2015. Párr. 225.

¹³ Ut supra nota 8. Párr. 5.

¹⁴ CIDH. Comunidades Guahibos vs. Colombia. Caso 1690. Año 1972.

¹⁵ CIDH. Informe Anual 1984-1985. OEA/Ser.L/V/II.66. Cap. III. Resolución N° 12/85. Caso 7615. 5/03/1985.

¹⁶ CIDH. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.108. 20/10/2000.

mericana en dicha temática.¹⁷

Haciendo foco en el tema del presente capítulo, en 2009 presenta un informe temático que desarrolla su contenido específicamente sobre “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”, un muy interesante e importante trabajo que abordó un tema que desde siempre generó (y sigue generando) fuertes contradicciones e injusticias. Asimismo, uno de los últimos aportes realizados ha sido el del año pasado a través del informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.”

En 1998, la CIDH remite a la **Corte Interamericana** el primer caso referido al derecho a la propiedad de una comunidad indígena, teniendo sentencia en el año 2001: caso *Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua*. Este primer antecedente jurisprudencial fue trascendental para el posterior desarrollo en materia de derechos territoriales indígenas. En el voto razonado conjunto de los jueces CançadoTrindade, Pacheco Gómez y Abreli Burelli del caso, se sostuvo que la Corte, por primera vez, profundizaba en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, como punto central de la sentencia; entendieron que la forma comunal de propiedad, resulta más amplia que la concepción civilista de propiedad privada.¹⁸

Desde aquel momento han sido presentados ante la Corte IDH varios asuntos referidos a distintos ámbitos del derecho de propiedad de pueblos indígenas y tribales, dando lugar a las siguientes sentencias (sólo las que han tratado el derecho a la propiedad): caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*; *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, ambos del año 2005; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* de 2006; *Pueblo Saramaka vs. Surinam* de 2007; *Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay* de 2010; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012; *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá* de 2014; *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, los tres en 2015.

Estos casos han dejado sentados importantes conceptos, entendimientos y avances en esta materia y por ello replicaremos algunos que consideramos de gran trascendencia:

- La estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁹. Resulta primordial

el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad para su supervivencia física y cultural, en consideración de los lazos únicos y duraderos que los unen con sus territorios ancestrales.²⁰

- Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que significaría la desprotección para millones de personas.²¹

- El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debe ser suficiente para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su siguiente registro.²²

- Respecto a lo que implica la posesión de las tierras reclamadas y su exigencia para el reconocimiento de la propiedad comunitaria, la Corte ha determinado que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.²³

- Los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de la tierra²⁴, y éste debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica sino en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica²⁵. Para obtener dicho título, los Estados deben adoptar medidas positivas y crear mecanismos efectivos, en primer lugar, para demarcar y delimitar el territorio, con participación y consentimiento informado del pueblo en cuestión²⁶, con respeto a sus tradiciones, mediante procedimientos culturalmente adecuados²⁷. El reconoci-

nes y Costas. Sentencia 31/08/2001. Serie C Nº 79. Párr. 149.

20 Ut supra nota 5. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Párr. 131.

21 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29/03/2006. Serie C Nº 146. Párr. 120.

22 Ut supra nota 19. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Párr. 151.

23 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24/08/2010. Serie C Nº 214. Párr. 109.

24 Ut supra nota 19. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Párr. 153.

25 Ut supra nota 6. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Párr. 115.

26 Ut supra nota 5. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Párr. 209 y 210.

27 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia 27/06/2012. Serie C Nº 245. Párr. 177 y 201.

17 Disponible en: Sobre la Relatoría. Mandato. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

18 “Sumario de Jurisprudencia. Pueblos Indígenas”. Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos. CEJIL. 2014. Pág. 14.

19 Corte IDH. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparacio-

miento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad.²⁸

- Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: deben estar establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁹

- La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, por ser su principal medio de subsistencia y por constituir un elemento integrante de su cosmovisión y de su identidad cultural.³⁰

- El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido el mismo no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio: se considera tal a aquellos que los pueblos indígenas y tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida del pueblo.³¹

4. Marco normativo nacional en relación al derecho de posesión y propiedad indígena

A partir de la reforma constitucional del año 1994, se producen e introducen importantes cambios y reconocimientos en materia de derechos, sobre todo en lo referente a pueblos indígenas se incorpora dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación lo siguiente:

Art. 75 inc. 17: *“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas Argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*

Inclusive, y no dato menor, el mismo artículo en su inciso 19 suma a estas atribuciones el dictado de leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. Asimismo, el inciso 22 otorga jerarquía constitucional a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, encontrándose entre ellos tanto instrumentos jurídicos del sistema universal (Naciones Unidas) como del sistema regional (OEA).

²⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C N° 125. Párr. 143.

²⁹ Ibidem. Párr. 144 y 145 (explicación de cada criterio).

³⁰ Ibidem. Párr. 135.

³¹ Ut supra nota 5. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Párr. 122.

Cabe destacar que en el año 1992, a través de la ley N° 24.071, Argentina ratifica el Convenio 169 de la OIT, por lo que dicho instrumento resulta vinculante para nuestra legislación nacional. En tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal como se explicó con antelación, configuran recientes fuentes de obligaciones jurídicas para el Estado, las cuales debe respetar y garantizar a las y los hermanas indígenas por ser miembros de la ONU como de la OEA.

Además, no se debe pasar por alto la última normativa nacional incorporada en 2014, con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: en su Título Preliminar, Capítulo IV (Derechos y Bienes), el Art. 18 dispone para las *comunidades indígenas reconocidas el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, y de conformidad con lo dispuesto por el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional*.

Desde 2006, en nuestro ordenamiento jurídico interno existe una ley -con sus limitaciones- que versa sobre el derecho de posesión y propiedad de las tierras que ocupan actual y tradicionalmente distintas comunidades indígenas en Argentina. En palabras de quienes impulsaron la sanción de la Ley N° 26.160 (de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras), la misma surgió *con la intención de empezar a dar respuestas institucionales concretas a una realidad apremiante*.³²

A continuación se realizará un análisis detallado de lo que implica dicha ley y el porqué de su necesidad de prórroga.

5. Ley 26.160: entre el reconocimiento de derechos y su verdadero ejercicio

A fines del año 2006 se sanciona la ley N° 26.160, conocida actualmente como Ley de Emergencia Territorial Indígena. Esta norma tiene carácter de orden público, por lo cual es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio del país. Surge con el objeto de relevar las tierras ocupadas por las comunidades indígenas a lo largo del territorio nacional, una de las principales obligaciones que el Estado argentino ha contraído al reconocer los derechos de los pueblos indígenas tanto en la Constitución Nacional como por los compromisos internacionales asumidos.

Dicha ley por su carácter de emergencia, ha sido prorrogada en dos oportunidades: en el año 2009 mediante la ley N° 26.554 y en 2013 por la ley N° 26.894. Cabe recordar que este tipo de leyes (de emergencia) se producen por necesidad de orden público o ante circunstancias que merecen atención, son de carácter transitorio y se toman medidas expeditas para remediar o proteger una determinada situación; por tales motivos, resulta necesario prorrogarlas conforme las circunstancias del caso, es decir, si han logrado o no el resultado por el cual fueron creadas.

Bien es sabido que a partir de la última reforma constitucional, uno de los derechos reconocidos a nuestros pueblos indígenas es la posesión y propiedad comunitaria.

³² “Ley 26.160. Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras”. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. INAI. Pág. 5.

Empero, desde aquel momento hasta el año 2006, existía (y aún sigue existiendo) una brecha importante entre el reconocimiento de derechos y su pleno ejercicio. A partir de la lucha persistente de los hermanos y hermanas indígenas en la defensa de sus derechos, se logra la sanción de la ley 26.160.

Desde aquel momento a la fecha, la misma ha resultado una herramienta legal de suma importancia, ya que *suspende* toda acción judicial o administrativa que tienda al desalojo de las comunidades indígenas de sus territorios y *ordena* el relevamiento de las tierras comunitarias que en forma actual, tradicional y pública ocupan las comunidades³³. Además, a través del Decreto Presidencial 1122/2007 (de reglamentación y autoridad de aplicación de la ley 26.160), se establece que las comunidades gozan de este derecho, tengan o no registrada su personería jurídica, con la consulta y participación del Consejo de Participación Indígena (CPI) y el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), órgano encargado del relevamiento técnico-jurídico-catastral.

En virtud de la última declaración de prórroga, se dio vigencia a la ley hasta el 23 de noviembre del corriente año. Cuestión que hoy se torna preocupante y de merecedora de atención ya que a la actualidad (fines de octubre de 2017) se ha logrado sólo media sanción al proyecto de ley que otorgaría una nueva prórroga: el día miércoles 27 de septiembre se aprobó por unanimidad en Cámara de Senadores Nacionales la prórroga de la ley 26.160 por cuatro (4) años más. Este proyecto de ley no conlleva ningún tipo de modificación ni agregado ni eliminación al texto original, es decir, sólo prorroga su vigencia hasta el año 2021³⁴. A un mes de la fecha de vencimiento, aún no ha habido pronunciamiento por parte de la Cámara de Diputados.

a) La situación actual del relevamiento técnico-jurídico-catastral en números³⁵

Cabe destacar que el relevamiento abarca tanto a las comunidades indígenas registradas en el INAI o en organismos provinciales competentes, como aquellas que sin haber registrado su personería jurídica pertenezcan a un pueblo indígena preexistente (Art. 1 del Decreto Presidencial 1122/2007).

El relevamiento implica la constatación de la organización comunitaria y los aspectos socio-productivos de las comunidades indígenas; verificar la ocupación actual, dar cuenta de los antecedentes sobre tenencia de la tierra y ocupación de los predios; relevar los territorios y volcarlos en un mapa. Luego, se elabora un dictamen con la conformidad del pueblo en el que se respalda esta información. Todo este proceso debe realizarse con la consulta y participación de las comunidades.

A partir de información proporcionada por el INAI-órgano encargado del

relevamiento a través de los Equipos Técnicos Operativos (ETO) en el marco del Programa Nacional de Relevamiento Territorial Indígena (ReTeCI)-, al día de hoy hay 1532 comunidades registradas³⁶. De este número, han iniciado el proceso de relevamiento sólo 759, esto es, apenas un 49% del total.

Sólo 459 de ellas tienen concluido su relevamiento, es decir, cuentan con resolución y el INAI los identifica como relevamientos “culminados”. Pese a estar concluidos estos procesos, si bien se elabora una carpeta con todo el material, no sólo no se avanza en la titulación ni entrega de títulos comunitarios, sino que muchas veces ni siquiera se conoce el destino de esas carpetas.

Asimismo, hay unas 623 comunidades registradas pero sin relevar sus territorios y unas 303 que no han visto concluido su proceso de relevamiento³⁷. Por tanto, entre un 60% y 70% de las comunidades registradas por el INAI quedarán a la deriva de no prorrogarse la norma y verán trunca su posibilidad de ver relevado su territorio. A ello, debe sumarse el sin número de comunidades que aún no han sido inscriptas, y por tanto no han registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (ReNaCI) u organismo provincial competente.

b) Importancia de la necesidad de prórroga

Nos hacemos eco de lo manifestado por las diferentes organizaciones y referentes indígenas y sostenemos convencidamente que resulta menester otorgar una nueva prórroga a la ley, la finalización de la misma dejaría a muchas comunidades indígenas sin resguardo, sin protección alguna, ante la posibilidad de ser desalojadas. Y como se ha podido observar en este último tiempo, los niveles de violencia a los que se somete a los hermanos y hermanas indígenas para sacarlos de sus territorios no ha cesado y muy por el contrario, han ido en aumento.

La ley 26.160 constituye un nuevo reconocimiento de la obligación del Estado de generar procesos participativos con la finalidad de reconocer la propiedad de territorios a las comunidades indígenas. Representa un paso previo para que se pueda determinar la ubicación geográfica de las comunidades indígenas, delimitar el territorio que ocupan y narrar su historia del uso y la ocupación, y por tanto, dimensionar el gran número de pueblos indígenas que componen hoy nuestro país. Brinda seguridad jurídica y ha constituido y sigue siendo, una herramienta jurídica de resistencia para poner freno a los injustificados e ilegítimos desalojos; constituye un paso necesario para que se puedan avanzar en los procesos de reivindicación y titulación comunitaria, en reconocimiento y efectivización de su legítimo derecho sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.

33 Artículo 2 y 3 de la ley 26.160.

34 Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/65529-media-sancion-al-freno-de-los-desalojos> (artículo periodístico de Página 12. Fecha 27/09/2017) y <http://cosecharoja.org/comunidades-marcharon-senadores-prorrogaron-emergencia-territorial/> (artículo periodístico de Cosecha Roja. Fecha 27/09/2017).

35 Datos extraídos del Informe “Prórroga de la Ley de Emergencia Territorial Indígena”. Supra nota 10.

36 *Ibidem*. Pág. 3. Este número no incluye la totalidad de comunidades indígenas, sólo las registradas por el ReTeCI.

37 *Ibidem*. Pág. 5. Estos números constituyen un dato parcial que, de acuerdo a lo informado por el INAI, varía y se amplía a medida que se avanza en el proceso de registro de comunidades.

6. Pronunciamientos y despronunciamientos judiciales

La situación de los pueblos indígenas en Mendoza, no difiere de la actual coyuntura respecto al reconocimiento del derecho de posesión y propiedad comunitaria indígena. En el marco de la presente discusión plantearemos diferentes casos al respecto que se presentan en el Secano Lavallino y en el Sur de nuestra provincia.

Empezaremos con la situación que atraviesan las Comunidades Huarpes en Lavalle. Mediante Ley Provincial N° 6.920 del año 2001, se reconoció la preexistencia étnica y cultural del pueblo Huarpe Milcallac y se sujetaron a expropiación 700.000 hectáreas al norte de Mendoza (las superficies exactas quedaban condicionadas a la confección del plano de mensura final). El planteo de inconstitucionalidad que recibió dicha ley por el entonces Fiscal de Estado, Pedro Sin, frenó su ejecución durante varios años, hasta el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a favor de su constitucionalidad: causa N° 72.575 caratulada “*Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Ac. Inc.*”; el fallo sentenció que no correspondía al Poder Judicial, en principio, interferir en el ejercicio de las facultades discrecionales que la Constitución y la ley habían atribuido a los otros poderes del Estado. Es entonces que a partir de esta sentencia se pudo instrumentar y dar (supuestamente) inicio a la ejecución de la Ley 6920.

A pesar del pronunciamiento favorable, a la fecha aún no se ha logrado la efectivización de lo establecido por la ley, es decir, las comunidades aún siguen a la espera del reconocimiento al derecho a sus territorios. Hace más de 15 años que las y los hermanos huarpes vienen reclamando y luchando por su legítimo derecho.

A fines de 2016, se denunció penalmente al fiscal de Estado, Fernando Simón, por el delito de violación de los deberes de funcionario público, al considerar que ha realizado una serie de omisiones e incumplimientos para no hacer efectiva la Ley de Expropiación. El documento solicita a la Justicia que no sólo se investigue al Sr. Fiscal, sino también a funcionarios del Ejecutivo, de la Fiscalía de Estado y del municipio de Lavalle que trabajaron durante las gestiones de los gobernadores Celso Jaque y Francisco Pérez.³⁸

Ramón Tello, referente de una de las comunidades huarpes, sostiene firmemente que a la causa la han “cajoneado”. Asimismo, ha denunciado los constantes atropellos que viven a diario los miembros de las comunidades huarpes por parte de los terratenientes: les quitan el agua y no tienen derechos sobre sus tierras. Hace hincapié en que ni el fiscal Simón ni los anteriores fiscales de Estado han cumplido con los deberes de funcionario público, y sus omisiones siempre han protegido a intereses económicos de conocidos empresarios, políticos y sus familiares.³⁹

Ahora bien, respecto a la situación de las comunidades indígenas del sur de la provincia, haremos referencias a algunos casos en particular.

³⁸ Disponible en: <http://www.losandes.com.ar/article/las-comunidades-huarpes-denuncian-al-fiscal-de-estado>

³⁹ Entrevista disponible en: <http://www.universidad.com.ar/comunidades-huarpes-reclamaron-la-devolucion-de-tierras>

La comunidad Mapuche Lof Rukache⁴⁰ se ubica en el Paraje de Agua Nueva, Distrito de Agua Escondida, Malargüe. Las familias de la comunidad viven ahí desde generaciones. Esa zona mantenía una población importante de familias hasta que empezaron los problemas vinculados a la ocupación de la tierra. Con la instalación del proyecto minero aurífero “Don Sixto” aumentaron los intereses sobre la zona: pobladores y personas ajenas empezaron a entrar en conflicto por el acceso al agua y la propiedad territorial. Aparecieron alambrados, procesos de mensuras y títulos supletorios, algunos de los pobladores locales -los que accedieron a trabajos en el proyecto minero- y personas ajenas implementaron los alambrados como un método de posesión.

Este proceso de fragmentación del hábitat tiene consecuencia directa sobre la forma tradicional de ocupación de los territorios: tanto los animales silvestres como el ganado hacen uso de grandes extensiones, donde se cruzan de forma permanente; los pobladores incluso, hacen un uso comunitario de los territorios para el agua, la recolección de leña, plantas, sales, caza, etc.

En 2008-2009 la comunidad de Agua Nueva se movilizó por un lado en contra del proyecto minero por la posible contaminación del agua de la zona, y por otro, en contra del avance de alambrados por parte de privados ajenos al lugar, en particular un alambrado del sector Este.

En junio de 2014 el Sr. Rolando Martínez, vecino del Lof Rukache empezó a construir un alambrado usurpando parte del territorio comunitario. En el marco de este conflicto se realizaron las denuncias correspondientes y se inició un proceso judicial en la segunda fiscalía correccional de San Rafael.

En 2016, el expediente se trasladó a otra fiscalía donde tomaron la decisión de no hacer lugar al recurso de no innovar interpuesto primeramente. Empezando la feria judicial el Sr. Martínez inició el alambrado, con una cuadrilla de gente contratada, que custodiaban la obra a caballo y motos, amedrentando y amenazando a los miembros de la comunidad, en particular al xaleykujin Fermín Martínez y al lonko Domingo Cortez. Ante esta situación se realiza la denuncia policial correspondiente, pero el fiscal de turno decidió no abrir el expediente al entender que la causa ya tramitaba en la segunda fiscalía correccional. Es por eso que la comunidad procedió a la detención del alambrado a través de una Acción Directa con el acompañamiento de la Organización Malalweche y de los delegados del CPI del Pueblo Mapuche en Mendoza.

La representación legal de la Comunidad solicitó se respeten los tiempos normales de resolución en la fiscalía ante una nueva escalada de violencia. Ante ello, el 20 de enero de 2016, se realiza en el destacamento policial de Agua Escondida, estando presentes representantes del Lof y el Sr. Rolando Martínez, la firma de un acta en la cual se comprometían a detener toda acción en el territorio hasta tanto se retome el curso normal del procedimiento judicial. Acta, por supuesto, poco respetada ya que las amenazas y el hostigamiento continuaron.

Paso seguido, se presenta una Medida Precautoria en virtud del juicio por acción

⁴⁰ Información del caso disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2016/11/el-reclamo-de-justicia-del-pueblo.html>

posesoria en contra del Sr. Martínez en el 6to Juzgado Civil de Malargüe. Cuando el oficial de justicia local Sr. Basil notifica sobre el nuevo recurso de no innovar a Martínez, éste argumentó que estaba trabajando como empleado del Sr. Omar Felix, y sus abogados apelan este recurso. En octubre de 2016, la Cámara de Apelación dio lugar a la apelación, encontrando fundamento en que la comunidad aún no ha inscripto su personería jurídica -trámite que inició en 2010 ante el ReNaCI- y por tanto no existe verosimilitud en el derecho al considerar insuficientes las pruebas aportadas. Cabe destacar en este punto, lo planteado anteriormente respecto a lo establecido por el Decreto Reglamentario de la Ley 26.160 cuando establece que la emergencia territorial alcanza tanto a las comunidades indígenas registradas así como a aquellas preexistentes, comprendiendo en ésta últimas a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente que hayan o no registrado su personería jurídica.

A la actualidad el caso aún se encuentra en la órbita de la Cámara de Apelaciones, ya que la última acción presentada por la representación del Sr. Martínez, ha sido el pedido de recusación del Juez Ramón de la causa.

Recientemente, se encuentra el último pronunciamiento por el caso de la Comunidad Mapuche Lof Suyai Leufu (*Río de Esperanzas*), ubicada en Los Molles, Malargüe. Desde el año 2015 que la comunidad viene sufriendo intentos de desalojo de su territorio, envueltos en abusos de poder y violencia⁴¹; el último se dio el 18 de mayo del corriente año, cuando se presentaron un oficial de justicia de Malargüe junto con fuerzas de la Policía de Mendoza y un Martillero con una orden de desalojo compulsivo firmada por la Jueza Mónica del Carmen Cubillos. La comunidad viene siendo amedrentada de forma permanente por la familia Lucchesi (demandantes) quien rechaza todo tipo de mediación y buscaba de forma reiterada el desalojo.

El pasado 6 de octubre, se obtuvo un fallo favorable para la Lof⁴², en éste la misma magistrada, la Jueza Cubillos del 4to Juzgado Civil de San Rafael ordenó la suspensión de la medida de desalojo interpuesta contra la familia López (de la comunidad). Entre los argumentos planteados por la magistrada, se encuentran la situación actual de los pueblos indígenas de Argentina, y en particular la situación del Pueblo Mapuche.

Respecto al devenir del proceso, el mismo se encuentra frente a dos situaciones, por un lado la parte actora ha solicitado la nulidad del proceso -por la suspensión del desalojo-, y por otro lado, la jueza ha determinado en su último pronunciamiento que debe seguir su curso el proceso civil bajo la discusión de fondo del caso, es decir, el reconocimiento del derecho de la comunidad a su territorio.

Cabe destacar la labor y el acompañamiento que vienen realizando tanto la Direc-

ción de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, como los operadores judiciales de la agencia en Mendoza de ATAJO (Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia).

Para hacer mención de alguno de estos aportes podemos citar, en el caso de la Dirección la intervención generada en mayo del corriente año en el caso de la Lof Suyai Leufu, en el cual presentó al juzgado interviniente un pedido para remitir el expediente al Cuerpo de Mediadores de San Rafael con el fin de encontrar una resolución conciliada del conflicto entre las partes⁴³; así también cabe mencionar la realización de la Conferencia “Pueblos Indígenas y Derecho” el día 8 de agosto pasado, en la Ciudad de San Rafael, con el fin de difundir el Derecho Indígena y de adecuar las prácticas jurídicas a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos⁴⁴. Y en el caso de ATAJO, a principios del mes de julio del corriente año se entrevistaron con comunidades indígenas de Malargüe y formularon una serie de informes que luego fueron remitidos a la Justicia. Concretamente, han trabajado con los casos de la Comunidad Mapuche Lof Tremunko, Lof Suyai Leufu y Lof El Altepal.

7. Conclusiones y espacio de reflexión

Como bien hemos expuesto a lo largo de estos años, en Mendoza la situación de nuestros pueblos indígenas no constituye la excepción a la regla, e incluso nuestra provincia desde hace años que se encuentra en un profundo y alarmante estancamiento en materia de reconocimientos de derechos. Desde hace tiempo que venimos denunciando la falta de producción legislativa seria y concreta que ponga de manifiesto el real reconocimiento y efectivización de los derechos a los pueblos indígenas de la provincia.

Debemos recordar en este punto que el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional es muy claro al establecer en su última oración *las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*, por lo cual Mendoza no sólo debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas sino que además debe garantizar y reconocer los mismos derechos que son expuestos en el artículo en cuestión; es decir, que a pesar de no contar aún con normas provinciales específicas cuenta con un marco normativo constitucional y facultades concurrentes en materia de derechos y obligaciones con los pueblos indígenas.

Ahora bien, frente a los acontecimientos vividos a lo largo del corriente año, nos resulta fundamental pronunciarnos ante ciertas situaciones en particular.

En los últimos años los conflictos protagonizados por los pueblos indígenas en defensa de sus derechos, principalmente territoriales, se han multiplicado y han ido en aumento respecto al uso de la fuerza y la violencia por parte de los privados, e incluso del aparato estatal. Por ello, creemos firmemente en la necesidad de prorrogar la Ley 26.160 y acompañamos con la fuerza y convicción que por años (incluso siglos) nues-

41 Denuncia de la Organización Identidad Territorial Malalweche: “...recordando que en el intento anterior, durante octubre del 2015, se destruyó parte de la vivienda, se destruyeron muebles y elementos personales de la familia, y hasta se le robaron los ahorros con la complicidad de los agentes de policía local. Denuncia que NO ha sido investigada por la Justicia demostrando su arbitrariedad e injusticia.” <https://malalweche.blogspot.com.ar/2016/12/urgente-puelmapu-nuevo-intento-de.html>

42 Disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/10/fallo-favor-de-la-comunidad-mapuche-lof.html> y <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/05/suspenden-desalojo-del-lof-suyai-levfv.html>

43 Disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/05/suspenden-desalojo-del-lof-suyai-levfv.html>

44 Disponible en: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos>

tros pueblos indígenas han luchado y resistido a los embates históricos planteados tanto por los gobiernos de turno y sus políticas públicas, como de los intereses económicos y empresariales y sus influencias, queriéndolos invisibilizar, abatir, estigmatizar y hasta desaparecer.

Asimismo nos gustaría llamar a la reflexión respecto a este punto, ya que desde hace años pareciera ser que el único “remedio” posible para los pueblos indígenas al reconocimiento al derecho a sus territorios corresponde a una situación de “emergencia”, es decir, hace ya 11 años (posiblemente 15 de ser prorrogada por tercera vez la ley 26.160) que la única solución posible a este “problema” es el de entenderlo como una emergencia. Por supuesto que ha sido y sigue siendo -la ley- una herramienta de suma importancia para las comunidades indígenas, pero la realidad es que estamos llevando al derecho a la posesión y propiedad comunitaria a una especie de estado permanente de excepción y no se está debatiendo ni mucho menos, produciendo una norma que regule específicamente el reconocimiento y la efectivización de este derecho; como hemos podido desarrollar anteriormente sólo se ha logrado el relevamiento técnico-jurídico-catastral de algunos territorios comunitarios faltando aún mucho por relevar e incluso, faltando aún el registro de muchas comunidades indígenas.

Con respecto a lo que hemos relatado que están viviendo las comunidades huarpes y mapuches en nuestra provincia queremos nuevamente reiterar nuestra denuncia ante la constante agresión y hostigamiento a la que son sometidos los miembros de las comunidades, así como los atropellos y entorpecimientos a los que deben enfrentarse en el devenir de los procesos judiciales; pasan los años y las comunidades aún siguen sin poder hacer efectivo el cumplimiento de su legítimo derecho al reconocimiento de sus territorios.

A ello debemos sumar las diferentes situaciones que deben enfrentar a diario y que impiden el normal desarrollo de sus vidas, tales como las dificultades persistentes respecto a la calidad y frecuencia de los medios de transporte, las pésimas condiciones de las rutas y caminos, el debido acceso al derecho a la salud y a la educación, el acceso al agua, el ninguneo constante a sus producciones de trabajo, entre otros.

Desde Xumek, creemos que es necesario producir y conformar espacios de trabajo y de organización propios de nuestros pueblos indígenas dentro del estado provincial, con participación directa de los mismos, ya sea mediante secretarías, direcciones o las instancias que se crean convenientes, para poder fortificar el diálogo entre el gobierno provincial y las/los hermanas indígenas, sin ningún tipo de intermediario; y así generar políticas públicas genuinas que respondan a la actual y verdadera situación que se vive en nuestra provincia.

Resulta totalmente necesario llevar a cabo un trabajo serio, responsable y mancomunado entre las autoridades de los diferentes poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), las organizaciones de la sociedad civil y por supuesto y primordialmente, los integrantes de los diferentes pueblos indígenas de Mendoza, sea a través de sus representantes o autoridades comunales, como así también aquellos hermanos y hermanas indígenas que sin necesidad de estar representados por una comunidad indígena, quieran ser escuchados y participar en la conformación de los textos normativos que

darán reconocimiento a sus legítimos derechos.

Análisis de la política migratoria argentina a partir del DNU 70/2017

EDUARDO SANTIAGO QUIROGA

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (...)”¹

1. Introducción

A lo largo de la historia argentina, la migración ha sido regulada por leyes inspiradas en diferentes nociones acerca de esta materia, no obstante, el año 2003 marca un hito en la temática. La Ley Nacional de Migraciones N° 25.871 consagró normativamente a la migración como un derecho humano, convirtiéndose en una ley modelo para toda la región en lo que a reconocimiento de derechos de las personas migrantes respecta.

Sin embargo, el día 30 de enero del corriente año, fecha en que se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70 (en adelante DNU), la legislación migratoria vigente vivió un revés que desnaturalizó y desconoció los valores que la

1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Preámbulo.

habían inspirado; viéndose los principios democráticos, de igualdad y de no discriminación notablemente afectados.

En el desarrollo del presente capítulo, abordaremos el análisis de las causales esbozadas por el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) para justificar la utilización del instrumento consagrado en el Art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y algunas de las modificaciones que nombrado decreto introduce a la Ley 25.871. Lo dicho, desde una perspectiva de derechos humanos y, principalmente, a partir de los estándares desarrollados en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. Sobre la Ley 25.871 y la Necesidad y Urgencia en materia migratoria

Como se ha expuesto anteriormente, el DNU 70/2017 modificó aspectos sustanciales de la legislación migratoria argentina y para un análisis crítico de su utilización, hemos de partir haciendo algunas referencias acerca de la ley que este modifica.

En primer lugar, diremos que la Ley 25.871 puso fin a una regulación de carácter restrictivo acerca de los derechos de las personas migrantes en Argentina, a saber, la Ley General de Migraciones y Fomento de la Migración N° 22.439, vigente desde el año 1981 y conocida como “Ley Videla”. En esta, la regulación de aspectos como la detención y expulsión de personas no entendía de debido proceso ni garantías judiciales; los migrantes podían ser detenidos y expulsados del territorio sin ningún control sobre la decisión administrativa. Asimismo, no obstante enmarcarse el mencionado decreto-ley en el contexto de la última dictadura militar argentina, el advenimiento de la democracia no le restó vigencia al mismo y continuó aplicándose durante más de 20 años.

Por su parte, la Ley 25.871 fue aprobada por el Congreso Nacional en el año 2003 y reglamentada por el PEN en el año 2010. La misma, implicó un cambio categórico respecto la visión que se tenía sobre la migración, considerándola ya no como una amenaza a la estabilidad nacional sino como un derecho humano esencial de toda persona, que debe ser regulado mas no con la intención de desalentarse sino con la finalidad de garantizar a las personas migrantes todos sus derechos, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad al que las mismas pueden enfrentarse. La idea de la movilidad humana como derecho fundamental queda reflejada en el texto de la ley, al reconocer en su Art. 4 que “*el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad*”; ley que también garantiza a las personas migrantes el acceso a sus derechos fundamentales independientemente de su situación migratoria, ya sea esta regular o irregular².

En definitiva, la Ley 25.871 no hizo más que cumplir con las obligaciones que emanan de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos, vigentes y vinculantes para la Argentina, lo cual fue ratificado por el acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al que arribó el Estado

Argentino en el caso De La Torre³.

A los fines de comenzar a cuestionar la utilización de la facultad constitucional reconocida al Presidente de la República, nos preguntamos, en primer lugar, si el mismo es pertinente para modificar la Ley 25.871 -más allá de las razones que a este motivan y que también serán objeto de análisis en el presente capítulo-.

Para responder este inicial cuestionamiento debemos, como señalábamos al comienzo, continuar haciendo hincapié en la normativa migratoria a la que este decreto altera, porque no podemos analizar al decreto modificatorio aisladamente de la norma sobre la que tiene su impacto.

Fue el legislador socialista Ruben Giustiniani quien elaboró el proyecto de lo que sería la Ley 25.871. Uno de los valores más destacados de esta legislación es que en su génesis fueron escuchadas las voces de diferentes organizaciones de la sociedad civil, actores políticos, organismos de seguridad, diversos Ministerios, comunidades migrantes, Iglesias- incluyendo la participación del hoy Papa Francisco, Jorge Bergoglio-; convirtiéndose en la primera legislación general en materia migratoria elaborada y sancionada por un gobierno democrático⁴. No menos destacable es su aprobación unánime por ambas cámaras legislativas.

Tanto por el proceso que señalábamos, como por su contenido, la normativa argentina sobre la migración fue reconocida por la comunidad internacional, destacada por la ONU, la OEA, la Organización Internacional para las Migraciones, ACNUR, UNICEF, la OIT, el MERCOSUR; y tomada como modelo por países vecinos como Uruguay (2008), Bolivia (2013), Perú (2015) y Ecuador (2016)⁵.

Así las cosas, coincidiendo con Mariela Belski, directora ejecutiva de Amnistía In-

3 Los hechos de este caso refieren a que el día 28 de noviembre de 1996, el señor De la Torre fue detenido, sin orden judicial, por oficiales de la Policía Federal Argentina y trasladado a la Comisaría N° 12 de la Capital Federal. Durante su detención, el señor De la Torre no fue notificado de los cargos por los cuales permanecía detenido. Dos abogados presentaron una acción de hábeas corpus ante el Juzgado Nacional de Instrucción N°40, a favor del señor De la Torre, al enterarse que sería expulsado del país esa misma noche. En el hábeas corpus se planteó la inconstitucionalidad de la Ley General de Migraciones (22.349) y su decreto reglamentario (1023/94) que habilitaban la detención de un extranjero, sin orden judicial competente, y la posterior expulsión dictada por autoridad administrativa, así como tampoco contemplaba la asistencia letrada necesaria ni la posibilidad de ofrecer pruebas de descargo o de impugnar judicialmente la decisión administrativa adoptada. El hábeas corpus fue desestimado ese mismo día a las 21:20 horas y, a las 00:00 horas del 4 de diciembre de 1996, el señor Juan Carlos De la Torre fue expulsado de Argentina, con prohibición de reingresar al país. El tribunal de grado confirmó la decisión de la jueza de primera instancia, una vez que el señor De la Torre ya había sido expulsado.

CIDH. Informe N° 85/2011, Petición 12.306, Solución Amistosa. Caso: Juan Carlos De La Torre, Argentina, 21 de julio de 2011. Véase también, CIDH, Informe temático: Impacto del Procedimiento de Solución Amistosa. Año 2013. Párr. 178-181.

4 CELS. Informe “Argentina, avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”. N° 559e, febrero 2011. Pág 8.

5 CERNADAS, Pablo. Dictamen Técnico sobre el DNU 70/2017 que reformó la Ley de Migraciones 25.871. Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración. 24 de marzo de 2017. Disponible en: <http://iarpidi.org/2017/03/24/dictamen-tecnico-sobre-el-dnu-702017-que-reformo-la-ley-de-migraciones-25-871/>

2 Artículo 6. Ley N° 25.871.

ternacional Argentina, entendemos que la legitimidad conquistada por la ley de migraciones, tras atravesar un gran debate nacional e internacional y el gran consenso alcanzado a nivel local y mundial, se instala en la vereda opuesta de la herramienta excepcional utilizada para modificarla⁶.

Más allá de esta valoración acerca de la pertinencia de modificar tal trascendente normativa por medio de una facultad extraordinaria, debe señalarse que la omisión injustificada del debate legislativo no hace más que atentar contra los valores democráticos y republicanos. La participación democrática de la sociedad a través de sus representantes, como principio fundamental del Estado de Derecho, no puede ser prescindida cuando no se acrediten los requisitos excepcionales exigidos por el Art. 99 inc. 3 -como veremos en adelante-; principalmente cuando la ley sobre la que las modificaciones del decreto recaen regula los derechos, garantías y obligaciones de más del 4,5%⁷ de las personas que habitan la Argentina e impacta directamente en el reconocimiento de sus derechos fundamentales.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, última interprete de la Constitución Nacional, en el caso *Consumidores Argentinos c/ EN*, el artículo en cuestión es “*elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales*”⁸. Al mismo tiempo, la Corte sostiene que el ejercicio legítimo de esta facultad legislativa por parte del Presidente, que a priori le es ajena, requiere la necesaria concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: “*1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; ó 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes*”⁹.

La primera de las condiciones señaladas como una de las que debe concurrir queda desestimada, en este caso, ipso facto. Es por ello que debemos adentrarnos en el segundo de los cuestionamientos, es decir, determinar si las razones esbozadas por el Poder Ejecutivo configuran realmente una situación excepcional de necesidad y urgencia que justifica el uso de tal facultad.

En este sentido, nos remitimos a la letra del propio Decreto. De la exposición de motivos se desprende que son dos los principales argumentos tenidos para alegar la existencia de una situación de naturaleza tal, que imposibilita seguir los trámites ordinarios de la Constitución Nacional y a los que aludimos a continuación.

Por un lado, la extensa duración de los procedimientos, tanto administrativos como

judiciales, en materia migratoria. Surge de los considerandos que la aplicación de las normas -hasta entonces vigentes- conducía al desarrollo de procedimientos de carácter administrativos y actuaciones judiciales de muy prolongada extensión, dificultando el cumplimiento de la ley por parte de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM). En consecuencia, la permanencia de extranjeros en Argentina durante el largo proceso recursivo atenta contra el orden internacional y la justicia, por los que debe velar el Estado Nacional.

Por el otro, se resalta que en los últimos años se ha registrado un incremento de personas de nacionalidad extranjera que se encuentra bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF), alcanzando en el año 2016 el 21,35% de la población carcelaria total. Además, el Decreto destaca que en relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, el porcentaje de personas extranjeras llega al 33%; concluyendo que la población extranjera detenida por infracción a la Ley N° 23.737 está altamente representada entre los detenidos si se tiene en cuenta que la población extranjera dentro de la población total de Argentina es del 4,5%.

En definitiva, lo que al decir del Ejecutivo Nacional constituye un escenario de urgencia es el incremento notable de personas extranjeras en Argentina que están “vinculadas” al delito y la dificultad de su expulsión. Entendiendo que la combinación de ambas situaciones descriptas impacta negativamente en el bien común y en la seguridad pública, haciendo necesarias las modificaciones que, en consecuencia, plantea el Decreto.

No obstante, citadas consideraciones son susceptibles de algunos comentarios acerca de su realidad. Veamos.

Comenzando por el segundo de los fundamentos, lo primero que puede destacarse es la tergiversada utilización de las estadísticas para describir la situación de las personas extranjeras detenidas en la Argentina. A lo largo de los considerandos, el PEN plantea un escenario de emergencia en términos de seguridad pública, estableciendo vínculos directos entre esta situación y las personas extranjeras. No obstante, para la construcción de tal relación utiliza datos sesgados, al recurrir solamente a los arroja- dos en la órbita del SPF.

Por el contrario, si consideramos el porcentaje de personas extranjeras detenidas por toda clase de delitos, este disminuye al 5,9%¹⁰, cifra que se ha mantenido, con leves variaciones, a lo largo de los últimos 15 años y que al Gobierno Nacional no le es útil para fundamentar la pretendida *necesidad y urgencia* que en el decreto plantea. En este sentido, se torna falaz el argumento sostenido sobre el desmedido aumento de personas migrantes que cometen delitos, en términos de seguridad pública.

Asimismo, si pensamos en la naturaleza de los principales delitos que el Ejecutivo toma en consideración, como el narcotráfico, podremos ver que la característica trasnacional de estos envuelve la participación de extranjeros en su comisión pero que no

6 Disponible en: <https://amnistia.org.ar/modificar-la-ley-de-migraciones-por-decreto-una-iniciativa-que-no-respeta-los-derechos-humanos/>

7 Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), Censo 2010, Argentina.

8 *Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional* - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 19/05/2010. Considerando 10.

9 *Ibíd.*, considerando 13.

10 Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. SNEEP - Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Informe sobre Personas extranjeras Privadas de la Libertad en Establecimientos de Ejecución de la Pena Dependientes de Servicios Penitenciarios Provinciales y Federal. Enero 2017.

se encuentran alcanzados por la categoría de *inmigrantes*¹¹, lo que a su vez genera una irresponsable asociación entre migración y delito.

En otro orden de ideas, más allá de que la realidad de los hechos reflejada en las estadísticas citadas anteriormente desmiente el incremento de migrantes detenidos, si diéramos por válida la sola utilización de los datos del SPF, también podría desestimarse el uso de la herramienta excepcional que analizamos, por dos motivos.

El primero, refiere a que el Ejecutivo Nacional resalta la gravedad de ciertas clases de delitos, “*en particular los delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos o tejidos y de estupefacientes, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional*”¹², no obstante, sobre estos, la ley en su original redacción ya establecía lo propio. Justamente, ser condenado o estar cumpliendo condena por la comisión de alguno de ellos era impedimento de ingreso a la Argentina y motivo de cancelación de residencia, lo mismo sucedía en caso que el delito cometido fuese penado por la legislación nacional con pena privativa de la libertad de tres años o más. Es decir, como destaca Amnistía Internacional, la Ley 25.871 ya le brindaba al Estado elementos para combatir el narcotráfico (y delitos graves en general) y no resultaba necesario acceder a ninguna reforma a este respecto¹³. Así las cosas, inclusive respecto de nombrados ilícitos no puede justificarse la asunción de facultades legislativas por el Presidente de la República.

El segundo, se relaciona con el alcance de las modificaciones planteadas a partir de los datos del SPF. Esto, porque el DNU amplía los delitos que se ven comprendidos por las restricciones de ingreso y causales de expulsión a todos aquellos que se encuentren sancionados con pena privativa de la libertad.

En relación a este último punto, es dable señalar que no es menester de esta acápite impugnar el derecho soberano de los Estados a determinar cuáles han de ser las causales que permitan el ingreso y la permanencia de migrantes en el país así como otros aspectos relacionados con la política migratoria -siempre que no sean contrarias a los derechos humanos¹⁴-, sino la pertinencia de determinar las mismas por medio del ejercicio de una facultad excepcional como lo es un decreto de necesidad y urgencia.

En consecuencia, siguiendo con la argumentación, consideramos que aun creyendo en la existencia de una situación de urgencia respecto de ciertos delitos de competencia federal, el Estado no la ha justificado respecto del resto de los delitos sobre los que ahora legisla. Principalmente si tenemos en cuenta que desde que el DNU está

vigente, una persona migrante puede enfrentar un proceso de expulsión por una contravención por la que merezca pena privativa de la libertad de solo un par de días. Esta ampliación injustificada se torna arbitraria y desproporcionada.

Finalmente, el otro motivo que impulsa el Decreto es la extensa duración de los procedimientos de expulsión, tanto administrativos como judiciales. A partir de esta consideración, se instaura un procedimiento migratorio especial sumárisimo en el Título V Capítulo I bis de la Ley 25.871. Sobre este punto, como señala Ceriani Cernadas, el Estado no presenta estadística alguna sobre cuántos son estos casos de excesiva duración ni los motivos de tal demora¹⁵ (a las claras atribuible al propio Estado) y tampoco prueba la necesidad y urgencia de modificar el procedimiento.

A su vez, bajo el fundamento de acortar los plazos procesales de los mismos, avanza sobre derechos y garantías procesales en perjuicio del derecho al debido proceso de las personas migrantes, que analizaremos en el apartado siguiente.

Ahora bien, alejándonos de la consideración estricta del Decreto, podemos ver como el mismo no se erige como un hecho aislado de la política migratoria sino como la consagración normativa, en comunión con otras disposiciones, de un mensaje que ya venía siendo sostenido por funcionarios públicos del gobierno nacional y los medios de comunicación¹⁶, sobre las consecuencias negativas de la migración y la asociación de esta con la criminalidad.

No es novedad la postura del actual Presidente de la República, Mauricio Macri, acerca del tema que analizamos. En el año 2010, siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, manifestaba su preocupación frente a una inmigración descontrolada y el avance de la delincuencia y el narcotráfico, mientras que Horacio Rodríguez Larreta, actual Jefe de Gobierno y por entonces Jefe de Gabinete, sostenía que “*la ley 25.871 era muy permisiva respecto de la inmigración y que el Gobierno de la Ciudad no podía resolver los*

15 CERNADAS, Pablo. Dictamen Técnico sobre el DNU 70/2017 que reformó la Ley de Migraciones 25.871. Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración. 24 de Marzo de 2017. Apartado 1. Disponible en: <http://iarpidi.org/2017/03/24/dictamen-tecnico-sobre-el-dnu-702017-que-reformo-la-ley-de-migraciones-25-871/>.

16 En mayo de 2017, en oportunidad del Encuentro Nacional de Clínicas Migratorias del que participó XUMEK y de la reunión con la Comisionada Margaret May Macaulay, en ese momento Relatora sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual expuso su preocupación por el aumento de las prácticas comunicacionales discriminatorias denunciadas por las audiencias referidas a coberturas periodísticas negativizantes de las personas migrantes. Sobre todo, acerca de quienes provienen de África, Colombia, Perú, Bolivia y Paraguay. En ese sentido, el organismo advirtió que el aumento de esas prácticas se ha evidenciado, sobre todo, a partir de 2016. A su vez, plantearon que el hecho de que el 70% de las noticias analizadas por el organismo en los noticieros de la televisión de aire que refieren a migrantes estén vinculadas al campo policial es un dato que hace inteligible y previsible lo que las organizaciones de la sociedad civil habían manifestado: una tendencia a la criminalización de las personas migrantes en Argentina, que es acompañada y agravada por varios medios de comunicación. En especial, sobre algunas coberturas mediáticas que han referido a la migración y a las personas migrantes como invasivas, saturadoras de los servicios públicos y amenazas contra la seguridad. Disponible en: <http://defensadelpublico.gob.ar/encuentro-con-la-relatora-sobre-los-derechos-de-los-migrantes-de-la-cidh/>

11 CERNADAS, Pablo. Dictamen Técnico sobre el DNU 70/2017 que reformó la Ley de Migraciones 25.871. Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración. 24 de Marzo de 2017. Apartado 1. Disponible en: <http://iarpidi.org/2017/03/24/dictamen-tecnico-sobre-el-dnu-702017-que-reformo-la-ley-de-migraciones-25-871/>

12 Decreto de Necesidad y Urgencia 70 del año 2017.

13 Amnistía Internacional Argentina. “Algunas consideraciones sobre la modificación de la Ley de Migraciones (Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017)”. Pág. 6.

14 Cfr. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C Nº 282, párr. 350.

problemas de vivienda del Conurbano y el *Mercosur*¹⁷. (El destacado nos pertenece).

Más cercanos a la fecha del Decreto, también fuimos testigos de las desafortunadas manifestaciones, en el mismo sentido, realizadas por la Sra. Ministra de Seguridad de la Nación, Patricia Bullrich, quien sostuvo que a la Argentina “*vienen ciudadanos paraguayos o peruanos que se terminan matando por el control de la droga. La concentración de extranjeros que cometen delitos de narcotráfico es la preocupación que tiene nuestro país*”¹⁸; a esto se suma el entredicho que mantuvo con el cónsul de Bolivia en Argentina, Jorge Ramiro Tapia Sainz, al este haberla cuestionado por vincular a los extranjeros de Paraguay, Perú y Bolivia con el narcotráfico y la delincuencia.

A lo dicho pueden agregarse las conclusiones vertidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de Naciones Unidas en su informe del año 2016 sobre la Argentina. En él, el Comité expresa su preocupación por la discriminación de los migrantes, el aumento de las órdenes de expulsión, el recorte de las políticas de regularización y los requisitos adicionales para la regularización de los migrantes provenientes de países fuera del Mercosur y por la vigencia de normas de distinción en el acceso a derechos básicos; en el mismo sentido se expresa sobre la creación de un centro de detención para migrantes a la espera de ser deportados¹⁹, idea que fuera expresada con firmeza por el Gobierno Nacional pero que hasta el momento no se ha llevado a cabo.

Tras destacar brevemente el contexto en que el decreto aparece, resulta atinado traer nuevamente el precedente del Tribunal Supremo argentino, en cuanto señala que “*el texto constitucional no habilita a concluir en que la necesidad y urgencia a la que hace referencia el inciso 3º del artículo 99 sea la necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo en imponer su agenda, habitualmente de origen político circunstancial, sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia*”²⁰. Consideramos que la apreciación sostenida en la jurisprudencia de la Corte refleja la coyuntura que rodea al decreto que analizamos. Es decir, lo que el Ejecutivo hace por medio de este y de otras disposiciones, como así también a través de las manifestaciones de sus funcionarios, es instalar una idea que responde a una visión negativa del fenómeno de la movilidad humana y al que le atribuye la responsabilidad de varios males de los cuales el Estado es responsable, recurriendo y aprovechando la legitimidad de parte de la sociedad que suele acompañar estas ideas.

3. Sobre el procedimiento migratorio especial sumarísimo

A continuación analizaremos una de las principales modificaciones que se introducen a la legislación migratoria, el *procedimiento migratorio especial sumarísimo*. Como viéramos anteriormente, el PEN, en pos de reducir la extensión de los procedimientos de expulsión de migrantes, dedica un capítulo de la ley a la regulación de dicho asunto, estableciendo un procedimiento que resulta aplicable a la mayoría de los supuestos de expulsión y cancelación de residencia.

Antes de comenzar, es importante destacar cuáles son los lineamientos que se han desarrollado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos acerca de este tipo de procedimientos, principalmente, las garantías y principios del debido proceso que adquieren especial relevancia en estos y que nos permitirán determinar la adecuación del nuevo procedimiento a los estándares internacionales. Para hacernos remitimos al Informe de la Comisión Interamericana sobre los Estándares Interamericanos acerca de la Movilidad Humana, en donde reúne el análisis de los diferentes pronunciamientos regionales sobre la temática.

Lo primero que hay que tener presente es que las garantías procesales se encuentran contenidas en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y tienen plena vigencia en cualquier situación en la que se determinen los derechos de una persona, entre los que se encuentran los migrantes²¹, independientemente de su situación migratoria²². Es decir, tanto los procedimientos administrativos como judiciales de expulsión deben respetar el derecho humano al debido proceso, garantizando la defensa procesal de cualquier migrante que se enfrente a ellos.

A este respecto, la Corte Interamericana en momento de pronunciarse en su Opinión Consultiva 18/03 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* ha destacado la especial relación entre el derecho a la igualdad y no discriminación y el debido proceso de los migrantes en situación irregular, sosteniendo que: *para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia*²³.

En consonancia con lo dicho, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad afirman que se encuentran en esta condición aquellas personas que, “*por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”; destacando dentro de las posibles causales de nombrada situación, la migración

17 Disponible en: https://www.clarin.com/capital_federal/Macri-inmigracion-descontrola-da-acusaciones-xenofobo_o_BkDMFVFTPXe.html

18 Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/22593-el-dnu-migratorio-de-macri-bajo-la-misma-lupa-que-el-muro-de>

19 ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º combinados de la Argentina, párr. 33.

20 Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 19/05/2010. Considerando 16.

21 Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N° 218, párrs. 108 y 142-143.

22 Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 121 y 122

23 Ibidem, párr. 121.

y el desplazamiento interno²⁴.

Entonces, como primera idea, podemos sostener que toda la regulación de los procedimientos de expulsión de personas migrantes, en situación regular o no, que desarrolle el Estado debe no solo respetar los principios y garantías del debido proceso sino también, tener especial consideración de la situación desventajosa a la que los mismos se enfrentan.

En términos de garantías, el Art. 8 inc. 1 establece las de carácter general aplicable a todos los procedimientos mientras que el inciso 2, en principio, determina aquellas referidas a procesos penales. No obstante, en relación a este segundo apartado del artículo, tanto la Comisión como la Corte, en armonía con la interpretación evolutiva que corresponde a los tratados de derechos humanos, han ampliado su ámbito de aplicación a otros procesos más allá de los de orden penal, en los que esté de por medio la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, en específico aquellos de carácter sancionatorio, entre los cuales claramente encuadran aquellos tendientes a establecer la situación migratoria de una persona²⁵. Desde uno de los primeros y más emblemáticos casos sobre la temática que analizamos, la Comisión sostiene que los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona, involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso²⁶.

En conclusión, el *procedimiento migratorio especial sumarísimo* debe respetar todas las garantías que el Art. 8 enuncia y tener especial consideración de la situación de vulnerabilidad antes descripta.

No obstante lo dicho, el nuevo procedimiento establecido en el Título V Capítulo I bis de la Ley 25.871 lejos está de responder a los parámetros que señalásemos al comienzo y, por el contrario, avanza en una regulación que agrava las desfavorables condiciones que viven las personas migrantes y las expone a una situación de indefensión frente al poder administrativo y judicial del Estado. En el mismo sentido se pronuncia el Fiscal Federal, Miguel A. Gilligan, en su dictamen en autos *Centro de Estudios Legales y Sociales y Otros c/ EN s/ Amparo ley 16.986*²⁷, a la hora de analizar los plazos recursivos que el Decreto establece en relación con el derecho a ser oído, a la preparación de la defensa en forma efectiva y al derecho a acceder y contar con una adecuada asistencia jurídica.

Entre los principales cuestionamientos al procedimiento, encontramos el acortamiento de los plazos para interponer recursos contra las decisiones tanto adminis-

trativas como judiciales, la eliminación de recursos en cuanto al procedimiento administrativo y la forma en que se regulan el derecho a la asistencia jurídica gratuita y las notificaciones durante el procedimiento.

En breves palabras, una vez que la DNM determina la expulsión de una persona o cancelación de su residencia, comienza el juego recursivo ilusorio que plantea el Decreto. Ante esta primera decisión, la persona puede interponer un recurso jerárquico en el plazo improrrogable de tres días hábiles desde su notificación, que será resuelto por el Director Nacional de Migraciones y agotará la vía administrativa. Agotada la misma y, nuevamente, en el exiguo plazo de tres días hábiles desde su notificación, corresponde la presentación de un recurso judicial por escrito, fundado y con patrocinio letrado; frente a la resolución que el juez dicte, procede el recurso de apelación ante la Cámara Federal correspondiente, que debe ser interpuesto y fundado en igual plazo ante el juez de primera instancia, quien dará traslado por el mismo plazo. Frente a esta última decisión, solo queda el recurso extraordinario federal.

En relación al régimen de notificaciones, el nuevo Art. 54 establece que si la persona migrante “no constituyese domicilio alguno, o el constituido no existiere, los actos emitidos por la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES se tendrán por notificados de pleno derecho, en el término de DOS (2) días hábiles, desde el momento de su emisión, quedando los mismos disponibles en la mesa de entradas de la citada Dirección Nacional”.

Finalmente, sobre la asistencia jurídica gratuita, el Decreto dispone que corresponde a la persona migrante su solicitud y, además, la acreditación fehaciente de la carencia de medios económicos; en caso contrario, las actuaciones continúan sin más trámite y sin asistencia de defensor público.

Como se desprende de la nueva regulación, el real ejercicio del derecho de defensa por parte de las personas migrantes se ve claramente obstaculizado, en primer lugar, por el considerable acortamiento de los plazos para recurrir las decisiones administrativas y judiciales.

En este sentido, tiene dicho la Comisión Interamericana que una de las garantías mínimas de los procesos migratorios es el “derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa (...)”²⁸, en efecto, “la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso”²⁹. Por su parte, en relación con los procedimientos sumarios de deportación, sostiene que resultan contrarios a estas garantías, en tanto privan a los migrantes del derecho a ser oídos, a defenderse de manera adecuada y a impugnar su expulsión³⁰; comprometiendo la responsabilidad internacional de los Estados no solo por la viola-

24 “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, Capítulo I, Sección 2ª, punto 1.

25 Cfr. CIDH. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015, párrs. 300-301.

26 Cfr. CIDH. Informe N° 49/99. Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párr. 70.

27 “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM s/Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 3061/2017).

28 Cfr. CIDH. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015, párr. 309.

29 Cfr. CIDH, Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad N° 68/05, Caso 11.495, Juan Chamorro Quiroz (Costa Rica), 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

30 Cfr. CIDH. “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015, párr. 310.

ción al Art. 8 de la CADH sino también al Art. 25 de la misma, al verse impedida la persona migrante de acceder a un recurso efectivo que le permita impugnar la expulsión.

Volviendo al *procedimiento migratorio especial sumarísimo*, como destaca el Dictamen Fiscal sobre el DNU, “la brevedad del plazo de interposición de los recursos, supone un escollo irrazonable que impide al migrante preparar adecuadamente su defensa, reunir evidencias u otros elementos para fundar su caso, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes”³¹. Es decir, los tres días con los que cuenta quien enfrenta el proceso tornan imposible la preparación de una defensa adecuada a la gravedad de la situación que se pretende impugnar, a lo que debe agregarse que la presentación judicial debe ser por escrito, fundada y con patrocinio legal.

A lo dicho, se suma que la regulación prevista desconoce la obligación que sobre el Estado recae de adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses, ya que de no existir esos medios de compensación, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas³².

Por lo que vemos, la reducción de la extensión de los procedimientos de expulsión buscada por el Estado, se tradujo en un procedimiento violatorio de las garantías y principios del debido proceso que no tiene en cuenta ninguno de los estándares desarrollados internacionalmente en la materia.

Sumado a la reducción de los plazos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita también se ha visto perjudicado. Tal y como señalamos anteriormente, la ley dispone que quien debe solicitarla es la persona migrante juntamente con la demostración de la carencia de medios económicos. Este régimen no solo hace pesar sobre el interesado el previo conocimiento del derecho que le asiste, ya que de otra manera no podrá solicitarlo, sino que pone sobre él la carga de demostrar *fehacientemente* la falta de recursos económicos, sin dar ninguna pauta sobre esto, siendo, en definitiva, la autoridad administrativa la que tenga la decisión sobre el asunto. Como hemos repetido a lo largo de toda la exposición, la especial situación que enfrentan las personas migrantes, hace de este un fundamental derecho para asegurar el acceso a la justicia y, su actual regulación, demuestra la ineficacia del Estado para articular las compensaciones necesarias a las que referimos en la página anterior.

Adicionalmente, como se describe en el Dictamen Fiscal al que ya hemos aludido, la solución que establece el vigente Art. 86 de la Ley 25.871, a saber, la continuación del procedimiento por omitir la persona migrante la solicitud de asistencia o no probarla, colisiona con el irrenunciable derecho de ser asistido por un defensor proporcionado

por el Estado, en los casos que la persona no nombrare un defensor dentro del plazo establecido por la ley³³.

El último de los puntos que en esta exposición señalaremos refiere al régimen de notificaciones. Del Informe Técnico de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, se desprende que esta nueva forma de llevar a cabo las notificaciones redundante en perjuicio de quienes vivan en barrios de emergencia, precarios o donde el correo no ingrese por resultar zona peligrosa; ya que si no se constituye domicilio o el denunciado no existe, la persona queda notificada en el término de dos días hábiles en la mesa de entradas de la DNM³⁴. A esto, se adiciona el agravamiento en las posibilidades de desarrollar una estrategia de defensa adecuada y efectiva dada la falta de obligación de la autoridad migratoria de notificar de manera fehaciente las decisiones de expulsión que se adopten³⁵, sobre todo, si tenemos en consideración que una persona podría ser notificada de una orden de expulsión y transcurrir un plazo el plazo de tres días para recurrir, sin siquiera enterarse³⁶.

Las tres deficiencias que hemos destacado del procedimiento que instituye el DNU 70/2017, lejos están de ser las únicas, pero bien sirven para reflejar la forma en que el mismo se aleja completamente de los estándares desarrollados por los órganos regionales sobre derechos humanos. Al acortamiento de los plazos, a las barreras a la asistencia letrada gratuita y al ilusorio régimen de notificaciones, se suman la eliminación de posibilidades recursivas, la posibilidad de enfrentar el procedimiento privado de la libertad o de ser sujeto de expulsión sin contar con una condena firme en contra, entre otros avasallamientos a los derechos fundamentales de los migrantes.

4. Consideraciones finales

El análisis de la pertinencia, los fundamentos y las modificaciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 70 del año 2017 puede hacerse desde diferentes perspectivas, pero, sin dudas, todas aquellas que tengan como guía la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y el real entendimiento de la situación a la que ellas se enfrentan, no podrán sino concluir, el atraso que este significa para la Argentina; un atraso normativo tanto como social.

Primero, porque se parte de una errada y peligrosa asimilación de la migración con la criminalidad. El mensaje que del decreto se desprende, favorece y promueve esa repudiable y equivocada idea que atribuye al fenómeno de la movilidad humana grandes problemas de la Argentina, entre ellos, la delincuencia.

31 Dictamen Fiscalía Federal en “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM s/Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 3061/2017). 19 septiembre de 2017. Pág. 58. Disponible en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/Dictamen-del-fiscal-Gilligan-sobre-DNU-70-17.pdf>

32 Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 121.

33 Dictamen Fiscalía Federal en “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM s/Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 3061/2017). 19 septiembre de 2017. Pág. 70. Disponible en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/Dictamen-del-fiscal-Gilligan-sobre-DNU-70-17.pdf>

34 CARRIL, Camila. Informe técnico sobre el DNU 70/17. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Subdirección Migrantes. 22 de Marzo de 2017. Apartado II.I.

35 “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM s/Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 3061/2017). Pág. 25.

36 Ibidem, pág. 65.

Segundo, porque esa maliciosa interpretación se refleja en un considerable recorte de derechos que nuestro país garantizaba a las personas migrantes y que lo situaba en la vereda correcta en el orden internacional.

No es caprichoso que la ONU, Amnistía Internacional Argentina, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y las organizaciones de la sociedad civil que promueven la protección y promoción de los derechos humanos, hayan manifestado su preocupación y disconformidad con el Decreto. En un mundo donde los discursos contrarios a la igualdad y la no discriminación son los que más difusión reciben, la Argentina hacía, normativamente, la diferencia.

En este contexto, el PEN optó por cercenar y retroceder en materia de reconocimiento de derechos de las personas migrantes, en lugar de dar un paso adelante para garantizar aquellos que todavía les son denegados, como por ejemplo, los derechos políticos.

Así las cosas, el Poder Judicial de la Nación es quien tiene las facultades y herramientas necesarias para impedir la restricción arbitraria de los derechos humanos de las personas migrantes. Si bien no ha sido objeto de este capítulo, el análisis de la proporcionalidad de la medida adoptada por el Ejecutivo Nacional en cuanto restricción de derechos, conduce, creemos, al rechazo absoluto de las modificaciones.

No obstante, lamentablemente, los primeros pasos en la instancia judicial no son alentadores. Al cierre de este Informe, el Juez Ernesto Marinelli del Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo N°1 dictó sentencia rechazando el Amparo Colectivo presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales al que hemos referido en el título anterior y, solamente, instruye la modificación del régimen de asistencia jurídica gratuita que el Decreto dispone.

La sentencia, lejos está de satisfacer argumentativamente a quien la lee. El abordaje y análisis de temas graves y complejos como son la asunción de facultades legislativas por el PEN y la política migratoria, merecen una mejor fundamentación. Desilusiona que aquellos que deben salvaguardar la razonabilidad de las medidas adoptadas por quienes nos gobiernan, hagan de sus sentencias un cheque en blanco para la violación de derechos.

Sin duda, la sentencia responde a los nuevos lineamientos jurisprudenciales trazados a partir del cuestionable fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Fontevicchia-D'Amico*. No debiera sorprendernos que en el análisis que la misma realiza sobre las garantías y principios del debido proceso del nuevo procedimiento migratorio especial sumarísimo, omita el extenso desarrollo que sobre este tema tiene hecho el Sistema Interamericano y no cite ningún precedente jurisprudencial sobre la materia. Además, la resolución prescinde de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes y el especial deber que, en este sentido, recae sobre el Estado.

Como conclusión, solo queda decir en relación al DNU N° 70, que estamos frente a una normativa que carece de justificación objetiva y razonable, y consagra, en consecuencia, un tratamiento discriminatorio a las personas migrantes que compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

MEDIO AMBIENTE

El Tribunal Internacional Monsanto y el delito de Ecocidio.

GONZALO EVANGELISTA

En abril del presente año tuvo lugar un acontecimiento de especial relevancia en materia de respeto y garantía de derechos humanos relacionados con el medio ambiente: con la participación de la jurista mendocina Eleonora Lamm¹, el Tribunal Internacional Monsanto (en adelante “el Tribunal”) emitió un pronunciamiento, entendido como opinión consultiva, que definió violaciones concretas a derechos humanos y estableció parámetros claros que los Estados debieran perseguir en lo inmediato para la protección de estos derechos².

Además de la importancia propia de la opinión consultiva mencionada, en el contexto que la rodea se destacan varias situaciones que permiten observar con promisoría esperanza las consecuencias que de ella pueden sobrevenir en materia medioambiental: entre otras, la naturaleza del tribunal, la participación de la sociedad civil, las con-

1 Eleonora Lamm es Doctora en derecho, actualmente se desempeña como Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza y es una constante colaboradora de nuestra asociación.

2 Ver: <http://www.losandes.com.ar/article/jueza-mendocina-en-tribunal-de-la-haya-juzgaron-a-monsanto-de-ecocidio>

clusiones sustentadas jurídicamente en normativa internacional de derechos humanos, y las recomendaciones realizadas respecto al delito de “ecocidio”.

Comenzando con la naturaleza del Tribunal, se trata de un “Tribunal de Opinión”. Es decir, que el tribunal establecido por la Fundación Tribunal Monsanto no es un “tribunal ordinario” perteneciente al sistema judicial de un Estado ni a una organización internacional, sino que es un “tribunal extraordinario” fruto de la determinación de la sociedad civil, que toma la iniciativa y participa activamente en él. Este tipo de tribunales ha existido desde hace décadas y han logrado importantes avances en materia de legislación internacional.³

Su mandato era el de examinar, mediante un método judicial, las normas jurídicas aplicables a situaciones o sucesos muy problemáticos que afectan directamente a personas o grupos de personas y a la sociedad en su conjunto y que constituyen un motivo grave de preocupación. Su objetivo era doble: alertar a la opinión pública, a las partes interesadas y a los responsables de la formulación de políticas con respecto a actos considerados inaceptables e injustificables con arreglo a las normas jurídicas, contribuyendo de esta manera al progreso del derecho nacional e internacional.

En concreto, se pidió al Tribunal que emitiera una **opinión consultiva**⁴ en respuesta a seis preguntas (ejes) examinando los efectos que tienen las actividades de la empresa Monsanto (en adelante “Monsanto”) en los derechos humanos de las personas y en el medio ambiente, y que formulara conclusiones sobre la conformidad de la conducta de Monsanto con los principios y las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario⁵.

Para estos efectos, el Tribunal estuvo constituido por cinco jueces y juezas de Argentina, Bélgica, Canadá, México y Senegal⁶ que se reunieron en la Haya los días 16 a 18 de octubre de 2016 para celebrar audiencias en las que se escucharon testimonios de unas 30 personas de diferentes partes del mundo (India, Sri Lanka, Colombia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Bélgica, Francia, Brasil, Paraguay, Burkina Faso, etc.). Se invitó a Monsanto a enviar sus observaciones por escrito y participar en las audiencias para expresar sus opiniones, empero no se recibió respuesta por parte de la empresa y durante la audiencia tampoco estuvo presente.

Las preguntas que se le presentaron al Tribunal y constituyeron su Marco de Referen-

³ Véase <http://permanentpeopletribunal.org/>.

⁴ Tribunal Internacional Monsanto. Opinión Consultiva; La Haya, 18 de abril de 2017. Disponible en: http://es.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/899082926.pdf

⁵ Las normas en las que se basó figuran, en su mayor parte, en instrumentos de Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966; la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979.

⁶ Además de la Dra. Lamm, estuvo conformado por: Dior Fall Sow (Senegal), Jorge Fernández Souza (México), Steven Shrybman (Canadá) y su Presidenta, Françoise Tulkens (Bélgica). La Secretaría a cargo del Profesor Dr. Marcos A. Orellana (Facultad de Derecho de la Universidad George Washington), con la asistencia de Chancia Plaine (abogada especializada en derecho medioambiental, Francia).

cia, se centraron en el derecho a un medio ambiente saludable, a la alimentación, a la salud, a la libertad de expresión y libertad de investigación académica, a la complicidad en crímenes de guerra y al delito de ecocidio.

Al referirse al derecho que estimó aplicable, el Tribunal realizó afirmaciones que pueden resultar de utilidad como precedente de interés en materia empresarial. En este sentido, expresó que

“(...) los tratados internacionales utilizados establecen y expresan normas y valores relativos a los derechos humanos, por lo que constituyen importantes referencias normativas para medir la conducta empresarial. (...) Por consiguiente, con su opinión consultiva pretende responder a las preguntas sobre si la conducta de Monsanto ha atentado contra los derechos reconocidos en los tratados internacionales, los ha menoscabado o, de cualquier otra forma, ha afectado negativamente al disfrute de tales derechos.

Además, los tratados universales de derechos humanos (...) constituyen la base de la responsabilidad de las empresas tal como se articula en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. (...) elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas y fueron refrendados por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 17/4 de 16 de junio de 2011”⁷.

A su vez, indicó que si bien los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁸ no son jurídicamente vinculantes ni tampoco imponen obligaciones internacionales a las empresas,

“(...) definen la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y ofrecer a las víctimas el derecho a un recurso efectivo. Tal como se explica en la Introducción a los Principios Rectores, ‘la aportación normativa de estos no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; en integrarlas en un modelo único lógicamente coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del actual sistema y las mejoras posibles. (...)’. El Tribunal se refiere a estos Principios Rectores como un medio, en el contexto de las Naciones Unidas, para anticipar y propiciar nuevos avances en el desarrollo progresivo del derecho internacional”⁹.

Ingresando al análisis de fondo, vale tener presente un resumen de la opinión consultiva realizado por la Fundación Monsanto Tribunal¹⁰. La Fundación comienza expresando que está estructurada en tres partes. Una sección introductoria donde detalla las condiciones con las cuales se inició el Tribunal, una sección que examina las seis preguntas hechas al Tribunal, y una sección final que aborda la creciente asimetría entre los derechos concedidos a corporaciones y las limitaciones impuestas sobre éstas para proteger a las comunidades locales y/o generaciones futuras, donde sea que operen las corporaciones.

Puntualmente en lo que a XUMEK como asociación que promueve y protege dere-

⁷ Tribunal Internacional Monsanto. Opinión Consultiva; La Haya, 18 de abril de 2017. Págs. 11-12.

⁸ Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusiness-HR_SP.pdf

⁹ Tribunal Internacional Monsanto. Opinión Consultiva; La Haya, 18 de abril de 2017. Pág. 12.

¹⁰ Disponible en: http://www.monsanto-tribunale.org/upload/asset_cache/788012668.pdf

chos humanos interesa destacar, resultan de interés los siguientes fragmentos.

Acerca de la primera pregunta planteada al Tribunal relacionada a la supuesta infracción al derecho a un medio ambiente sano por parte de las actividades de la empresa Monsanto, el Tribunal inicialmente recordó que la concepción de que el medio ambiente es una condición previa para disfrutar derechos humanos marcó el inicio de una nueva era en legislación internacional y que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha concluido que la ley de derechos humanos establece ciertas obligaciones en los Estados para garantizar que el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano sea respetado.

Luego, fundado en los testimonios relacionados a impactos en la salud humana, suelos, plantas, organismos acuáticos, salud animal y biodiversidad, así como información sobre los impactos en comunidades indígenas y pueblos en muchos países, concluyó que Monsanto se ha involucrado en prácticas que han impactado de forma negativa el derecho a un medio ambiente sano.

Respecto a la pregunta **número 2**, concerniente a la supuesta infracción al derecho a la alimentación, de acuerdo al Tribunal, las entidades de negocios también son responsables de respetar este derecho al aplicar las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Negocios y Derechos Humanos.

El Tribunal concluyó que Monsanto se ha involucrado en prácticas con un impacto negativo en el derecho a la alimentación. Que sus actividades y productos causan daño al suelo, agua y al ambiente en general, por lo que la soberanía alimentaria también se ve afectada, y que efectivamente también hay una infracción al derecho a la alimentación debido al mercadeo agresivo de los organismos modificados genéticamente (OGM) que pueden forzar a agricultores a comprar nuevas semillas cada año, provocan contaminación de cultivos e incrementan el uso de agrotóxicos.

En relación a la pregunta 3, concierne a la supuesta infracción al derecho al estándar de salud más alto que cualquiera pueda obtener, destaca que es un derecho entrelazado con los derechos a la alimentación, agua e higiene, y a un medio ambiente sano, que también es reconocido en muchos instrumentos de protección de derechos humanos regionales.

El Tribunal estimó los pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y escuchó informes de testigos sobre enfermedades congénitas severas, enfermedades crónicas, envenenamiento o incluso muerte después de exposición ambiental directa o indirecta a productos manufacturados por Monsanto. A su vez, recordó que esta compañía ha producido y distribuido muchas sustancias peligrosas, a pesar del hecho de que la compañía sabía sobre sus nocivos impactos a la salud, y desarrolló detalladamente las cuestiones científicas y técnicas respectivas.

Sobre este punto también concluyó que Monsanto se ha involucrado en prácticas que impactaron de forma negativa en el derecho a la salud.

La Pregunta 4, referida a la supuesta infracción de la “indispensable libertad para la investigación científica”, el Tribunal indicó que se relaciona con la libertad de pensamiento y expresión y con derecho a la información. Por tanto, lo encuentra clave para

salvaguardar otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, alimentación, agua y a un ambiente sano.

Esta libertad genera el requerimiento de asegurarse que las investigaciones científicas puedan ser expresadas libremente y que se proteja cuando se denuncien malas prácticas.

Sin embargo, el Tribunal dio por probado que Monsanto desarrollaba estrategias que afectan de forma negativa el derecho a la libertad indispensable para la investigación científica. Por citar ejemplos, conductas como intimidación, desacreditación de investigación científica cuando se formulan preguntas serias sobre la protección del ambiente y salud pública, soborno de reportes de investigación falsos y presión sobre gobiernos. Este abuso es exacerbado por la exposición a riesgos de salud y ambientales, lo cual deprava a la sociedad de la posibilidad de salvaguardar derechos fundamentales.

La pregunta 5 está relacionada con la supuesta complicidad en crímenes de guerra, al proveer entre 1962 y 1973, más de 70 millones de litros de Agente Naranja (conteniendo dioxina) que fueron rociados aproximadamente sobre 2.6 millones de hectáreas de tierra. Químico defoliador que ha causado un daño severo a la salud de la población civil vietnamita. El daño causado a los veteranos estadounidenses, neozelandeses, australianos y coreanos ha llevado a casos en cortes y al reconocimiento de la responsabilidad de Monsanto, entre otros.

Debido al estado actual de la legislación internacional y la ausencia de evidencia específica, el Tribunal no pudo dar una respuesta definitiva a la pregunta formulada. Sin embargo, el Tribunal tiene la visión de que, si el crimen de Ecocidio fuera añadido a la Ley internacional, los hechos reportados podrían caer dentro de la jurisdicción de la Corte Penal internacional.

En relación a esto último, la pregunta número 6, cuestiona al Tribunal si las actividades de Monsanto constituirían un crimen de ecocidio, entendido como causar daño severo o destruir el medio ambiente, para alterar de forma significativa y duradera los bienes comunes o servicios del ecosistema de los cuales ciertos grupos humanos dependen.

El Tribunal comienza afirmando que los desarrollos en la ley ambiental internacional confirman la creciente consciencia sobre cómo el daño ambiental afecta negativamente los valores fundamentales de la sociedad, y que preservar la dignidad para las generaciones presentes y futuras y la integridad de los ecosistemas es una idea que ha ganado momento en la comunidad internacional. Como una evidencia de estos desarrollos, trae a colación que de acuerdo al *Documento de Políticas en Selección de Casos y Priorización de septiembre del 2016*, el Fiscal de la Corte Penal internacional quiere darle una consideración particular a los crímenes del Estatuto de Roma relacionados con la desposesión ilegal de tierra o la destrucción del medio ambiente.

Sin embargo, los jueces y juezas se resignan a expresar que permanece una brecha entre los compromisos legales y la realidad de la protección ambiental, y enfáticamente juzgan que la legislación internacional debería determinar ahora de forma precisa y clara la protección del medio ambiente y el crimen de ecocidio, y, por ello, el Tribunal concluye que si tal crimen de ecocidio fuera reconocido en la legislación penal inter-

nacional, las actividades de Monsanto posiblemente podrían constituir un crimen de ecocidio.

En esta línea, sugieren que varias de las actividades de la compañía podrían caer en esta infracción: ya sea por su impacto negativo al medio ambiente y salud de poblaciones locales; por la contaminación severa de la diversidad de plantas, suelos y aguas; o bien por sus conductas que causan daño ambiental expandido, de larga duración y severo, afectando el derecho de generaciones futuras.

Finalmente, en la tercera parte de la opinión consultiva, el Tribunal insiste en la creciente brecha entre la legislación internacional de derechos humanos y la responsabilidad corporativa, y como consecuencia de ello llama a dos acciones urgentes.

Primero, la necesidad de afirmar la primacía de la legislación internacional de derechos humanos y ambientales. En efecto, ya existe un acuerdo para proteger los derechos de inversores en el marco de la Organización Mundial de Comercio, así como en tratados de inversión bilateral o en cláusulas relacionadas con inversiones en los acuerdos de libre comercio. Estas previsiones tienden a socavar la capacidad de las naciones para mantener políticas, leyes y prácticas que protejan los derechos humanos y ambientales.

De acuerdo al Tribunal, los organismos de la ONU necesitan tomar acción de manera urgente; de otra manera cuestiones clave serán resueltas en tribunales privados operando completamente fuera del marco de la comunidad internacional.

El segundo llamado concierne a la necesidad de hacer responsables a actores no estatales dentro de la legislación internacional de derechos humanos. El Tribunal es de la visión de que ya es tiempo de considerar a las empresas multinacionales como sujetos de ley que pueden ser demandados en caso de infracción de derechos fundamentales. En efecto, identifica claramente y denuncia la disparidad severa entre los derechos de corporaciones multinacionales y sus obligaciones.

Por lo tanto, el resumen concluye destacando que la opinión consultiva llama a los organismos de autoridad a proteger la efectividad de la legislación internacional de derechos humanos y ambientales contra la conducta de las corporaciones multinacionales.

Promoviendo la integralidad en la gestión de residuos sólidos urbanos: la experiencia de la línea de trabajo en Economía Social y Ambiente de la Universidad Nacional de Cuyo.

MACARENA RANDIS - ANALÍA VIVIANA PAREDES - MARCIA PANELLI.
ÁREA DE ARTICULACIÓN SOCIAL E INCLUSIÓN EDUCATIVA – UNCuyo.

1. Introducción

El presente trabajo busca dar cuenta de la experiencia de la Universidad Nacional de Cuyo, llevada a cabo a través de la Línea de Economía Social y Ambiente, dependiente del Área de Articulación Social, respecto al estado actual de la gestión de los residuos sólidos urbanos en la Provincia de Mendoza y la caracterización de la situación de los recuperadores urbanos haciendo hincapié en sus problemáticas y su potencial organizativo.

En las últimas décadas, la contaminación producto de la lógica capitalista de acumulación se ha vuelto un problema insoslayable de la crisis ambiental en América Latina en general, y en Argentina y en Mendoza en particular. A raíz de esto, la gestión de los residuos ha pasado a ser tema de agenda para los gobiernos locales. Sin embargo, ésta problemática no se limita a la situación ambiental, sino que se trata también de una problemática económica y social, ya que hay una larga y compleja cadena de personas que viven de la recuperación formal e informal de los materiales que aún tienen valor de mercado, poniendo en jaque varios de los derechos de los trabajadores, siendo

éstos los recuperadores urbanos (RU), el primer eslabón de esta cadena.

Por RU se entiende a aquellas personas cuya labor consiste en recuperar – ya sea en puntos verdes, organizaciones, domicilios particulares, vía pública o vertederos– materiales reciclables para luego comercializarlos en las distintas etapas de la cadena de valor del reciclaje.

Si bien desde que existen las ciudades se registran antecedentes de personas que buscan objetos y materiales para la venta o la reutilización, desde fines de la década del '90 y principios del 2000 en Argentina esto se volvió un fenómeno social. Miles de personas que quedaron sin trabajo durante las sucesivas crisis que asediaron al país a fines del milenio buscaron una alternativa en la recuperación de materiales. (Suárez, 2017).

El sector de los recuperadores se caracteriza, en general, por la exclusión del sistema formal de trabajo. Los recuperadores encontraron en la recuperación de materiales una forma de subsistencia y, con su labor, contribuyen directamente con el cuidado del ambiente y el desarrollo de la industria local, disminuyendo la cantidad de basura en los basurales o rellenos sanitarios y proveyendo materias primas a la industria. Sin embargo, ésta actividad se realiza bajo condiciones de precariedad e informalidad laboral en el marco de una cadena productiva en la cual éstos (los recuperadores) son el eslabón más explotado.

En Mendoza existen recuperadores bajo situaciones disímiles. Hay quienes trabajan individual o familiarmente, de forma autónoma e informal, recolectando materiales en la calle y/o en basurales a cielo abierto. En la provincia de Mendoza se viene dando un proceso de organización de este sector, hasta el momento hay cinco organizaciones de recuperadores que buscan mejorar sus condiciones de trabajo a partir de la conformación de cooperativas o grupos de hecho.

2. El circuito de los Residuos en Mendoza

Políticamente la Provincia se divide en 18 departamentos, incluido la Capital, cada uno de los cuales se subdivide en distritos. Por razones de orden administrativo el Gobierno de la Provincia agrupa los departamentos en zonas: Área Metropolitana de Mendoza, Zona Este, Noreste, Centro – Oeste y Sur. En la Provincia de Mendoza no existe una gestión unificada de los residuos sólidos urbanos, sino que la misma es competencia municipal. Sin embargo, se han formado (y se están formando) consorcios según zonas: Consorcio de la Zona Este (Junín, San Martín, Rivadavia Santa Rosa y La Paz), Consorcio Valle de Uco-COINCE (Tunuyán, San Carlos y Tupungato) y Unicipio (Área metropolitana y Lavalle). Este último está en proceso de conformación.

El objetivo de estos consorcios es gestionar de manera integral los RSU. Sin embargo, en el caso del COINCE, no se trabaja con los recuperadores urbanos, sólo se realizó un relleno sanitario en San Carlos. En el caso de San Martín, se realizó un relleno sanitario en Rivadavia y una planta de transferencia en San Martín, donde antes había un basural a cielo abierto. A partir de este proyecto se conformó la Cooperativa “El Humito” formada con recuperadores del basural. No obstante, como se verá más ade-

lante, el proyecto no concluyó con la puesta en marcha de una planta de transferencia equipada correctamente para que el tratamiento de los materiales reciclables se haga en condiciones seguras. Los trabajadores siguen trabajando bajo la metodología de BCA: no tienen elementos de higiene y seguridad, trabajan a la intemperie y no tienen maquinarias (balanza, cinta, enfardadora, etc).

El consorcio del Área Metropolitana (Unicipio) está en proceso de conformación y se ha propuesto trabajar las principales temáticas socio-ambientales del Área Metropolitana, entre las que se incluye la GIRSU. Actualmente está en proceso de presentación un proyecto al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) con el fin de cerrar los basurales a cielo abierto¹ (BCA), construir un relleno sanitario, construir/fortalecer plantas de separación, promover la separación en origen e incluir a los recuperadores urbanos formalizando su actividad en el marco de la gestión de los RSU. Una de las primeras actividades necesarias para planificar la inclusión de los RU era la elaboración de un relevamiento de RU, tanto de aquellos que trabajan en BCA como de quienes realizan su actividad en las calles. Para este fin se convocó a la línea de trabajo en Economía Social y Ambiente. En el apartado siguiente se expondrán algunos de los resultados del relevamiento.

Cuadro N°1: Situación respecto a GIRSU en zonas y departamentos de la provincia de Mendoza

Zona/departamento	Vertederos a cielo abierto	Vertederos controlados	Planta de separación	Programa de separación en origen/puntos verdes	Recuperadores Urbanos	Organizaciones formales de RU
Área Metropolitana	x	x	x	x	x	x
Zona Este	x	x	x	x	x	x
General Alvear		x	x	x	x	x
Malargue		x	x	x	x	
San Rafael	x	x			x	
Valle de Uco	x	x			x	

Tal como puede observarse en el cuadro la situación general de la provincia de Mendoza en cuanto a la gestión integral de los RSU es heterogénea, se encuentra en un momento de transición, con múltiples iniciativas de diferente orden.

3. Caracterización de los recuperadores urbanos del Área Metropolitana de Mendoza

1 En el área metropolitana hay cuatro grandes basurales a cielo abierto (El Borbollón, Cacheuta, Puente de Hierro y el Pozo).

El sector

A continuación se presentan los principales resultados obtenidos en el Relevamiento de Recuperadores Urbanos del Área Metropolitana de Mendoza. El mismo fue llevado a cabo por la línea de Economía Social y Ambiente, con el objetivo de conocer las características socio-demográficas y laborales de los recuperadores urbanos y generar un registro de RU del Área Metropolitana de la Provincia de Mendoza.

Fue realizado en el marco del Plan de Inclusión Social (PISO), parte constitutiva del Proyecto GIRSU presentado para la obtención del Préstamo BID-3249/OC-AR para el Área Metropolitana de Mendoza. Dicho proyecto está a cargo de Unicipio, de la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial de Mendoza y de la Dirección de Innovación Social y Desarrollo Sostenible (Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía de Mendoza).

El objetivo del PISO “(...) consiste en implementar sistemas integrales de gestión de RSU a partir de planes estratégicos de intervención, a fin de eliminar la disposición de Residuos Sólidos Urbanos en Basurales a Cielo Abierto y disponer en rellenos sanitarios diseñados, contruidos y operados adecuadamente en centros urbanos, con inclusión social de trabajadores de basurales y recuperadores urbanos de calle” (PISO, p. 12).

Se trató de un estudio exploratorio, era la primera vez que se realizaba y se intentaba registrar a un sector que se caracteriza por la informalidad. Se desarrolló una metodología específica de abordaje del territorio: se recorrieron los barrios en que viven los recuperadores, los BCA (el Pozo, Cacheuta y Puente de Hierro) y los ejes comerciales de los departamentos (lugares donde hay más circulación de RU debido a la concentración de residuos que presentan). Los barrios fueron identificados a partir de información brindada por los municipios, por los recuperadores urbanos organizados con los que se trabaja desde Economía Social y Ambiente y por el recorrido directo en el territorio.

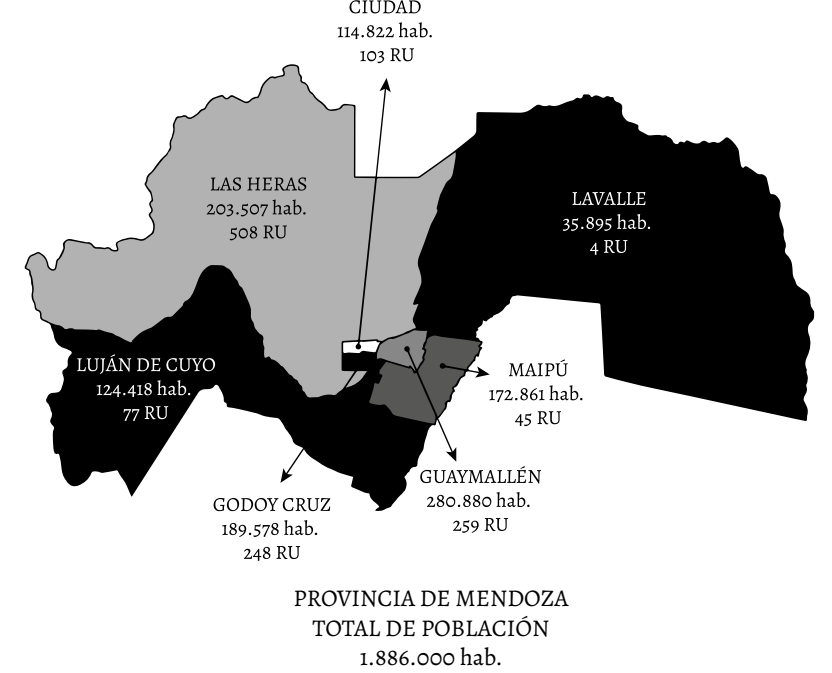
El trabajo de campo se realizó durante los meses de junio y julio de 2017, mientras que el informe final se terminó de redactar en agosto del mismo año. El equipo de trabajo estuvo conformado por el equipo de Economía Social y Ambiente en la Coordinación general junto con dos coordinadores, tres supervisores de campo, 25 encuestadores (estudiantes de la UNCuyo) y 12 recuperadores urbanos acompañantes.

El instrumento de recolección de datos fue una encuesta estructurada de respuesta voluntaria. Se relevaron datos de identificación personal, ubicación geográfica, situación habitacional, composición del hogar, educación, salud, ocupación, recuperación, venta e ingresos por recuperación de materiales, ingresos del hogar y organización laboral. Se aplicó un formulario por cada recuperador urbano mayor de 14 años que habita en cada hogar. Se priorizó que la encuesta sea administrada al RU en los casos en los que esto fue posible. En caso contrario, contestó en su lugar cualquier miembro de su hogar mayor de 18 años y calificado para responder.

En primer lugar, se exponen datos generales que caracterizan a la población relevada según su ubicación territorial y su lugar de trabajo.

Gráfico N° 1: Departamentos relevados según cantidad de habitantes y cantidad de recuperadores relevados

La cantidad total de recuperadores relevados es de 1244.



Cuadro N° 2: Recuperadores Urbanos por lugar de trabajo²

	Lugar de trabajo							
	Basural		Calle		Planta de separación		Otro	
	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%	Valor absoluto	%
Total	443	35,6	904	72,7	25	2,0	25	2,0

La información referida al lugar donde trabajan los encuestados fue relevada por medio de una pregunta de respuesta múltiple, para poder captar la realidad de las formas de trabajo de los recuperadores. Esto permite visualizar que la mayor parte de las personas que se dedican a esta actividad desarrollan la recolección en más de un lugar. La mayoría de los recuperadores de basural o planta también recolectan materiales en calle.

2 Los totales no suman 100 por tratarse de una pregunta de respuesta múltiple.

A partir del análisis de la situación habitacional, educativa y de salud como de las condiciones laborales y estructura de ingresos, se puede afirmar que la población de RU del área metropolitana de Mendoza es altamente vulnerable.

En su mayoría los RU habitan en viviendas con una calidad constructiva deficiente, tienen acceso limitado a servicios (fundamentalmente gas natural y agua potable) y las condiciones de saneamiento de las viviendas son precarias (el 58,9% no está conectado a la cloaca).

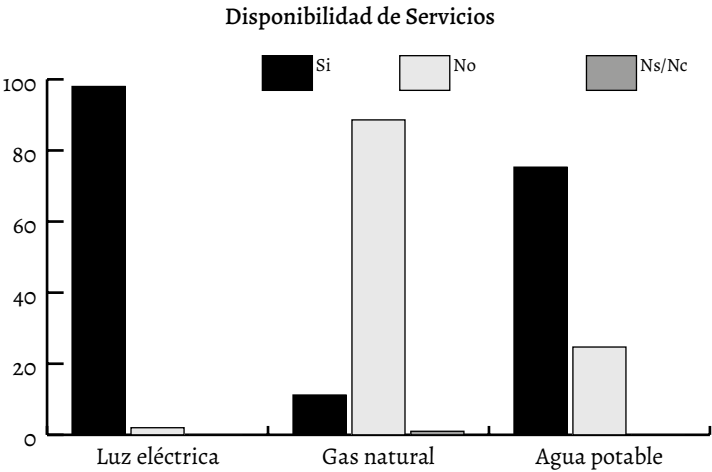


Gráfico N°2: Disponibilidad de servicios en las viviendas de los RU

Los hogares no son excesivamente grandes en términos cuantitativos (en promedio 4,5 habitantes), pero más de la mitad vive en condiciones de hacinamiento. Son numerosos los hogares con presencia de menores y personas que padecen alguna enfermedad crónica y/o discapacidad.

Cuadro N° 3: Hacinamiento en las viviendas de los Recuperados Urbanos

Hacinamiento			
	Total	Con hacinamiento	Sin hacinamiento
Total	100,0%	55,2%	44,8%

Cuadro N° 4: Presencia de menores en los hogares de los Recuperados Urbanos

¿Hay menores de 18 años en el hogar?				
	Total	Si	No	Ns/Nc
Total	100,0%	78,9%	20,9%	0,2%

Cuadro N° 5: Presencia de personas con discapacidad o enfermedad crónica en los hogares de los RU

¿Hay personas con discapacidad o enfermedad crónica?				
	Total	Si	No	Ns/Nc
Total	100,0%	41,7%	58,0%	0,2%

La población de recuperados urbanos es mayormente masculina y joven, con altos niveles de analfabetismo y un nivel de instrucción muy bajo. La mayoría no tiene ningún tipo de cobertura de salud y no se realiza controles preventivos. Un alto porcentaje de recuperados posee algún tipo de discapacidad o enfermedad crónica.

Cuadro N° 6: Recuperados Urbanos por sexo

Sexo			
	Total	Varón	Mujer
Total	100	72,3%	27,7%

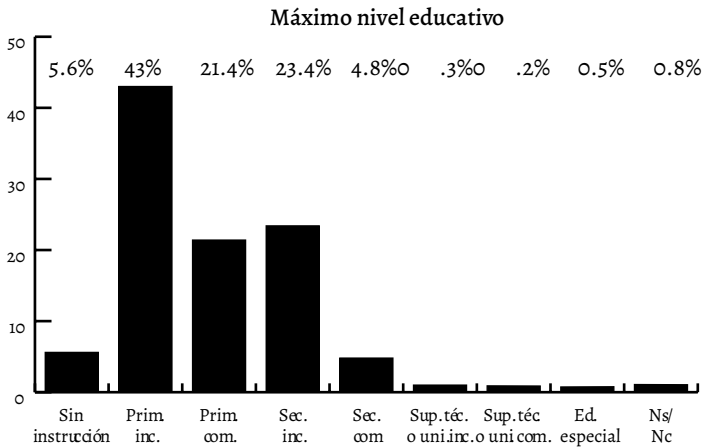
Cuadro N° 7: RU por grupo de edad

Grupo edad						
	Total	14 a 29 años	30 a 45 años	46 a 61 años	62 a 77 años	78 años y más
Total	100	38,0%	35,0%	20,0%	6,0%	1,0%

Cuadro N° 8: Recuperados Urbanos por analfabetismo

Porcentaje analfabetismo	
Total	19,9%

Gráfico N° 3: Máximo nivel educativo alcanzado



En general, los RU son los jefes y jefas de hogar, la recuperación de materiales es su actividad principal, no poseen otro tipo de ocupación y tienen familiares a cargo. Incluso gran parte de ellos, trabajan junto a sus familias. Esto demuestra la importancia de este trabajo para la subsistencia de los recuperadores y sus hogares.

Cuadro N° 9: Jefatura de hogar de los Recuperadores Urbanos

¿Es el jefe/a del hogar?			
	Total	Si	No
Total	100,0%	66,7%	33,3%

Cuadro N° 10: Recuperadores Urbanos por ocupación principal

¿La recuperación de materiales es su ocupación principal?				
	Total	Si	No	Ns/Nc
Total	100,00	89,79	9,89	0,32

Cuadro N° 11: Recuperadores Urbanos por tenencia de familiares a cargo

¿El/la RU tiene familiares que estén económicamente a cargo?				
	Total	Si	No	Ns/Nc
Total	100,0%	62,5%	37,1%	0,4%

El trabajo de recuperación se hace en condiciones precarias, en general no reciben ni realizan ningún tipo de aporte previsional y los ingresos son bajos (más de la mitad de los hogares de los RU tienen un ingreso mensual menor a la mitad del salario mínimo, vital y móvil). Tanto la separación como el acopio de los materiales se realiza en las propias casas. La mayoría utiliza la tracción a sangre (propia o de animales) para movilizarse.

Cuadro N° 12: Recuperadores Urbanos por cobertura de salud

¿Tiene cobertura de salud?				
	Total	Si	No	Ns/Nc
Total	100,0%	10,5%	88,5%	1,0%

Si bien en general no trabajan en el marco de una organización formal, se trata de un trabajo que se realiza de manera regular. Los recuperadores salen a trabajar todos los días (en promedio cinco días a la semana), con horarios y lugares de trabajo relativamente organizados. La actividad de recuperación es el sustento de familias enteras.

El carácter exploratorio de este trabajo y las dificultades que trae aparejado registrar a un sector que se caracteriza por la informalidad, sumado a la magnitud de la población, a su dispersión en el territorio y a las difíciles condiciones de accesibilidad de los barrios y asentamientos donde viven los RU, hacen de este relevamiento un primer y fundamental paso en el trabajo con este sector.

Las organizaciones

En Mendoza, desde hace algunos años se viene dando un proceso de organización del sector. Se han conformado hasta el momento cinco organizaciones de recuperadores urbanos que buscan mejorar sus condiciones de trabajo a través de la asociación: Los Triunfadores (2003), COREME (2007), El Humito (2008), Anulén Suyai (2012) y Recuperadores Urbanos de Guaymallén (2014).

La situación de cada una de las organizaciones es bastante diversa, por un lado hay experiencias ligadas a iniciativas municipales (El Humito, RU de Guaymallén y Anulén Suyai) y otras a procesos autogestivos de los propios RU acompañados por organizaciones sociales (COREME y Los Triunfadores COLOBA).

Los Triunfadores son parte de un proyecto piloto de gestión de residuos e inclusión social emprendido por jóvenes de entre 16 y 25 años. Este proyecto nació en el año 2003 en el Centro Educativo Arco Iris dependiente de la Fundación COLOBA-Campo Pappa, Godoy Cruz- en respuesta a la histórica problemática social y ambiental de la zona: existencia del basural clandestino y la presencia de familias dedicadas a la recuperación de materiales en este espacio.

Los Triunfadores comenzaron siendo promotores ambientales comunitarios sobre el tratamiento de los residuos sólidos urbanos. Actualmente son 13 jóvenes que cuentan con una planta de separación y, si bien no han conformado una asociación o cooperativa, poseen una trayectoria de 13 años de trabajo conjunto.

COREME es una cooperativa que surge a partir de que en 2003 se empieza a reunir un grupo de cartoneros en la Ciudad de Mendoza con el objetivo de conformar una organización que les permitiera mejorar sus condiciones de trabajo. En 2007, consiguieron el reconocimiento de la Subsecretaría de Cooperativismo y Asociativismo de la Provincia de Mendoza y en 2015 lograron inaugurar su planta de tratamiento de residuos. Esta última con un financiamiento del Grupo Danone a través de la Fundación Avina, en un terreno cedido en comodato por el Municipio de Las Heras.

Actualmente son 42 asociados que trabajan en la recolección, traslado, clasificación, acondicionamiento y comercialización de los materiales reciclables; obtenidos de la recolección individual de cada asociado, del “Programa Puntos Verdes” de la Ciudad de Mendoza, puntos verdes propios y del “Proyecto Separa” de la UNCuyo.

El Humito se conforma como cooperativa en el año 2008 a instancias del Municipio de San Martín. Debido a que se cerraría el basural Alto Salvador donde trabajaban recuperadores de manera informal, se les propuso conformarse como cooperativa para que se encargasen de la gestión de la futura planta de tratamientos de residuos. Actualmente son 25 personas que trabajan en la planta de tratamiento donde depositan los residuos de San Martín (sin separación en origen previa) y luego, la fracción que no se separa para la venta, va al relleno sanitario ubicado en Rivadavia. Los cooperativistas trabajan en condiciones muy precarias: a la intemperie (fuera del galpón), sin elementos de higiene y seguridad (lo cual es particularmente riesgoso porque llegan los residuos sin clasificar) y sin las maquinarias adecuadas (la clasificación se realiza en el piso, de la misma forma que cuando existía el basural). En cuanto a la comercialización, al no poseer la maquinaria para enfardar, las redes de contacto ni el acceso a la logística necesaria, no venden a la industria o a intermediarios formales sino que lo

³ El Programa Puntos Verdes en la Ciudad de Mendoza se trata de la instalación de contenedores diferenciados en tres fracciones: vidrio, derivados de la celulosa y plásticos, para que los vecinos depositen voluntariamente sus residuos inorgánicos. Posteriormente el Municipio se encarga del traslado hasta los centros verdes de COREME y los Triunfadores.

⁴ El Proyecto Separa de la UNCuyo consiste en la disposición de contenedores diferenciados en tres fracciones: azul, para papel y cartón; amarillo, para envases; y negro, para lo no reciclable, en el predio de la Universidad. COREME se encarga de la recolección de la fracción azul y amarilla, procesamiento y comercialización de estos materiales. A su vez, se incluyó en la Cooperativa a los recuperadores que anteriormente recolectaban informalmente materiales en la Universidad.

hacen a una chacarita que retira los materiales del galpón. A su vez, la relación con el Municipio es conflictiva. En un primer momento recibían un subsidio para encargarse de la seguridad del predio pero hoy sus ingresos están conformados solamente por la venta de materiales. Están transitando un proceso de reorganización administrativa interna, con recambio de autoridades en el consejo de administración, para poder comenzar a regularizar la situación de la Cooperativa.

Anulén Suyai se conforma en 2012 con un grupo de desempleados del Municipio de General Alvear. En 2011 se había construido una planta de tratamiento de residuos con fondos provenientes del BID y los cartoneros que ya trabajaban en las calles del Municipio y en el basural no accedieron a incorporarse por distintos motivos (su ingreso se veía disminuido y tenían otras lógicas de trabajo).

Son 20 personas que trabajan en dos turnos en la planta clasificando y enfardando los residuos del Municipio de General Alvear (sin separación en origen previa). Su ingreso está conformado por un sueldo que paga el Municipio (que se acuerda a través de una licitación anual) y por el 70% de las ventas de los materiales (que alcanza sólo para los aguinaldos). La relación con el Municipio es más fluida. El municipio realiza la gestión de las ventas y se encarga del mantenimiento de la planta. A su vez, en la licitación anual con el Municipio, también se acuerdan montos para elementos de higiene y seguridad, limpieza, seguro de accidentes y pago de servicios a un contador.

Los **Recuperadores Urbanos de Guaymallén** se conformaron como cooperativa en el año 2014 a raíz de que el Programa Guaymallén Ecológico dependiente del Municipio. Éste entregó motocargas a cambio de sus carretelas a 27 recuperadores urbanos. En la actualidad hay 19 asociados, aunque algunos se han volcado a otro oficio o no utilizan la motocarga porque está rota y no tienen posibilidades de arreglarla.

La mayor dificultad es que no tienen un espacio físico propio, por tanto la recolección, la clasificación y la venta es individual en chacaritas. No funcionan asambleariamente como cooperativa, y sólo se encuentran una vez por semana en una estación de servicio donde el Municipio se encarga de cargarles algunos litros de combustible. No obstante, hay un grupo que está organizándose tratando de avanzar en conseguir un espacio como puntapié para poder trabajar como cooperativa.

Como se puede observar, si bien cada organización tiene sus particularidades, son muchas problemáticas comunes. Éstas están relacionadas por un lado a la histórica poca presencia del Estado respecto al sector de los recuperadores en general (aunque ahora se están desarrollando espacios de trabajo conjunto), a la falta de reconocimiento del rol de los recuperadores en tanto promotores ambientales por parte de la sociedad y a la debilidad organizativa de las organizaciones.

Algunas de las problemáticas más importantes son: la informalidad laboral, que se evidencia en la falta de sueldo fijo, de obra social, de aportes jubilatorios, de seguro y de elementos de higiene y seguridad para trabajo riesgoso. A su vez, hay muchas trabas en lo administrativo por dificultades en la operativización de los procesos burocráticos necesarios para obtener matrículas, exenciones y otras posibilidades asociadas a la figura de cooperativa. A esto se suman las dificultades propias de los procesos organizativos (discusiones de perspectivas político-ideológicas) y productivos (escaso

apoyo técnico en la organización del trabajo, dificultades para sostener la logística de recolección y venta). Por último, la estigmatización por parte de la sociedad y la persecución en las calles por parte de las fuerzas policiales, hace que el sector de los recuperadores urbanos sea uno de los más excluidos. Se trata de un sector cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados. Sin embargo, como se verá en el apartado siguiente, es un sector que viene transitando el camino de la autogestión y que está conformando una red junto a otras organizaciones sociales y a algunos sectores del Estado nacional y provincial.

4. Línea de trabajo en ESA

La línea de trabajo en Economía Social y Ambiente surgió en 2014 como articuladora entre organizaciones sociales e instituciones públicas. Los objetivos son: promover el desarrollo y sostenibilidad de emprendimientos de la Economía Social y Solidaria (ESS) en la Provincia de Mendoza; acompañar los procesos de organización de Recuperadores Urbanos de la Provincia de Mendoza en el marco de la Gestión Integral de Residuos sólidos Urbanos (GIRSU) y; generar espacios de discusión para la construcción de herramientas teórico/prácticas que permitan avanzar en el trabajo en el ámbito de la ESS y de la GIRSU.

Desde este espacio, siguiendo a Pastore (2006, 2010 y 2014), se entiende a la economía social y solidaria (ESS) como un concepto polisémico. Tiene una dimensión empírica, hace referencia a una gran variedad de experiencias históricas que tienen como denominador común la priorización del trabajo y de la reproducción de la vida antes que el capital; una dimensión conceptual, las interacciones económicas entre los seres humanos se rigen por principios diversos y por último, una dimensión propositiva, promueve proyectos políticos de economías alternativas que apunten a la consolidación de otras formas de relaciones humanas asentadas en la reciprocidad y solidaridad.

Atendiendo a esta multiplicidad de significados, a la diversidad de actores y a la complejidad de lo social, desde Economía Social y Ambiente se busca trabajar en tres planos: I) en el plano *micro*, colaborando directamente con el fortalecimiento de las organizaciones sociales; II) en el plano *meso*, promoviendo el tendido de redes entre las organizaciones e instituciones afines a la ESS y; III) en el plano *macro*, colaborando con la promoción y el diseño de políticas públicas que pongan la economía al servicio de las personas.

Se trabaja en conjunto con las organizaciones sociales y con el Estado nacional, provincial y municipal con el fin de articular políticas y acciones inclusivas para los sujetos que forman parte de la Economía Social y Solidaria. Se acompaña a las organizaciones en la presentación de proyectos productivos para convocatorias externas (compra y construcción de maquinarias); se organizan espacios de articulación entre actores de la economía social; se promueve la construcción de redes territoriales que articulen con las instituciones (escuelas, jardines, centros de salud, fundaciones) y organizaciones sociales presentes en dichos territorios; se desarrollan cursos y jornadas

y; se busca formar a los estudiantes a través de voluntariados universitarios y prácticas socioeducativas.

En abril del año 2016 se formó la Mesa de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos con el objetivo de promover la inclusión de los recuperadores en la gestión de residuos sólidos urbanos en la Provincia de Mendoza. La misma está constituida por el Programa NODOS- Ministerio de Producción de la Nación, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, la Dirección de Innovación y Desarrollo Sostenible- Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía, Gobierno de Mendoza, la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial, y el Área de Articulación Social e Inclusión Educativa y el Instituto de Ciencias Ambientales de la Universidad Nacional de Cuyo.

Desde esta Mesa se trabaja, entre otras cosas, en la generación de espacios de encuentro entre las organizaciones de recuperadores de Mendoza en vistas a fortalecer al sector. Con este fin, se organizaron dos encuentros donde participaron todas las organizaciones de recuperadores de la provincia. Se buscó reconocer la diversidad de experiencias de organizaciones de recuperadores y comenzar a formalizar y fortalecer el vínculo de cooperación y trabajo entre las organizaciones y el Gobierno Nacional, Provincial y la UNCuyo. A partir del año 2017, la Mesa de recuperadores urbanos se reúne mensualmente y se está trabajando en la conformación de una organización de segundo orden (Federación).

Asimismo, se colabora con la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial y Municipio (consorcio de municipios del área metropolitana) en el diseño e implementación de un proyecto de gestión integral de RSU para el área metropolitana. La línea de Economía Social y Ambiente, tal como se desarrolló previamente, tuvo a cargo la realización del primer relevamiento de recuperadores urbanos para toda el área metropolitana de la provincia.

Desde ESA se considera que para poder realizar una gestión integral de los RSU, es necesario trabajar articuladamente con el Estado y las organizaciones sociales, generando espacios de colaboración y manteniendo ciertos niveles de autonomía.

5. Reflexiones finales: organización de Recuperadores Urbanos y Autogestión en Mendoza

El espacio de la Economía Social y Solidaria en general y el de los RU en particular es sumamente heterogéneo y representa grandes desafíos en términos de transformación social en la Provincia de Mendoza. Los RU son personas que realizan una actividad que les permite subsistir de manera muy precaria, están acostumbrados a trabajar solos o con sus familias y, en general, desconfían del accionar del Estado y de las instituciones. Esto debido a la histórica estigmatización y/o persecución por parte de dichas instituciones, de la policía y de los compradores de sus materiales (chacaritas). Dichas condiciones de vida hacen muy compleja la organización puesto que la conciencia de clase y del lugar que ocupan en la estructura social es en general nula, o muy incipiente, lo cual se traduce en desconfianza y competencia hacia los propios compañeros.

Sin embargo, las experiencias de las organizaciones existentes dan cuenta de que se está visualizando la necesidad de actuar de forma conjunta y organizada en el sector. Por el momento, la relación gira en torno a las mejoras inmediatas en los ingresos. Conforme se van poniendo en común las problemáticas, comienza a surgir la necesidad de compartir más espacios y de unirse para hacerle frente a las dificultades propias de su actividad. Aún queda reconocerse como parte del sector de los trabajadores en general y profundizar las posibilidades de la autogestión para poder articular luchas que sobrepasen lo meramente económico.

Por otra parte, la articulación relativamente reciente con algunos organismos del Estado ha dado un nuevo impulso al sector. En este sentido, una de las propuestas que ha surgido de la mesa de recuperadores es la conformación de una organización de segundo orden (federación de cooperativas). De todas formas, la relación del sector con el Estado en la coyuntura actual es un debate político-ideológico no saldado, que las organizaciones tendrán que darse para evaluar hasta dónde, con qué sectores y en función de qué objetivos articular.

6. Bibliografía citada

PASTORE, Rodolfo (2014), “La economía social y solidaria, una construcción colectiva y plural en el camino de la profundización democrática”, en Lozano y Flores (comp.): Democracia y sociedad en la Argentina contemporánea. Reflexiones para un debate. Editorial UNQ. Buenos Aires

PASTORE, Rodolfo (2010), “Un panorama del resurgimiento de la economía social y solidaria en la Argentina”, en Revista de Ciencias Sociales Año 2, N° 18, primavera 2010, UNQ, Bernal

PASTORE, Rodolfo (2006), “Diversidad de trayectorias, aproximación conceptual y pluralidad de proyectos de la Economía Social”, en Documento 54 del Centro de Estudios de Sociología del Trabajo, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

RANDIS, Macarena Et. Al. (2017), Primer relevamiento de Recuperadores Urbanos del Área Metropolitana de la Provincia de Mendoza. Universidad Nacional de Cuyo.

SUÁREZ, Francisco (2017), “Recuperadores urbanos de residuos (cartoneros), inclusión social y sustentabilidad. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara.

El problema de la lobesia botrana. Un caso práctico para analizar el dilema entre la urgencia sanitaria y el derecho humano a un medio ambiente sano

LUIS GABRIEL ESCOBAR BLANCO – AUTOR

GABRIEL AGUSTÍN SANCHEZ MENDOZA - COLABORADOR

Aparición de la Lobesia Botrana en Mendoza

1. ¿Qué es la Lobesia Botrana?¹

La polilla europea del racimo es originaria de la zona del mediterráneo y de allí se extendió a los viñedos de todos los continentes. Es un insecto cuarentenario para Argentina desde 2010; y también Chile donde fue detectada por primera vez en 2008.

Esta plaga causa daños directos e indirectos. Por una parte afecta seriamente la producción de los viñedos infectados y reduce la calidad del fruto, que llega al inicio del proceso de vinificación con un importante carga fúngica. Por otra parte activa las barreras para arancelarias y determina el cierre de mercados, imponiendo al país afectado la aplicación de medidas cuarentenarias respecto de la exportación de uva en

¹ ROSSINI Mirta N. et al Coordinadores, Plagas cuarentenarias de frutales de la República Argentina - Avances en los resultados, INTA - Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria Centro Regional Patagonia Norte Estación Experimental Agropecuaria Alto Valle, 1a Edición. Ver para mayor información. La publicación tiene publicidad de DuPont.

fresco. Por último, impacta al ambiente por el incremento de la aplicación de agroquímicos (insecticidas y fungicidas), que generan trazabilidad en los frutos y productos.

2. ¿Cómo y cuando ingresó esta especie invasora en Mendoza?

En el año 2010 se detectan dos focos en Mendoza declarándose la emergencia fitosanitaria y creándose el Programa Nacional de Prevención y Erradicación de Lobesia Botrana². La cuarentena vegetal declarada hasta el año 2012 se limitaba a Mendoza y las actividades desarrolladas para prevenir la dispersión de la plaga se limitaban al trampeo, asistencia a pequeños productores y a la voluntad de las empresas privadas que quisieron colaborar para asegurar el control oficial.

Esta plaga cuarentenaria³ para SENASA y los organismos nacionales y provinciales con competencia en los temas agrícolas y fitosanitarios, se reduce a la visión de las consecuencias nocivas sobre la economía, caída de exportaciones y restricciones al comercio internacional⁴, sin considerar el impacto ambiental de la introducción de la especie invasora⁵, ni las externalidades negativas de las medidas fitosanitarias que se deberán

2 RAMIREZ Wilda, Ing. Agr. M.P. 12.106*17*01, Directora de la Dirección de Sanidad Vegetal – Senasa, El objetivo de disminuir el impacto de las plagas que generan daños, Consejo de los Profesionales del Agro, Agroalimentos y Agroindustria, Revista AGROPOST N° 118 Especial, Febrero-Marzo 2012, pág. 17 "...3) Programa Nacional de Prevención y Erradicación de Lobesia botrana: A partir de la detección en 2010 de dos focos en la provincia de Mendoza, de la polilla de la vid (Lobesia botrana), se declara la emergencia fitosanitaria para esta plaga y surge este programa, que realiza acciones de vigilancia y monitoreo en todas las zonas productoras de vid del país. Actualmente, la plaga se encuentra circunscripta solamente a la provincia de Mendoza. En la misma, de acuerdo a los resultados arrojados por la red de trampeo se llevan a cabo actividades cuarentenarias y de control fitosanitarias. Para ello, el Senasa asiste a los pequeños productores de vid del área bajo cuarentena, realizando la entrega de productos en forma gratuita y coordinando la capacitación correspondiente para la correcta utilización y el uso seguro. Asimismo, empresas privadas se sumaron a esta propuesta de trabajo.

3 PALACIN, María Julia. Cuarentena vegetal y sistema cuarentenario, Ing. en Prod. Agrop. M.P. 623*33*15 Directora de Cuarentena Vegetal, Senasa, Revista AGROPOST N° 118 Especial, Febrero-Marzo 2012, pág. 18: "... Plaga cuarentenaria es aquella plaga de importancia económica potencial para un área en peligro, cuando la plaga aún no existe (plaga cuarentenaria ausente) o, si existe, no está extendida y se encuentra bajo control oficial (plaga cuarentenaria presente)". Podemos mencionar a modo de ejemplo diferentes plagas que se encuentran categorizadas como cuarentenarias para nuestro país, como así también para varios países: Huanglongbing (HLB) plaga de gran importancia en cítricos; Erwinia amylovora en frutales de pepita, moscas de los frutos; Lobesia botrana en vid; Plum pox virus (sharka) plaga de frutales de carozo, etcétera.

4 PALACIN, María Julia. Ob. Cit., "...La importancia económica potencial que reviste una plaga cuarentenaria, se refiere a que la introducción y/o dispersión de estas plagas en nuestro país producirían importantes pérdidas en los cultivos de relevancia, aumento de costos por el control que debería efectuarse sobre la plaga y consecuencias negativas sobre los mercados de exportación, ya que los mismos podrían establecer restricciones fitosanitarias para nuestros productos que hasta la detección de dichas plagas no eran requeridas, volviéndose más complejas y onerosas las condiciones de exportación, pudiendo inclusive ocasionar la pérdida de mercados de exportación actuales y potenciales, y también causar impactos ambientales..."

5 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN - FAO, Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, NORMAS INTERNACIONALES PARA MEDIDAS FITOSANITARIAS ANÁLISIS DE RIESGO DE PLAGAS PARA PLAGAS CUARENTENARIAS, INCLUIDO EL ANÁLISIS DE RIESGOS AMBIENTALES Y OR-

tomar para controlar o erradicar. En suma, no se considera la afectación directa o indirecta del derecho humano a un ambiente sano, que se degradó y puede degradarse aún más si se insiste en solo atender al enfoque unívoco del problema, desatendiendo las pautas de análisis de riesgo que establecen las normas internacionales para adoptar medidas fitosanitarias para el control de plagas cuarentenarias (NIMF 11-2004) y desoyendo los principios básicos del derecho ambiental: *prevención, precaución, información y participación ciudadana*⁶.

Por último, hasta el presente no se han tenido noticias de que se hayan efectuado investigaciones serias para determinar cuál fue el origen de la introducción de la plaga y las responsabilidades nacionales e internacionales por el daño ambiental.

3. Las medidas correctivas

3.1. Inteligencia para comprender

El conflicto puede resolverse en cuanto se determine cuáles son los puntos de contradicción, se reencauce las conductas dentro de los marcos normativos tuitivos del ambiente, que están hechos para proteger el desarrollo sustentable y se racionalicen las soluciones, dejando de lado posturas dogmáticas y fanatismos sin base científica.

3.2. Los puntos de contradicción

3.2.1. Los amparos promovidos

El día 18 de octubre de 2017 OIKOS Red Ambiental presentó acción de amparo en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza, el ISCAMEN Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria de la Provincia de Mendoza y SENASA (Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria) en virtud de haber tomado conocimiento de la campaña de fumigación aérea para el control de la plaga polilla de la vid (Lobesia Botrana). El objetivo fue requerir a las autoridades pertinentes la realización de la Evaluación de Impacto Ambiental, así como el dictado de la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental, debido a que el tratamiento con agrotóxicos fumigados de manera aérea podría contaminar de modo perjudicial, la salud y el ambiente y vulnerar el goce del derecho a un ambiente sano, impidiendo la participación pública y el acceso a la información ambiental.

Esta acción de amparo resulta la medida judicial más conveniente para atender la urgencia de la situación: la aplicación por vía aérea, de un químico cuyos efectos en la salud de seres humanos y otros seres sintientes como mamíferos, anfibios e insectos

GANISMOS VIVOS MODIFICADOS NIMF No 11 (2004) NORMAS INTERNACIONALES, Roma, año 2005. Sin embargo el marco normativo con el que deben manejar si tienen consideraciones mediambientales (en lo referente a la adaptabilidad de la plaga punto 2.2.2.2. pag. 20) y hace mención de "...efectos ambientales y de otro tipo no deseados de las medidas de control..." y de "... efectos sociales y de otro tipo (por ejemplo sobre el turismo)..." en el principio del tratamiento de los efectos indirectos de la plaga en el punto 2.3.1.2 página 25.

6 <http://losandes.com.ar/article/view?slug=lobesia-para-iscamen-hubo-errores-en-la-comunicacion-y-problemas-politicos>. Se reconoce una infracción al art. 18 LGA 25675

(principalmente abejas) no ha sido probada en el territorio provincial y, aún más, no se ha realizado el correspondiente estudio de impacto ambiental (en adelante EIA).

La audiencia pública que debería haberse realizado si se hubiera hecho una EIA conforme lo impone la ley hubiera permitido establecer si realmente es tan inocua la aplicación como se pretende. En tal sentido, señala el amparo que se ha causado un daño actual irreparable a cada habitante de Mendoza al privarle de la oportunidad de efectuar las preguntas y observaciones que creyera pertinente obligando con esto a la Autoridad a responder a las mismas.

Por ejemplo -y al solo efecto de ilustrar la entidad de las cuestiones que debieron haberse aclarado-, de haberse concedido la oportunidad que la ley manda y se ha negado, se hubiera señalado lo siguiente:

a) *¿Cuál es la marca comercial del producto que se va aplicar con el principio activo? ¿Existe certeza absoluta que el producto a aplicar no es dañino? ¿Qué controles efectivos se han adoptado para verificar ese hecho?*

b) *¿Cuál es la concentración de principio activo que se piensa aplicar? ¿Cuáles son los sistemas de seguridad que permiten establecer la uniformidad de la aplicación?*

c) *¿Cuál de todas las variantes del Bacillus thuringiensis se va a esparcir? ¿Esta es la variante más inocua para el ambiente y especialmente las abejas? ¿Cuál es el grado de toxicidad para abejas y otros insectos beneficios? ¿Qué porcentaje de la población de abejas se estima que resultará afectado por el Bacillus? ¿Cuál es el porcentaje de mortalidad estimado? ¿Se ha estimado el impacto aislado del Bacillus? ¿Se han estimado los impactos cruzados? ¿Se han realizado estudios comparados con otras regiones /países respecto de los efectos del Bacillus thuringiensis sobre abejas?*

d) *Se ha estudiado la meteorología de los días en los que se va aplicar el producto? ¿Se han establecido los vientos? ¿Se han fijado patrones de dispersión evaluados por zona?*

e) *¿Existe un seguro ambiental contratado por las empresas fumigadoras? ¿En qué condiciones?*

3.2.2. Las contestaciones de los amparos

3.2.2.1. Contestación del Gobierno de Mendoza

La Provincia de Mendoza sostiene que el procedimiento de la declaración de impacto ambiental (en adelante DIA), conforme lo pide el art. 21 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 era innecesario porque "...la actividad no resulta significativa ni susceptible de alterar o modificar el ambiente...", "...no existe peligro en la demora por cuanto la actividad ya ha comenzado...", y que "...el compuesto conocido como Clorantipronile, cuyo nombre comercial conocido para el caso que nos convoca es Coragen (Laboratorios Dupont) es clasificado como banda toxicológica verde. Esto quiere decir, conforme la Cámara de Sanidad Agropecuaria y Fertilizantes en Argentina (CASAFE) que se trata de productos que normalmente no presentan peligro...". Niega la participación del ISCAMEN (Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria de Mendoza) en los hechos y también le niega competencia a la Justicia

Provincial planteando que se trata de una cuestión federal

La contestación de la Provincia de Mendoza refiere la licitación pública efectuada por el Ministerio de Agroindustria de la República Argentina y los "...CONDICIONANTES TÉCNICOS DE LA APLICACIÓN...".

Surgen varios interrogantes sobre este punto, en cuanto en sus comunicaciones el Gobierno solo se refiere al clorantipronile (Coragen provisto por DuPont) y al Bacillus Thuringiensis⁸. Sin embargo, en el iter de aplicaciones se refiere a dodecadienilacetato E/Z 7,9 (provisto por BASF Argentina SA) que es un método biotécnico o semioquímico de control basado en feromonas sexuales. La duda que surge autoriza *per se* la aplicación del principio de precaución⁹, porque definitivamente este no es el anunciado BACILLUS THURINGENSIS que es un disruptor microbiano¹⁰.

En cuanto a los condicionantes técnicos de la aplicación, el Gobierno refiere que el horario de vuelo se establece según las condiciones meteorológicas y las zonas de aplicación excluyen zonas urbanas, hospitales, escuelas, centros asistenciales, clubes, centros recreativos o toda infraestructura habitada por grupo de personas como disposiciones tuitivas para el ser humano; y parque o reservas naturales como disposiciones tuitivas para la naturaleza.

Al respecto lo siguiente:

* En primer lugar no se provee el mapa -colocando las restricciones exactamente sobre el terreno- que asegure que realmente se tiene noción de donde están las coordenadas sobre las que no deben operar los aviones fumigadores. De lo contrario queda librado a la buena vista, reflejos y sentido común del piloto.

* En segundo lugar, siendo tan sensible el tema de las escuelas, no se ha informado que la Dirección General de Escuelas estuviera prevenida respecto de las fumigaciones y el momento que las mismas se efectuarían, para tomar medidas adicionales de prevención

* En tercer lugar, las fumigaciones se restringen a lugares habitados y no se ha interactuado con la Dirección de Tránsito y Transporte, dado que en horas pico -y máxime en el campo donde las frecuencias son tan reducidas- el nivel de concentración de personas en las paradas puede ser alto y estas pueden no encontrarse a más de doscientos metros de los cultivos.

* En cuarto lugar, falta la consideración del impacto cruzado que se produce al con-

8 <http://losandes.com.ar/article/view?slug=el-gobierno-defiende-su-programa-contra-la-poli-lla-de-la-vid>

9 Cámara Cuarta en lo Civil de Apelaciones de Mendoza, in re "Aguas Danone De Argentina S A C/ Depromin S A Y Ots", Autos N° 30079 (Acción De Amparo). Viene al caso citarlo porque se informó del uso de una técnica para cateo y luego en el campo se realizó una maniobra no evaluada y nociva para el ambiente.

10 "...Método biotécnico o semioquímico Feromonas sexuales. E7 Z9 dodecadienil acetato [E7 Z9 DDA] es un bouquet feromonal formado por al menos 15 compuestos, siendo el mayoritario el cis 7 trans 9 acetoxi-1-dodecadieno o también E7 Z9 dodecadienil acetato [E7 Z9 DDA]..." "...Dipel L Plus es un insecticida biológico formulado a base de Bacillus thuringiensis, var. Kurstaki, Bt var kurstaki (Dipel L Plus 1-1,5 lt/ha; Dipel F, 500-750 gr/ha) • -Bt var aizawai (Nitrur frutagen 1,6 lt/ha)...". Aun el lego se da cuenta de la disimilitud de ambos.

7 Ver <http://www.spiegel.de/international/world/collapsing-colonies-are-gm-crops-killing-bees-a-473166.html>

siderar la permanencia de niños a la salida de la escuela en las paradas de micros, o caminando en grandes grupos en ese horario.

Podríamos continuar señalando situaciones que se dejaron de lado por considerar la urgencia fitosanitaria por sobre el derecho humano a un medio ambiente sano, pero al efecto bastan las reseñadas.

3.2.2.2 Análisis de la contestación del Gobierno

Resulta inadmisibles sostener el derecho en la fuerza de los hechos consumados y no se puede dejar pasar por alto tal expresión de avasallamiento del derecho humano a un ambiente sano. El hecho de que hayan comenzado las fumigaciones no sustenta el derecho a realizarlas si no se han cumplido los requisitos legales. Luego, sostener que *normalmente no presenta peligro* es admitir que existen casos en que sí presenta algún grado de toxicidad¹¹. Esto se reafirma cuando se reconoce en el punto VII 1.- NEGATIVAS b) que se están realizando aplicaciones aéreas de agroquímicos.

3.2.2.3. Hechos nuevos presentados por parte de los amparistas rechazada por el Juez de Mendoza

Luego de la presentación de los amparos llegaron a conocimiento de OIKOS hechos nuevos que reforzaban la incertidumbre científica y la falta de información y participación popular.

Específicamente se conoció una nota del INTA dirigida el 25 de Octubre de 2017 al Director de Desarrollo Económico de la Municipalidad de Lavalle, Lic. Juan Jaime, desaconsejando continuar con las fumigaciones. Destacamos que su veracidad debería ser confirmada, lo cual sería imposible en el expediente ante el rechazo de los hechos nuevos por el Tribunal local, encontrándose una copia agregada en los Autos N° 261.277, radicados en el 2° Juzgado de Gestión Asociada

La posibilidad de que esta comunicación sea veraz deviene de las consecuencias inmediatas que resultaron de la prohibición de las fumigaciones por parte de los Concejales Deliberantes e Intendentes de varios Municipios. Especialmente significativas son las expresiones del Intendente de San Carlos, Jorge Di Fonso, quien expresa “*Existen diversos estudios realizados por universidades nacionales como la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Río Cuarto, Universidad Nacional del Noreste, entre otras; y por Instituciones Científicas y de Tecnología como el INTA, el INTI, IABE y el CONICET. Estos*

estudios han generado mucha bibliografía que muestran diferentes resultados sobre las consecuencias del uso de productos agroquímicos o plaguicidas de uso agropecuario y forestal para la salud humana y el ambiente”¹².

Sin embargo, el Juez rechazó el hecho nuevo por consideraciones formales, indicando que la vía expedita del amparo no permite cuestiones incidentales como los nuevos hechos¹³, dejando de lado la aplicación del art. 32 de la Ley N° 25.675¹⁴.

3.2.3. La declaración de incompetencia del Juzgado Federal

El Juez Federal Facundo Garnica, se declara incompetente y le recuerda a la Provincia que no puede desprenderse nunca de su deber de proteger el ambiente¹⁵.

3.2.4. El problema dogmático

El gobierno tienden a confundir las expresiones de las ONGs con agresiones a su buen desempeño en la tarea que se les ha encomendado, sin reconocer que su afán de

12 <https://www.elsol.com.ar/en-medio-de-la-polemica-san-carlos-prohibio-la-fumigacion-aerea>

13 <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/siccom/expedientes/resultados/vertexto.php?fojas=8540&expediente=0120520261277&origen=012052>

14 “...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general...” Sin perjuicio de que LGA es posterior a la Ley de Amparos provincia, resulta que la LGA es una ley de presupuestos mínimos nacional que garantiza el derecho constitucional que no puede ser dejada de aplicar por entender que la norma provincial inferior no permite activar esta garantía, produciendo una lesión a este derecho humano

15 JUZGADO FEDERAL DE MENDOZA N° 2, Autos N° 44668/2017 LAVARELLO, JULIETA BEATRIZ Y OTROS c/ GOBIERNO DE MENDOZA Y OTROS s/AMPARO AMBIENTAL”, Mendoza, 7 de noviembre de 2017. “Corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido.” (C.S.J.N. 1-8-201-, “Sehrbder, Juan y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daño ambiental, S. 759. XLVII), y “El respeto a las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versen sobre aspectos propios de su derecho público, y ello es lo que determina la incompetencia de esta Corte para intervenir en el proceso por la vía prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, sin perjuicio, claro está, de que las cuestiones federales que también pueda comprender este litigio sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 308:2057, 2467 y 2564; 310:295, 1074, 2308 y 2841; 311:1791; 312:282, 943 y 1297; 314:94 y sus citas)”. (C.S.J.N., 13-12-2011, “Salas, Dino y otros s/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, S. 1144. XLIV, L.L. revista del 28-12-2011, cita Online AR/JUR/79512/2011.).” VI.- Atento a lo resuelto en el presente, con la finalidad de evitar la profusión de trámites e impedir la provocación de situaciones que puedan llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional (arg. Fallos: 323:3991, considerando 7° y causa L.915.XLII “Ledezma, Juan Carlos y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo”, pronunciamiento del 3 de julio de 2007), habrá de disponerse la remisión de estas actuaciones al Tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación. (conf. C.S.J.N., “Salas”). RESUELVO: 1°) Tener presente el dictamen fiscal. 2°) DECLARAR la incompetencia de este Juzgado Federal N° 2 para entender en la presente causa. 3°) Firme que sea el presente, REMITIR los presentes a la Mesa de Entradas Centralizada de la Primera Circunscripción Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE Fdo. Facundo GARNICA”

11 SILVA, Gonzalo., Manejo Integrado de Plagas y Agroecología (Costa Rica), CATIE Centro Agro-nómico Tropical de Investigación y Enseñanza, Revista No. 66 pág. 4-12, “...¿Todo lo natural es bueno? Es un gran error considerar los productos de origen vegetal y, por ende, los insecticidas vegetales como productos inocuos. Existe una gran cantidad de productos vegetales que son muy tóxicos; basta recordar que Sócrates fue condenado a muerte por ingesta de cicuta (Cicuta spp.), un extracto acuoso muy venenoso de esta planta. En su libro Plants that Poison, Schmutz y Breazeale (1986) enumeran alrededor de 120 especies de plantas que contienen alguna sustancia tóxica para el ser humano, mencionando incluso especies tan comunes como el almendro, el frijol, el ajo, la fresa y el manzano. En consecuencia, no se debe olvidar que el potencial tóxico de una molécula se debe a la naturaleza de su estructura química y no a su origen (Coats 1994). Además, como dijo Paracelso en 1564, la diferencia entre lo que mata y lo que cura es la dosis. Por lo tanto, se debe tener sumo cuidado cuando se hacen recomendaciones sobre el uso de insecticidas vegetales elaborados por el propio agricultor...”

resolver rápidamente desde sus despachos situaciones que podrían haber controlado con conocimiento de campo y tema, previsión, precaución y cumplimiento de las normativas, les impide desempeñarse como funcionarios técnicamente solventes. Los funcionarios rentados deben admitir y respetar el rol de colaboración que pueden desempeñar los técnicos de las ONGs, que suman conocimiento a costa de quitarse horas de descanso, porque, en definitiva el fin supremo de todos debe apuntar siempre al desarrollo humano.

4. Una propuesta concreta para preservar el derecho humano al medio ambiente

4.3.1 La normativa internacional

Las Normas Internacionales para medidas Fitosanitarias (NIMF) 11-2004 de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) establece el marco normativo tuitivo del ambiente, que debe ser integrada con los principios de derecho ambiental para que en los caso de medidas fitosanitarias de control de plagas cuarentenarias se vea suficientemente protegido el derecho humano a un medio ambiente sano, con todos aquellos atributos que lo hacen posible, como son: la debida atención a los principios de prevención y precaución, un adecuado acceso a la información y la garantía del derecho a la participación de los actores destacados y de todos los ciudadanos involucrados que deseen hacerlo, en forma pública¹⁶.

4.3.2 Normas específicas para análisis de riesgo en medidas de control fitosanitario

En el caso del análisis, el riesgo ambiental en relación a las medidas de control fitosanitario mediante biocidas, entre los ejemplos de las consecuencias indirectas de los efectos de las plagas en las plantas y/o su ambiente que se pueden considerar se incluyen¹⁷:

- los efectos importantes en las comunidades vegetales

- * Evaluación de impacto ambiental. Su necesidad
- * Determinación de los impactos sobre especies animales benéficas en el área
- * Evaluación de impacto sobre especies no domésticas
- * Evaluación de impacto sobre especies domésticas
- * Evaluación de impactos cruzados
- * Evaluación de los efectos a corto, mediano y largo plazo de la contaminación¹⁸

16 LGA 25675 art. 20- 21 http://www.icaa.gov.ar/Documentos/Ges_Ambiental/LEY-25675-GENERAL-AMBIENTE.pdf

17 Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, NIMF No 11 (2004). El texto resaltado es la transcripción textual del 2.3.1.2 Efectos indirectos de la plaga S1. El texto en cursiva son las sugerencias de implementación que debieron ser atendidas en el caso concreto. NOTA: son sugerencias que sirven para ilustrar muy someramente la evaluación que debió haberse efectuado. Estas sugerencias se realizan sin perjuicio de lo señalado en el punto 2.2.2.1.

18 SILVA, Gonzalo. Manejo Integrado de Plagas y Agroecología (Costa Rica), CATIE Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza, Revista No. 66 págs. 4-12 "...Según Coats (1994), los compuestos naturales, en general, tienen un efecto protector que principalmente se debe a repelencia, disua-

- los efectos importantes en áreas denominadas ecológicamente vulnerables o protegidas

- * Precisión de los riesgos mediante el análisis de riesgo ambiental
- * Precisión geográfica de las zonas en riesgo
- * Determinación de distancias de seguridad en relación a fuentes y cauces respecto de los productos a aplicar cuando estos mismos indican toxicidad en medio acuático.
- * Elaboración de un mapa interactivo que brinde la información que se entrega a los pilotos y a la empresa encargada de realizar las fumigaciones

- el cambio importante en los procesos ecológicos y la estructura, la estabilidad o los procesos de un ecosistema (incluidos los efectos adicionales en las especies vegetales, la erosión, los cambios en el nivel freático, el aumento en los riesgos de incendio, el ciclo de sustancias nutritivas, etc.)

- * Evaluación del impacto respecto de especies autóctonas domésticas
- * Evaluación del impacto respecto de especies autóctonas no domésticas

- los efectos en las actividades de los seres humanos (por ejemplo, calidad del agua, usos de carácter recreativo, turismo, pastoreo, cacería, pesca)¹⁹

- * Determinación de distancias de seguridad con relación a fuentes y cauces respecto de los productos a aplicar cuando estos mismos indican toxicidad en medio acuático
- ** DL-50 en relación a fuentes cuyo destino es agua para consumo humano
- ** DL-50 en relación a fuentes o cursos cuyo destino es turismo o recreativo
- ** Toxicidad para animales que consumen agua de fuentes sujetas a riesgo
- ** Toxicidad para peces y especial control de las empresas que desarrollan acuicultura
- * Determinación de las distancias de seguridad en relación a las fuentes o cursos cuyo destino es la industria del agua mineral respecto de los productos a aplicar cuando estos mismos indican toxicidad en medio acuático
- * Determinación en todos los casos de posibilidad de volcado de aguas contaminadas a los cauces.
- * Proyecto para la disposición de caldos excedentes y los envases
- * Puntos señalados en 2.2.2.1.²⁰

- los costos de la restauración del medio ambiente.

- * Previsión de daños ambientales como consecuencia del análisis de riesgo
- * Existencia de seguro ambiental

sivo de la alimentación u oviposición y regulador del crecimiento. Además, Metcalfy Metcalf (1992) señalan el efecto confusor o disruptor, los cuales consisten en "contaminar" el medio con estímulos químicos de diferente naturaleza, de modo que el insecto no pueda identificar el aleloquímico característico del huesped vegetal en que se alimenta o reproduce".

19 Varios de los productos que se van a aplicar indican toxicidad para los crustáceos en el medio acuático. En el caso de los ríos de Mendoza son profusas las poblaciones de pancora de agua dulce o Aegla, cuyo predador es la trucha.

20 No se reitera en homenaje a la brevedad, pero es esencia en cuanto se señalan potenciales riesgos de los infantes o tensión e intranquilidad social de los padres y maestros

- Los efectos en la salud humana y animal (por ejemplo, toxicidad, alergenidad), en el nivel freático, el turismo, etc.,

** Determinación del peligro de daños a la salud humana mediante informe circunstanciado de los organismos de salud de la Provincia*

*** Información veraz y exacta de los productos a aplicar, dosis, principios activos verificados y zonas y horarios en los que se va a proceder*

*** Información circunstanciada sobre las advertencias, precauciones, contraindicaciones, antagonismos y antidotismos*

** Información de los centros de salud que se encuentran anoticiados y preparados para cubrir los riesgos a la salud de la población y llevar tranquilidad, indicando su ubicación, teléfono y horario de atención.*

4.3.3. Concreción de una audiencia pública que resuelva las anomalías en la información

El punto más urgente es determinar exactamente cuáles son los productos que realmente se están utilizando en las fumigaciones aéreas.

La página de ISCAMEN informa sobre BT y CLORANTRANILIPROLE (Coragen DuPont)²¹. El Gobierno de Mendoza al contestar los amparos refiere que se ha licitado la aplicación de XOMEXANA S.A. Check Mate LB-FE/Z-7,9 Dodecadienil-acetato 18,9. Por su parte ISCAMEN informa que los productos que se adquirieron son PROCLAIM FORTE de Syngenta (Benzoato de Emetectina)²², Coragem de DuPont (clorantraniliprole) y Dipel DF de Sumit Agro (esporas viables de *Bacillus thuringiensis* var. *Kurstaki*).

La información brindada genera una gran confusión -aun en especialistas-, dado que se trata de productos completamente disímiles, en sus principios activos, en las compañías que los proveen y los métodos de fumigación.

Sostener que con la información disponible al presente desaparece la incertidumbre es una afirmación -por lo menos- imprudente.

Aclarar esta confusión sería un gran comienzo para cumplir con el principio de información veraz y transparente, asequible para el ciudadano medio. Y luego, por ejemplo, continuar con un mapa interactivo de las aplicaciones, definiendo lugares y horarios para aplacar la alarma social.

21 http://www.iscamen.com.ar/?page_id=7910

22 En su etiqueta advierte "Información ecotoxicológica: tóxico para peces y otros organismos acuáticos, puede causar efectos adversos a largo plazo en medios acuáticos. Tóxico para abejas, En cultivos al aire libre, NO APLICAR CUANDO LAS ABEJAS SE ENCUENTREN EN ACTIVIDAD EN EL ÁREA A TRATAR O CUANDO LOS CULTIVOS Y/O MALEZAS ESTÉN EN FLORACIÓN. En el caso de tomate invernadero, NO APLICAR CON ABEJAS O POLINIZADORES PRESENTES y si se desea incorporar polinizadores solo hacerlo 48 horas después de la aplicación. Prácticamente no tóxico para aves.

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Discapacidad, un asunto de Derechos Humanos. Del discurso a la acción

ASOCIACIÓN PADRES AUTOCONVOCADOS DE NIÑOS, JÓVENES Y ADULTOS CON DISCAPACIDAD¹

1. Introducción

Luego de trece años de tarea sostenida como asociación civil, que trabaja para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, y por nuestra incidencia en la

¹ Nuestra Asociación Padres Autoconvocados de Niños, Jóvenes y Adultos con Discapacidad es una organización de la sociedad civil que se formó en 2004. Mantenemos una actividad ininterrumpida en diversas temáticas vinculadas a la discapacidad como lo es la problemática de la educación, en donde bregamos por el acceso a las diferentes modalidades y por la inclusión educativa. La acción de mayor envergadura fue la participación con otros actores, en la adhesión de la provincia a la Ley 24.901. Trabajamos junto a la Defensoría de las Personas con Discapacidad en la denuncia sobre abusos en hogares albergue y en acciones públicas para el cumplimiento de la cobertura en salud. Organizamos congresos y jornadas, siempre de carácter público y gratuito como la realizada en 2014: “Primera Jornada Provincial sobre Políticas Públicas en Discapacidad: Salud, Sistema de Hogares, Educación que tuvo por lema “De la declaración de principios a la acción”. Participamos como disertantes en otros muchos. Formamos parte de los siguientes colectivos: Agrupación Nacional Artículo 24 por la Educación Inclusiva, Colectivo por la Defensa de la Ley de Salud Mental y Colectivo por la Restitución de Derechos a los Sobrevivientes del Próvolo-Mendoza.

construcción de políticas públicas en este campo, nos proponemos dejar delineado un panorama sobre esta temática en nuestra provincia. Pretendemos que esta producción llegue al gobierno provincial, a sus funcionarios, legisladores, a las organizaciones civiles que, como la nuestra representan el nexo imprescindible entre las personas con discapacidad (de ahora en adelante, PcD) y la sociedad. Nuestro trabajo no sólo consiste en defender el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sino también en el de contenerlas y asesorarlas, a ellas y a sus familias. Esto nos ha permitido recoger algo importantísimo en este camino que recorreremos con nuestros hijos/as, el conocimiento. Ya sea sobre las dificultades que se transitan, sobre los abordajes, o sobre las acciones inherentes a políticas públicas diseñadas por el Estado tanto desde las carencias como desde las potencialidades.

Abordamos entonces la problemática a través de cuatro ejes: Trabajo, Pensiones, Salud y Educación con la intención de ofrecer un mapa situacional de cada uno. Ello sin dejar de lado el hecho de que hay procesos de cambio que vienen dándose en los mismos instantes en que desarrollamos el presente informe, como lo son distintos decretos presidenciales que a la fecha permanecen en discusión en el ámbito del Congreso Nacional. Es decir que lo aquí queda expresado, está sujeto únicamente al período transitado hasta el día 15 de octubre del corriente año. Aclarado esto expresamos que metodológicamente acudimos a la mención y análisis de la ley, es el instrumento valioso con el que contamos para la defensa de los derechos. Pero que sin embargo nada significa sin el trabajo, el esfuerzo y la lucha de las organizaciones y de las propias personas con discapacidad. Justamente son ellas las que, convencidas de que les está vedado en la gran mayoría de las veces el decidir sobre sus propias vidas, advierten: *“Nada sobre nosotros sin nosotros.”*²

Por la extensión estipulada para este trabajo quedan fuera de él temas muy importantes: situación de PcD en hogares albergue, que denunciamos en diversas oportunidades ya sean éstos públicos o privados; sustitución de curatela por sistema de salvaguarda y apoyo tal como lo ordena el nuevo código civil; desigualdad de niñas y mujeres con discapacidad por su condición; carencia de acciones en relación a la restitución de derechos de las Personas Sordas sobrevivientes del Instituto. Antonio Próvolo de Mendoza, salud mental en el sistema público, necesidad de la enseñanza de la Lengua de Señas en todos los ámbitos educativos, entre otros. Somos una organización propositiva, así estamos caracterizados. Esta es una ocasión más en que dirigimos nuestros esfuerzos a crear conciencia para poder hacer un mundo de iguales. Albergamos toda la esperanza de que este trabajo sea un instrumento que sirva a la

2 “Este es el lema que nació con el movimiento a favor de la vida independiente de las personas con discapacidad en Estados Unidos, durante la década de 1970, en la Universidad de California en Berkeley. Expresa la idea de que ninguna decisión que influya sobre las PcD debe hacerse sin su participación plena. Dado que esta visión implica revolucionar la manera en que ellas aparecen en el imaginario social, es decir, como sujetos de una política asistencial o paternalista, el movimiento mundial a favor de los derechos de las PcD adoptó como frase de batalla: “Nothing about us without us”. Se ha traducido, de manera convencional, como “Nada sobre nosotros sin nosotros”. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Nada%20sobre%20nosotros%20sin%20nosotros-Ax.pdf

transformación de nuestra sociedad, en una sociedad digna al comprender y atender las necesidades de las PcD. Ese es nuestro objetivo.

2. Un mapa legislativo para orientarnos

No pretendemos hacer de este trabajo comunicativo un compendio legislativo, pero todos sabemos que las leyes son el producto de las pujas de diversos sectores en función de sus propios intereses y dentro de un momento histórico determinado. Entendemos que el conocimiento y análisis de ellas, son necesarios para poder medir si avanzamos o no, hacia el paradigma que encierra el nuevo concepto de discapacidad y que es el modelo social.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (de ahora en adelante CDPD) es el faro que orienta nuestras acciones. Fue aprobada en 2006 en la sede de la ONU siendo el primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, y un instrumento que obliga a los Estados Partes a velar por el pleno goce de todos los derechos de las PcD y en igualdad de condiciones. Para ello, los Estados Miembros deben realizar adecuaciones legislativas, diseños de políticas públicas y todo tipo de acciones que tiendan a la concreción de esos derechos.

La CDPD nos brinda un concepto de discapacidad que ha evolucionado: *“La discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras del entorno, que evitan su inserción en la sociedad con participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones con las demás personas.”* En el año 2008, con la firma del Protocolo Facultativo, los Estados Partes reconocen la competencia de un Comité en la supervisión de la aplicación de la CDPD y para recibir comunicaciones de personas o grupos que señalen ser víctimas de violación de derechos en el marco de la Convención. El Comité funciona recibiendo denuncias individuales o de grupos pudiendo solicitar información y formular recomendaciones a los Estados Partes a partir de sus observaciones. Cabe aquí recordar que nuestro país con la ley 27.044/14³ otorga rango constitucional al instrumento internacional que obliga a los Estados suscriptos. Al contrariar sus disposiciones, como ya lo veremos, Argentina incurre en graves incumplimientos.

Se puede decir que en materia de discapacidad, a nivel de legislación, se han registrado avances en el reconocimiento de derechos. Es el caso de la ley 22.431 del año 1981 creadora del Sistema de Protección Integral de los Discapacitados para asegurar atención médica, educación, seguridad social, transporte y arquitectura diferenciada. En consonancia con ella Mendoza en 1985 dicta su ley 5.041 bajo los mismos lineamientos. Si bien ambas tienden a asegurar dichas prestaciones por parte del Estado, y se les han implementado modificaciones pretendiendo mejoras, la realidad es que estamos muy distantes todavía de una adecuación y aplicación plenas que garanticen efectivamente todos los derechos. La mencionada 22.431/81 es también la responsable de que las PcD accedan al CUD -Certificado Único de Discapacidad- al haber implementado la certificación de la discapacidad. El CUD es un documento público de validez nacional

3 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>

y emitido por una Junta Evaluadora Interdisciplinaria; es inviolable e intransferible, impreso en papel moneda, cuenta con un número único, código de barras y el logo institucional. Actualmente es el Ministerio de Salud de la Nación quien tiene la facultad de certificar la existencia de discapacidad, naturaleza y grado, con indicación de las posibilidades de rehabilitación y actividades laborales o profesionales que puede realizar la PcD.⁴

3. La discapacidad en números

A pesar de ser claros y contundentes los principios de la CDPCD, de las campañas de concientización que el mismo Estado lleva adelante, del incansable trabajo de las organizaciones sociales y de las observaciones de la ONU a nuestro país, Argentina sigue con una gran deuda hacia las personas con discapacidad. Los porcentajes más altos de analfabetismo se registran en el grupo de personas con discapacidad intelectual.

El Censo Nacional 2010 revela que más de cinco millones de personas viven con discapacidad, lo que representa el 12,9 % del total de la población. Son más mujeres que varones (14 a 11,7 %), viven mayormente en áreas urbanas y la edad influye en su limitación, que aumenta a medida que envejece la población. Un dato muy llamativo es que del total de PcD de más de 10 años, el 6,5 % no sabe ni leer ni escribir. Es una tasa de analfabetismo alta, y llama la atención teniendo en cuenta que en Argentina hay solo un 1,9% de analfabetos.

De los 5.114.190 de PcD el 14% (2.851.015) son mujeres y el 11,7% (2.263.175), varones. Hay que destacar que la edad es un factor clave: a mayor edad, mayor incidencia de discapacidad. Entre 0 y 39 años solo el 6% lo son, pero a partir de los 40 se va incrementando gradualmente hasta alcanzar el 43,6 % de las personas de entre 75 y 79, y el 56,4% de los mayores de 80 años. Del total de esa población, el 59,5 % vive con discapacidad visual, el 23,8% motora, el 8,4%, cognitiva y el 8,3%, auditiva. De ellos, el 68% presenta discapacidad de un solo tipo y el 32% multidiscapacidad que al incluir una discapacidad intelectual presentan mayor nivel de dependencia.⁵

Los números en Mendoza son alarmantes en referencia a las personas que cuentan con CUD activo. La provincia tiene aproximadamente 220.000 PcD según Censo 2010⁶ (un 10 % del total de la población). Puesto ya de relevancia la importancia de contar con el CUD, ya que es el acceso al ejercicio de los derechos que les son reconocidos, no es grato tener que decir que al momento, solo 50.669⁷ personas han certificado su discapacidad. A pesar de existir Juntas Evaluadoras en todos los departamentos de la provincia, subsisten aún bolsones de población con discapacidad históricamente vul-

nerados económica y socialmente, y que no han accedido a esta herramienta imprescindible; los datos precedentes lo manifiestan.

4. Trabajo. Discapacidad y carencias

Si hay un mundo del que las PCD están excluidas es el mundo del trabajo. Las altas tasas de desempleo atraviesan al colectivo completo de las PcD. A los inconvenientes que ellas sufren para conseguir empleo se les suman la falta de accesibilidad en el transporte, las barreras arquitectónicas y comunicacionales. Son constitutivas de la problemática laboral las dificultades para transitar por todos los niveles educativos y de formación laboral, a lo que hay que agregar la falta de información y los fuertes prejuicios sobre su posible desempeño. Podemos aseverar sin ninguna duda que estamos ante una sumatoria de hechos discriminatorios, los que subsisten durante toda la vida de las PcD. Esta vulneración de derechos humanos demanda la construcción de sólidas políticas públicas basadas en el respeto, la no discriminación y la solidaridad. La OIT (Organización Internacional del Trabajo) expresa al respecto: *“En el mundo del trabajo las personas con discapacidad registran mayor desempleo y menores ingresos que las personas sin discapacidad. Con frecuencia están relegados a trabajos de bajo nivel y pocos ingresos con escasa seguridad social y legal, o están segregados del mercado primario del trabajo. Muchos están subempleados.”*⁸

5. Los datos estadísticos del mundo laboral

Los datos estadísticos, sobre la cantidad de PcD empleadas en alguna ocupación, son información vital para clarificar el mapa sobre el cumplimiento o no de las leyes vigentes y permiten dilucidar los niveles de exclusión de este colectivo social. Con fines prácticos podemos dividir al Trabajo en público y privado; acerca del primero en Argentina a partir de 2010 se venía elaborando un informe semestral: “Informe de Registro de Cargos y Contratos desempeñados por Personas con CUD en la Administración Pública”. Lamentablemente este valioso registro deja de confeccionarse desde el primer semestre de 2016⁹ y en consecuencia no pueden observarse ahora las repercusiones sociales de esos datos reales. En él se describían las características más significativas de las PcD certificadas, valoradas en sus dimensiones demográficas, laborales o contractuales. Si se continuara con su elaboración, podrían evaluarse las acciones realizadas por los actores involucrados, lo que, a su vez, contribuiría a la consolidación de los derechos de las PcD conforme al principio de igualdad de oportunidades y de

4 Disponible en: <http://servicios.mendoza.gov.ar/cud/>

5 El mapa de la discapacidad en el país. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-257133-2014-10-09.html>

6 Disponible en: <http://www.deje.mendoza.gov.ar>

7 Dato obtenido de Dirección de Atención a Personas con Discapacidad del Gobierno de Mendoza.

8 Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo. Disponible en: www.ilo.org/publication/wcms_08

9 Estos informes dan cuenta del cumplimiento de la normativa y la evolución del mismos en las jurisdicciones ministeriales y entidades descentralizadas alcanzadas por la obligación establecida en el artículo 8° de la ley n° 22.431 y su modificatoria decreto n° 312/10 resolución s.g.p. n° 56/10. Disponible en: www.argentina.gob.ar/modernizacion/registropersonascondiscapacidad.

trato¹⁰

6. El derecho al trabajo de las PcD y su encuadre normativo

Por el artículo 1° de la Ley N° 25.689 (B.O. 03/01/03) se modificó el artículo 8° de la Ley N° 22.431 (B.O. 20/3/81) quedando redactado, en lo que concierne específicamente a este informe, de la siguiente manera:

“El Estado Nacional —entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— están obligados a ocupar PcD que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes deberán obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quién actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos. En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con PcD se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación se considerarán que incurren en incumplimiento de los deberes de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos. El Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo”.

En nuestro país y “a fines del 2016 había 3.490.056 de trabajadores estatales.”¹¹ En el mismo momento, el último Informe de Situación del Cumplimiento del Sistema de Control de Aplicación del Art 8 de ley 22431 Resolución SGP n° 56/ 2010, da cuenta de un total de 3008 trabajadores estatales con discapacidad certificada. Este dato numérico dista mucho del 4% obligatorio. Asimismo observamos que existen numerosos

10 Estos informes dan cuenta del cumplimiento de la normativa y la evolución del mismos en las jurisdicciones ministeriales y entidades descentralizadas alcanzadas por la obligación establecida en el artículo 8° de la ley n° 22.431 y su modificatoria decreto n° 312/10 resolución s.g.p. n° 56/10.

11 El empleo público crece más rápido que el privado. Diario. La Nación. Jueves 27/04/17

mecanismos que podrían facilitar y transparentar el cumplimiento de la norma, como son el Sistema de Búsqueda y Registro de Postulantes con Discapacidad¹² y el Servicio de Promoción de la Empleabilidad de Trabajadores con Discapacidad. El siguiente cuadro expone con claridad lo dicho.

Evolución de las Jurisdicciones Ministeriales, Entidades Descentralizadas y Universidades Nacionales según cumplimiento por el artículo 8° de la Ley

REGISTRO		Entidades informantes	Dotación de referencia	Personas con Discapacidad Certificada	Porcentaje
Año 2010	1°Sem.	115	187.248	892	0,48
	2°Sem.	148	312.217	1.756	0,56
Año 2011	1°Sem.	156	340.693	1.935	0,57
	2°Sem.	159	341.537	2.265	0,66
Año 2012	1°Sem.	161	326.413	2.390	0,73
	2°Sem.	160	315.583	2.468	0,78
Año 2013	1°Sem.	157	321.386	2.471	0,77
	2°Sem.	159	328.606	2.538	0,77
Año 2014	1°Sem.	153	328.244	2.588	0,79
	2°Sem.	163	342.314	2.800	0,82
Año 2015	1°Sem.	162	355.130	3.054	0,86
	2°Sem.	160	363.826	3.197	0,90
Año 2016	1°Sem.	149	319.122	3.008	0,94

12 Página del Ministerio de Trabajo donde se pueden realizar búsquedas de PcD, para seleccionarlas y cubrir puestos de trabajo.

Por lo expuesto se observa un claro incumplimiento del art. 27 de la CDPD. Misma situación alcanza a la provincia de Mendoza como muestra la siguiente imagen:

PROV. DEL DO- MICILIO LABORAL	TIPO DE DISCAPACIDAD CERTIFICADA									
	Total	%	Audi- tiva	Mental	Mixta	Moto- ra	Múlti- ple	Otra	Vi- sual	Visce- ral
C.A.B.A.	1.830	60,8	476	184	52	656	23	63	286	90
BS. AS.	641	21,3	115	63	38	268	15	23	69	50
CÓRDO- BA	101	3,4	12	20	3	44	2	6	10	4
SANTA F´´E	85	2,8	23	9	.	30	7	5	7	4
MENDO- ZA	75	2,5	18	6	.	31	4	9	6	1

La Ley 5041se dicta en nuestra provincia en 1985 para dejar establecido un Régimen de protección para PcD, determina en el art. 13 lo siguiente: “El Estado Provincial, sus Organismos Descentralizados o Autárquicos, las Empresas, Bancos y Sociedades del Estado ocuparán personas discapacitadas que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) del ingreso que se produzca anualmente, previo el dictamen y evaluación que establezca la Junta Ca-
lificadora.”

Según la DEIE –Dirección de Estadísticas e Investigaciones Económicas de Men-
doza la población total de nuestra provincia es de 220.000 aproximadamente. De ellas el 10 % presenta discapacidad.¹³ De los datos reflejados sobre la PEA –Población Econó-
micamente Activa- con discapacidad, el 75% se encuentra desempleada como muestra el siguiente cuadro.¹⁴

13 Disponible en: www.mendoza.gov.ar>la-provincia
14 Dato proporcionado por Dirección de Atención a Personas con Discapacidad del Gobierno de Mendoza.

Población con Discapacidad	1º Trimestre 2017
Total	93.800
PEA	39.900
Ocupada	6.975
Desocupada 75%	29.925
Subocupada	3.000

El Estado no solamente se obliga por sus leyes internas a garantizar el pleno acceso de las PcD al mundo del trabajo; está suscripto a tratados internacionales, no solo al de la CDPD sino a otros que versan también sobre derechos humanos. La lectura que hacemos entonces es que nuestros representantes, en un momento, entendieron la necesidad de provocar transformaciones para lograr una sociedad más justa y solida-
ria. Por lo tanto es deber del Estado respetar las normas a las que se ha obligado. Sin embargo en el año 2012 el Comité sobre los Derechos de las PcD de la ONU manifiesta preocupación en torno a la realidad de las PcD en Argentina y la insta a formular políti-
cas públicas que promuevan la verdadera inserción laboral mediante el cumplimiento del cupo. Citamos al Comité:

*“El Comité insta al Estado parte a que formule una política pública que promuevan la inser-
ción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, a través de por ejemplo, el diseño
de campañas de toma de conciencia dirigidas al sector privado y al público en general con miras
a eliminar las barreras culturales y prejuicios contra las personas con discapacidad, la imple-
mentación de ajustes razonables para garantizar la inserción laboral de aquellas personas con
discapacidad que así lo requieran y el desarrollo de programas de formación y de autoempleo. El
Comité recomienda al Estado parte el reforzamiento de las medidas de monitoreo y certificación
sobre el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad en el sector público, así
como la recolección sistematizada de datos desagregados que permitan hacer un análisis adecua-
do del cumplimiento a nivel nacional y provincial del cupo laboral.”¹⁵*

En lo referente a Mendoza la situación no escapa a la realidad nacional. Existe una Dirección de Atención a Personas con Discapacidad que cuenta con una División Sociolaboral que atiende a PcD de 16 a 60 años. Los servicios que brinda son: Apoyo Económico para el Autoempleo (\$12000); Apoyo Económico para Organizaciones que trabajen con Integración Sociolaboral y Apoyo Económico para la Formación y o Capa-
citación. Sin embargo, son medidas absolutamente insuficientes frente al número de PcD carente de empleo. Esta Dirección, al ser consultada por nosotros en relación con el registro de PcD ocupadas y sobre el cupo del 4% de empleo estatal, responde que no

15 Informe de la ONU sobre cumplimiento de derechos de las PcD en la Argentina. Disponible en: www.asdra.org.ar

cuenta con esa información.

7. Talleres Protegidos y Empleo con Apoyo

Para las personas con discapacidad en el ámbito laboral existen desde Talleres Protegidos¹⁶ -regulados por ley nacional 26.816- hasta Empleo con Apoyo¹⁷. En relación a los Talleres Protegidos estamos de acuerdo con REDI¹⁸: “Es necesario además, que se implemente la Ley de Talleres Protegidos de Producción (Ley 26.816/13 y Reglamentada por Dec. 1771/15) que debiera ser de empresas sociales para ser realmente inclusiva, pero que se ha creado con esa denominación. Para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial incluidas en el sistema protegido, es urgente que se dignifique su situación laboral y es rol del Estado hacerlo, y velar porque no existan iniciativas destinadas a que las personas con discapacidad realicen tareas laborales sin percibir un salario digno.”¹⁹ En este sentido podemos afirmar que tampoco Mendoza ha generado los mecanismos de acompañamiento con personal capacitado para la inserción de PcD al espacio laboral, según el programa de Empleo con Apoyo.

Sabemos, que quienes tienen un integrante o más con discapacidad en su familia se encuentran expuestos a condiciones de mayor requerimiento económico. Necesitan cubrir prestaciones de salud, terapéuticas o para cuidados especiales. Si a esto le

16 Para acceder a estos, las PcD deben estar inscriptas en las oficinas de empleo municipales y tener CUD. Hay tres tipos de talleres; a) el Taller Protegido Especial para el Empleo, es para personas con dificultades para insertarse laboralmente. Se requiere un registro habilitado a tal efecto. La jornada está organizada entre 4 y 8 horas diarias. El trabajador recibe una asignación estímulo no remunerativa, equivalente al 40% del salario mínimo, vital y móvil (para setiembre de 2016 era de \$700). El segundo tipo es el Taller Protegido de Producción, da un empleo remunerado, debe estar integrado como mínimo por un 80% de PcD. La asignación estímulo es el equivalente al 50% del sueldo básico mensual del personal de maestranza y servicio. El gasto que demande la aplicación de los estímulos de ambos tipos de talleres está a cargo del Estado Nacional por un lapso de 24 meses. Los estímulos remunerativos no serían incompatibles con cualquier tipo de pensión siempre y cuando no supere tres haberes jubilatorios mínimos. Y por último están los Grupos Laborales Protegidos de Empresas públicas o privadas constituidas íntegramente por PcD. Disponible en: <https://www.cronista.com/fiscal/Regimen-de-empleo-prottegido-para-personas-con-discapacidad-20130408-0015>.

17 El empleo con apoyo es una modalidad de inserción laboral caracterizada por la existencia de una figura mediadora, denominada “preparador laboral” o “tutor”, que ofrece al trabajador con discapacidad el apoyo necesario para su adaptación al puesto de trabajo. Aunque inicialmente los programas de empleo con apoyo se dirigieron a personas con discapacidades intelectuales, la experiencia ha demostrado que es una opción válida para cualquier persona con discapacidad que no pueda acceder al mundo laboral sin ayuda. Cada vez son más los trabajadores con apoyo que se incorporan a las empresas normalizadas como empleados fijos, tras un periodo de adaptación. Disponible en: http://ciapat.org/biblioteca/pdf/887- Estudio_sobre_medidas_para_promover_el_empleo_de_personas_con_discapacidad_en_Iberoamerica.pdf

18 Disponible en: <http://www.redi.org.ar>. Forma parte de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la Alianza Internacional sobre Discapacidad (IDA) y de Global Partnership for Disability and Development (GPDD).

19 Disponible en: <http://www.redi.org.ar/index.php?file=Presna/Comunicados/2017/17-05-22-Comunicado-Plan-Nacional-de-Discapacidad.html>

sumamos las altas tasas de desempleo de PcD y una crítica situación por la falta de recursos en dinero, vemos que el beneficio de la Pensión No Contributiva es en algunos casos la única fuente de supervivencia.

8. Pensiones no contributivas

Desde 1948 se otorga en nuestro país la denominada Pensión No Contributiva (PNC), es un monto dinerario conferido por el Estado a personas en situación de vulnerabilidad social, establecido por ley y que no requiere aportes para percibirlos. Junto con esta pensión las personas acceden a prestaciones en salud a través del Programa Federal INCLUIR Salud (ex PROFE). Fue instituida por la ley 13.478 con el objeto de aportar un adicional a las jubilaciones y pensiones; su artículo 9 faculta al PODER EJECUTIVO NACIONAL “a otorgar, en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona de SETENTA (70) años de edad o más, o que se encuentre imposibilitada para trabajar, sin suficientes recursos propios y no amparada por un régimen de previsión”. Esta ley sufre luego sucesivas modificaciones respecto de la edad para percibir la prestación, siendo en la actualidad de 65 años, según lo indicado en página oficial de la recientemente creada Agencia Nacional de Discapacidad.

Entre los años 2003 y 2015 la cantidad de pensiones no contributivas crece de 350.000 a 1.600.000 según informa el diario Página 12, del 13 de junio 2017.²⁰ De ese total, 1.037.931 corresponden a pensiones no contributivas por invalidez, el equivalente al 2,58% de la población y al 6,9% si se lo considera en el marco de la Población Económicamente Activa (PEA). En las provincias del norte del país donde el índice de pobreza es sustancialmente más alto, las pensiones son de una mayor incidencia.

Hasta setiembre de 2017 la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales -CNPA- otorgaba un monto aproximadamente de \$ 4400 a adultos mayores de más de 70 años, a madres de 7 o más hijos y a personas con una incapacidad laboral mayor al 76%. Dentro de este último grupo se encuentran las PcD.

A partir de esa fecha el sistema se modifica de modo tal que los adultos mayores pasan a depender del PUAM -Pensión Universal para Adultos Mayores-. Éste último debe articular con ANSES²¹ para que los beneficiarios perciban sus prestaciones. Dentro de esta modificación del sistema se dispuso que también las madres de 7 o más hijos quedaran bajo la órbita de ANSES. El 2 de junio de 2017 en el Boletín Oficial se puede encontrar la Resolución Conjunta 1-E/2017 entre ANSES y la Secretaría de Coordinación y Monitoreo Institucional que deja establecido que los trámites que aún no estén concluidos o se inicien con posterioridad serán reconducidos automáticamente al otorgamiento de la Pensión Universal para Adulto Mayor (PUAM). El último dato oficial marca que hay 1.056.504 de pensiones no contributivas por invalidez, de los cuales 37.766 tienen más de 65 años, según la ANSES.²² Por lo expuesto quedan dentro

20 Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/43813-el-ajuste-donde-mas-duele>

21 Disponible en: [Administración Nacional del Seguro social dependiente del Ministerio de Trabajo](http://www.anses.gub.ar)

22 Disponible en: <http://telefenoticias.com.ar/actualidad/aumentan-las-pensiones-por-invali->

de la modalidad de Pensión no contributiva solo las personas con incapacidad laboral mayor al 76 %.

Las modificaciones del sistema de pensiones comienzan en el 2015 cuando se produce una merma importante en su otorgamiento. Entre 2016 y 2017 el gobierno nacional a través del Ministerio de Desarrollo Nacional da de baja a unas 170 mil, de las cuales el 78% según la Organización REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) corresponden a pensiones por invalidez.

Esta quita se sustenta en el decreto 432/97 reglamentario de la ley 13.478/48 cuyos requisitos según constan en la página actual de la Agencia Nacional de Discapacidad, son los siguientes:

1. Presentar un grado de discapacidad que represente para tu capacidad laboral una disminución del 76% o más.
2. No percibir, ni vos ni tu cónyuge, ninguna jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva.
3. No estar empleado bajo relación de dependencia.
4. No tener bienes, ingresos ni recursos que permitan tu subsistencia o la de tu grupo familiar.
5. No tener parientes obligados legalmente a proporcionarte alimentos o que, teniéndolos, se encuentren impedidos para hacerlo.
6. Ser argentino nativo, argentino naturalizado con por lo menos 5 años de residencia o extranjero con por lo menos 20 años de residencia.
7. No estar detenido a disposición de la justicia.²³

Desde la sociedad civil y desde distintas partes del país se realizaron innumerables manifestaciones reclamando la restitución de las pensiones como así también la derogación del decreto 432/97 por considerarlo inconstitucional y contrario a las disposiciones de la CDPD. En su Preámbulo los Estados Partes destacan:

8. En el inciso t): “el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza, reconocen la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las PcD”;
9. En el inciso x): convencidos: “de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a recibir protección del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”;
10. En su artículo 4° y con respecto a los derechos económicos los Estados Partes se “obligan a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr el pleno ejercicio de sus derechos”.

11. El artículo 28 se refiere al nivel de vida adecuado y protección social por lo que merece especial atención, establece: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual

incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

Alarmadas por lo que sucede, distintas ONG realizan presentaciones cautelares en diversas partes del país y que son convalidadas en la justicia; posteriormente a principios de setiembre de 2017 se dicta el primer fallo a nivel nacional en el Juzgado Federal de la Seguridad Social N°8 a cargo de la jueza Adriana Camarata. La sentencia allí emitida da lugar a un pedido efectuado por la Asociación REDI y ordena al Ministerio de Desarrollo Social el restablecimiento de pensiones de forma inmediata en aquellos casos en que hubieren sido suspendidas sin mediar resolución fundada previa. Fue el primer fallo con alcance en todo el país. La misma Cámara luego acepta una apelación del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación con carácter suspensivo sobre la cautelar.

Ante tal contradicción, ya que primeramente se dicta una medida cautelar para luego darle carácter suspensivo por apelación del Estado, REDI logra que la causa pase a la Cámara Federal de la Seguridad Social N°2 a cargo de los jueces Nora Carmen Dorado, Luis Herrero y Amanda Pawlowsky. Estos resuelven el 22 de setiembre de 2017 “modificar el efecto suspensivo con que fue concedido el recurso de apelación interpuesto por el Estado contra la resolución que ordenó la medida cautelar, “el que será con efecto devolutivo.”²⁴ Ellos fundamentan que: “Tal eventualidad entrañaría el más absoluto desamparo de los derechos alimentarios e irrenunciables que la medida cautelar despachada en autos, procura salvaguardar”.²⁵ Se puede leer en la sentencia que el juez determina no limitar los efectos por él decididos, en cuanto al alcance territorial, únicamente a aquellos afectados domiciliados en Ciudad de Buenos Aires, por ser éste el domicilio legal de la Asociación REDI demandante en la causa.

Entendemos que la quita masiva de pensiones no se da eventualmente, o de forma aislada de otros cambios originados desde el gobierno nacional, sino que se estrechan con ellos y afectan de una manera solapada a la continuidad del cobro de las pensiones, por lo que es necesario ahora abordar lo referido al nuevo Plan Nacional de Discapacidad.

12. Plan Nacional de Discapacidad

Para el período 2017– 2019 el presidente de la Nación Mauricio Macri anuncia el llamado Plan Nacional de Discapacidad del que, al momento de la realización de este informe, no se tienen mayores conocimientos. El plan en su presentación se escucha cargado de postulados que refieren a la discapacidad, pero aún las acciones concretas que se llevarán a cabo no se han comunicado. “REDI impulsó un pedido de acceso a la información pública, en el que solicitó las bases del Plan. Cuando el Estado pone en marcha la elaboración de un programa nacional se inicia un expediente, con un número. Nosotros pedimos ver qué había, qué tenía adentro. Nos contestaron que ni siquiera existía el expediente: no hay nada detrás de los anuncios”, señaló a Página12

²⁴ Disponible en: www.periodismo365.com. El gobierno nacional frenó fallo que lo obligaba a restablecer pensiones por invalidez. 13/09/17.

²⁵ Disponible en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/Sentencia>.

^{dez-que-ademas-pasan-a-anses} 5/6/17

²³ Disponible en: <http://www.desarrollosocial.gob.ar/tramitepensioninvalidez>

Ana Dones, de la Red”.²⁶

Lo que sí es concreto es la disolución de la CONADIS (Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad) y de la CNPA (Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales) traspasando sus planes y recursos a la nueva “Agencia Nacional de Discapacidad” que funciona bajo la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación; según consta en el DNU 698/17 publicado en el Boletín Oficial del 6 de setiembre y del que transcribimos algunos de sus artículos:

- ARTÍCULO 5°- Suprímase la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONADIS), dependiente del CONSEJO NACIONAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

- ARTÍCULO 6°- Suprímase la COMISIÓN NACIONAL DE PENSIONES ASISTENCIALES, organismo desconcentrado en la órbita del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

- ARTÍCULO 7°- Establézcase que la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD será continuadora de la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONADIS) y de la COMISIÓN NACIONAL DE PENSIONES ASISTENCIALES, en las materias contempladas en el artículo 1°.

- ARTÍCULO 8°- Transfíranse a la órbita de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD los créditos presupuestarios, bienes, personal y dotaciones vigentes a la fecha, con sus respectivos niveles, grados de revista y Funciones Ejecutivas previstas en el Decreto N°2098/08 y modificatorios de la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONADIS) y de la COMISIÓN NACIONAL DE PENSIONES ASISTENCIALES. El personal involucrado mantendrá sus actuales niveles y grados de revista.

- ARTÍCULO 9°.- Hasta tanto la estructura de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD cuente con plena operatividad, el Servicio Administrativo Financiero y el Servicio Jurídico Permanente del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y del CONSEJO NACIONAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN prestarán los servicios relativos a la ejecución presupuestaria, contable, financiera, de compras, de recursos humanos y en materia jurídica con relación a las materias propias de la COMISIÓN NACIONAL DE PENSIONES ASISTENCIALES y de la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONADIS), respectivamente.

Esta nueva Agencia de Discapacidad ejecutará las políticas que han de surgir del nuevo Plan Nacional de Discapacidad.²⁷ El DNU 698/17 ha sido rechazado por innumerables organizaciones y a la fecha se discute todavía su aplicación en la Cámara de Diputados en el Congreso de la Nación.

Situación en la Provincia de Mendoza

²⁶ Disponible en: www.pagina12.com.ar/47804-un-plan-sin-contenido-ni-presupuesto. 03/07/17

²⁷ A la actual Agencia de Discapacidad se accede mediante: <http://www.conadis.gob.ar>

La extinta Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales funcionaba antes a través de dos Centros de Atención Locales (CAL), contaba con uno en Cuidad y otro en zona Sur de la provincia. En razón de que éstos aglutinaban todos los trámites, se resuelve que ambos firmen acuerdos con los municipios de la provincia para descentralizar, al menos, en lo referente al inicio del expediente de cada solicitante. De este modo las PcD acudían como primera instancia al municipio de su zona para obtener su pensión, trámite que duraba entre uno y dos años.

Siendo los CAL dependientes de la ya disuelta Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, estos organismos hoy en la provincia se encuentran acéfalos. En una entrevista de nuestra asociación a integrantes del CAL en ciudad de Mendoza, ellos nos informan que todos los trámites de inicio y restitución de pensiones suspendidas no solo no han sido interrumpidos, sino que además y por orden del gobierno provincial llevan adelante, en toda la provincia, un relevamiento caso por caso con la intención de evaluar cada situación. Aseguran también en ese momento algo muy llamativo, y es que no cuentan con acceso a cifras y datos concretos sobre la gran cantidad de pedidos de restitución no resueltos. Sí aseveran que las suspensiones estuvieron basadas en el amparo económico con que cuentan algunas PcD.

El Lic. Juan Carlos González Olsina, Defensor de las Personas con Discapacidad, sostiene que a la fecha la Defensoría tampoco cuenta con números concretos de personas afectadas por la suspensión de pago, por lo que informa: “desde la Defensoría tampoco se ha podido acceder a datos fuera de los publicados oficialmente, como los aportados por la Comisión Nacional de Pensiones a la Justicia Federal en el caso de amparo colectivo más avanzado en el país, que es el de la demanda incoada por la Organización REDI, los que no resultan ni confiables ni creíbles”. En lo referente a la quita masiva de pensiones no contributivas: “Considerando que se trata de derechos ya adquiridos, la Defensoría ha iniciado el Expte. 0-111-D-2017: Acciones Administrativas por Quita de Pensiones. De esa actuación surge la resolución de la Defensoría exhortando a la Comisión Nacional de Pensiones a detener inmediatamente el proceso de suspensión y la baja de pensiones otorgadas hasta tanto sean revisadas las normas que las regulan, entendiéndose decreto 432/97”. Además señala: “Que por las denuncias recibidas se han iniciado desde la Defensoría recursos de amparo por situaciones individuales y de incidencia colectiva, solicitando a la justicia federal su restitución total y absoluta. Hemos realizado la presentación, ante los Juzgados Federales con jurisdicción en la temática, de una medida para proteger a los sujetos de derecho ante el injusto retiro de pensiones.” Como se observa, el licenciado no detalla tampoco el número de casos resueltos por la actuación de la Defensoría.

Dentro de este mapa de reclamos producidos a lo largo de todo el país, en base a la misma problemática y solo a efectos de ella, se conformó en Mendoza una multisectorial en defensa de la discapacidad. La integraron Germán Ejarque -ex presidente del Concejo Provincial de Discapacidad- y otras organizaciones entre las que nos encontramos. El objetivo fue hacer frente a semejantes injusticias y exigir que se diera marcha atrás a las medidas tomadas por el gobierno nacional. Sin embargo y muy a pesar miles de personas afectadas, solo han podido resolverse algunos casos por medio

de amparos colectivos como por ejemplo el interpuesto por REDI en ciudad de Buenos Aires.

9. Sistema de Salud

La discapacidad se plantea como una alteración en el funcionamiento por lo que no necesariamente se vincula a la enfermedad, claramente la discapacidad no es una enfermedad. Sin embargo, las PcD requieren a lo largo de su vida transitar por el sistema de salud de manera sostenida; siempre en dependencia del tipo de discapacidad y de la edad, sobre todo si se tienen en cuenta a los adultos mayores.

La OMS (Organización Mundial de la Salud) alerta: “En el mundo hay aproximadamente 1000 millones de PcD, de las que la mayoría carece de acceso a una atención médica y a servicios de rehabilitación apropiados, especialmente en los países de ingresos bajos y medianos.”²⁸ Se reconocen aquí las desventajas que padecen las PcD para acceder a una atención integral y de calidad. La CDPCD en su art. 25 señala que: *“las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (...) los Estados Partes adoptarán las medidas para asegurar el acceso a servicios de salud proporcionando los servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales”*.

En Argentina hay un agravante. A partir de la descentralización del sistema sanitario que se produce en la década del 90' desde Nación a las provincias, éstas quedan con la responsabilidad de proveer económicamente a esos servicios. Ello generó además de una fuerte fragmentación, una sujeción de aquellas para poder sostener el servicio de salud; por una lado de las políticas del gobierno de turno a nivel nacional, y por el otro de la coparticipación federal. En consecuencia, el sistema de salud queda organizado en tres subsistemas: el público (nacional, provincial y municipal) con hospitales y redes complementarias, donde también se encuentra el Programa Federal Incluir Salud para personas con Pensiones no Contributivas, más las Obras Sociales de los gremios y las prepagas que corresponden al sistema privado. Es un dato para tener en cuenta el que ofrece el censo nacional del año 2010, que dice que el 48% de la población se atiende a través de las obras sociales (20 millones de personas), el 15 % a través de prepagas y el 36% (alrededor de 15 millones de personas) en el sistema público.

Es necesario dar a conocer como es el financiamiento del sistema, a fin de comprender el temor que se genera, a partir de los recientes cambios a nivel nacional en cuanto al nuevo manejo de los fondos que lo sostienen. Por un lado, las obras sociales se financian con el 5% proveniente de los aportes patronales y el 3% del aporte de los trabajadores, mientras que las enfermedades de alto costo y baja incidencia (donde se encuentra la discapacidad) están a cargo del FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN. Este fue creado en 1989 por la ley 23.661 (Ley Nacional del Seguro de Salud) quien ordena que se le ingrese el 15% de los aportes totales que se destinan a obras sociales²⁹.

²⁸ Disponible en: <http://www.who.int/disabilities/care/es>

²⁹ El Fondo Solidario de Redistribución tiene como principal objeto constituirse en un mecanismo de apoyo financiero a las Obras Sociales para la cobertura de prestaciones médicas especiales

Actualmente funciona bajo la administración y supervisión de la Superintendencia de Servicios de Salud³⁰ y se complementa con Integración.³¹

Históricamente el Fondo Solidario ha sido un elemento de puja importante entre las obras sociales sindicales y el gobierno y hoy cuenta con 29 mil millones de pesos. A través del Dec. 908/17 publicado en el Boletín Oficial del 3 de agosto, el Poder Ejecutivo Nacional da a conocer cómo es la nueva distribución de este monto, la que se ejecutaría en función de un nuevo plan nacional de salud llamado Cobertura Universal de Salud (CUS). Transcribimos a continuación dos artículos del decreto presidencial:

- ARTÍCULO 1° — Establécese un régimen excepcional de distribución de los recursos acumulados al 28 de julio de 2016 en el FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN, que no fueran oportunamente aplicados conforme la normativa vigente, deducido el monto no distribuido correspondiente al año 2015.

- ARTÍCULO 2° — Dispónese la afectación, por única vez, de los recursos del FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN la suma de PESOS OCHO MIL MILLONES (\$ 8.000.000.000) con destino a la financiación de la estrategia de COBERTURA UNIVERSAL DE SALUD (CUS).

10. Cobertura Universal de Salud

La CUS es un sistema de cobertura de salud pública para personas que no poseen obra social o prepaga. Se presenta como una canasta de prestaciones básicas a las que se podrá acceder mediante una tarjeta de identificación electrónica en la que debe constar la historia clínica virtual.

Se anuncia que el nuevo sistema iniciará con una prueba piloto justamente en nuestra provincia, se hará en el departamento de Guaymallén con una atención aproximada a 120.000 personas, además se manifiesta la intención de extenderlo al resto del país. Pero ya presenta fuertes críticas desde diversos sectores sociales: “Bajo el atractivo nombre de Cobertura Universal en Salud (CUS) esconde el objetivo de avanzar hacia un sistema de aseguramiento, que indefectiblemente acabará aumentando la inequidad. Instalar el concepto de “cobertura” como acción posible desplazando al de “derecho” como acción concreta, es todo un criterio de época.”

“El anuncio se sustenta en utilizar 29 mil millones de pesos del Fondo Solidario de Redistribución de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) de la siguiente manera: 8000 millones de pesos pasarán a formar parte de un fideicomiso que será administrado por una Unidad Ejecutora de la que participarán dos representantes del

de baja incidencia y alto impacto económico. Además, se propone brindar apoyo financiero a las jurisdicciones adheridas a la Ley del Seguro Nacional de Salud, con destino a la incorporación de las personas sin cobertura y carentes de recursos.

³⁰ La Superintendencia Seguro de Salud (SSS) es la encargada de fiscalizar el cumplimiento de los programas nacionales de salud, el régimen de las obras sociales y los hospitales públicos de autogestión. Se trata de un organismo descentralizado con personalidad jurídica y autarquía administrativa, económica y financiera.

³¹ Se creó el mecanismo “Integración”, mediante la Resolución 406/2016 S.S.SALUD, que establece el financiamiento “directo” de las prestaciones brindadas por discapacidad.

Ministerio de Salud de la Nación, dos de la SSS y dos de la CGT. Será allí donde se decida qué proyectos se financiarán dentro de la CUS, potestad que debería ser privativa únicamente del ministerio. 2700 millones de pesos se “devolverán” a las obras sociales. 4500 millones de pesos se destinarán a un fondo discrecional de “emergencia” y con casi 15.000 millones de pesos se comprarán bonos al 2020 en una cuenta de la SSS del Banco Nación [...] se generará una “canasta básica de servicios” que la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, a crearse por ley como parte de este plan, se encargará de acotar para los sectores de bajos ingresos, inclusive, los que tengan obra social. La canasta básica excluye prácticas de salud que hoy existen, limitando derechos o teniendo que acudir a la judicialización de la salud, como se observa plenamente en todos los países que han implementado este sistema (el paradigma es Colombia). Mientras tanto, quienes no tengan obra social y necesiten medicamentos, deberán adquirirlos en farmacias pagando un porcentaje, mientras que hasta ahora los recibían gratuitamente a través del Plan Remediar y en el centro de salud, política que además redundaba en mayor y mejor atención sanitaria, y con un costo para el Estado siete veces menor que en la farmacia.”³²

Como organización, nos preocupa fuertemente lo que en adelante pueda ocurrir con aquellos recursos que se destinan, entre otras cosas, a la cobertura de las prestaciones en salud para las PcD a través del Fondo Solidario de Redistribución.

11. Prestaciones Integrales para las personas con discapacidad

La ley 24.901/97 llamada Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad obliga a emprender acciones de prevención, asistencia, promoción y protección de la persona con discapacidad. Esta norma se sustenta en tres principios básicos: la gratuidad, la integralidad en las prestaciones de servicios, y la obligatoriedad en el cumplimiento de las prestaciones con un 100 % de cobertura por parte de todos los agentes de salud, sean estos públicos o privados. Las prestaciones garantizadas por esta ley son de tipo preventivo, de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales. La Res. 428/99 que la reglamenta define el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad determinando las prestaciones y los aranceles. La cobertura de estas prestaciones requiere primeramente de la obtención del CUD (Certificado Único de Discapacidad) y quedar registrado en el SNR (Servicio Nacional de Rehabilitación).³³

Fue necesario llevar adelante una lucha muy ardua para lograr la adhesión de Men-

doza a esta ley nacional. Desde las distintas comisiones de la Legislatura Provincial se proponía la creación de una ley propia que se adaptaba en parte a ella pero que no contemplaba la integralidad. Las PcD seguirían sin disponer de una cobertura total por parte de la obra social provincial y es lo que se reclamaba. La negativa del gobierno se basaba en que avanzar hacia la adhesión, implicaría utilizar todos los recursos del estado al punto de la quiebra la provincia.

Es así como en 2011 por medio de la ley provincial 8373, nuestra organización junto con otros actores sociales y luego de dos años de persistencia en el reclamo, logra la tan anhelada adhesión a la ley nacional 24.901. Sin embargo, sigue sin cumplirse en su totalidad.

12. Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza

En nuestra provincia OSEP es la Obra Social de los Empleados Públicos y está obligada a dar cumplimiento a las prestaciones enunciadas por la ley 24901. Es importante señalar que hoy cuenta con 380 mil afiliados de los cuales 9000 presentan discapacidad certificada con CUD, y que desde marzo de 2016 se aplica un descuento del 0,75% sobre el salario de cada empleado público destinado a la llamada “Caja para Discapacidad”. Esta caja contiene fondos, que como su nombre lo indica, son específicos para discapacidad y deben ser auditados por la Defensoría de las Personas con Discapacidad y el Tribunal de Cuentas. Pero resta al primero de estos hacer públicos los mecanismos de control que utiliza y el resultado de los seguimientos que realiza.

OSEP ofrece servicios, para las PcD, mediante un sistema de convenio con prestadores privados y un sistema de prestaciones propias. Para el caso de las prestaciones no convenidas resuelve utilizando un sistema de subsidio, es decir de ayuda económica. Nuestra asociación advierte que la obra social debe recordar lo siguiente: “La cobertura de las prestaciones está claramente enunciada por la ley 24.901 y es indiscutiblemente obligatoria y al 100%”. Por otro lado, el subsidio generalmente se aplica en los casos en que, por ejemplo, la persona con discapacidad requiera de un acompañante terapéutico, auxiliar domiciliario, pañales, etc. Pero implica una entrega de dinero al afiliado para que éste resuelva sus necesidades, lo que es absolutamente violatorio de la misma ley.

En otro sentido cuestionamos también que la obra social provincial haya generado un Nomenclador de Prestaciones con valores propios, que en la mayoría de los casos están por debajo de los aranceles fijados en el Nomenclador Nacional. Esto pone en serias desventajas a quienes poseen OSEP frente a los que poseen obras sociales nacionales, ya que los prestadores de servicios optan por elegir a estas últimas a causa de la diferencia de montos.

La gran maquinaria burocrática con la que aún funciona OSEP es otra de nuestras graves preocupaciones. Ella significa el insumo de importantes recursos humanos, a lo que se agregan tiempos de espera inaceptables para personas que requieren de asistencia médica inmediata. Se ocasionan así importantes faltas de cumplimiento en tiempo y en forma. Se advierte aquí que la obra social se encuentra siempre en ries-

32 Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-306060-2016-08-05.html “Cobertura universal con menos acceso. Autor: Daniel Gollan”

33 “El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley.” (Art. 3, Ley N°22.431)

go de enfrentar acciones judiciales (como recursos de amparo), cuyos costos podemos suponer terminarán siendo absorbidos por todos los afiliados. Por otro lado, venimos señalando de manera permanente la gran inequidad que existe entre los afiliados del Gran Mendoza y los del resto de la provincia; para avanzar sobre esto creemos que se requiere de una fuerte decisión política, que haga que se comiencen a producir servicios en cantidad y calidad en todo el territorio mendocino.

13. Red de Rehabilitación Provincial

Las mejoras en los tratamientos médicos logran aumentar las tasas de supervivencia de enfermedades y lesiones, pero dependiendo de las circunstancias muchas personas siguen viviendo con alguna forma de deficiencia residual. Esta situación, sumada a la creciente prevalencia de enfermedades no transmisibles y al envejecimiento de la población, implica un aumento en la demanda de servicios de rehabilitación; pero ésta última debe comenzar en la etapa más temprana posible y sobre la base de una evaluación multidisciplinar de las necesidades de cada persona.

Por lo tanto, una deuda urgente del sistema sanitario público provincial es la creación de una Red Provincial de Rehabilitación³⁴ en hospitales y centros de salud, sobre todo en zonas alejadas de la metrópoli. Es necesario que se trabaje en red con intervenciones eficaces y en una vinculación efectiva con el banco de prótesis, ortesis y ayudas técnicas bajo la pauta de una entrega rápida. Los bancos de ayudas técnicas deben ser parte de los servicios de salud y funcionar conjuntamente los servicios de rehabilitación. La creación de una Red Provincial de Rehabilitación es una propuesta que realizó la Dra. Dorado en el año 2008. En apariencia para nuestros funcionarios, o bien no ha sido nunca una prioridad, o bien se trata de que la asignación de los recursos públicos necesarios para generar un servicio como este, es una decisión política que nadie se ha atrevido a tomar. Sea cual sea la razón, esta organización sigue insistiendo en la importancia de su implementación ante todos los gobiernos de turno.

Los beneficios que un trabajo de esta naturaleza proporcionan han quedado manifestados con el Taller de Prótesis y Ortesis.³⁵ Pudo ser instalado con el financiamiento

34 “La Rehabilitación es un proceso global y continuo de duración limitada y con objetivos definidos, encaminados a promover y lograr niveles óptimos de independencia física y las habilidades funcionales de las personas con discapacidades.(...) La rehabilitación es un proceso complejo que resulta de la aplicación integrada de muchos procedimientos para lograr que el individuo recupere su estado funcional óptimo, tanto en el hogar como en la comunidad en la medida que lo permitan la utilización apropiada de todas sus capacidades residuales” Disponible en: <http://www.sld.cu/sitios/rehabilitacion/temas.php?idv=615>

El Taller de Prótesis y Ortesis es el lugar en donde se diseñan, confeccionan y adaptan equipos para personas con discapacidad.

Ortesis: aquellas ayudas externas que se colocan para que una parte del cuerpo, que no pueda cumplir su función específica o que lo hace solo parcialmente, pueda hacerlo. Los tipos de ortesis son: para miembros superiores, para miembros inferiores y para tronco. **Prótesis:** aquellos equipos que asisten a la persona cuando le falta un miembro parcial o totalmente. Los tipos de prótesis son: para miembros superiores o inferiores (amputación sobre rodilla, bajo rodilla y de pie).

35

del Programa Federal INCLUIR Salud y con el aporte en capacitación por parte del INTI (Instituto Nacional de Tecnología Industrial) para favorecer a personas con amputaciones y que no poseen obra social. Personas relegadas por cuestiones económicas en la posibilidad de acceder a una prótesis u ortesis,³⁶ elementos que modifican sustancialmente su calidad de vida.

Para el estado, poseer talleres de estas características ubicados dentro de hospitales públicos trabajando en red, redundan en beneficios. No sólo porque la colocación de una prótesis se realiza articulando de manera inmediata con el servicio de rehabilitación y con el acompañamiento médico correspondiente, sino porque también y no menos importante, se reducen costos considerablemente. El precio de estos elementos que se producen recurriendo directamente a la materia prima, en talleres y con mano de obra propios, es infinitamente menor a tener que obtenerlos en el mercado. Con esta experiencia en Mendoza se ha demostrado que es un proyecto que puede implementarse a muy bajo costo, tanto en la instalación misma del taller como en el elemento producido terminado.

Sí debemos destacar la forma positiva con que se lleva a cabo el abordaje de personas con ACV. Son recibidas primeramente en el Hospital Central, y de manera articulada con este son derivadas al Servicio de Rehabilitación del Hospital Néstor Lencinas para la continuidad de su tratamiento y seguimiento.

14. La educación como un bien social

La educación es un bien social básico para cada persona y para la comunidad, un derecho fundamental expresado en diversas convenciones y tratados internacionales. Sin embargo, históricamente las personas con discapacidad han visto negada o reducida su participación en los bienes culturales. A mediados del siglo XX comienza un proceso de reconocimiento de derechos educativos. De dicho proceso, son hitos el Informe Warnock³⁷ y la Convención de Salamanca³⁸ llegando a su máxima expresión con

36

37 Este informe fue encargado por el secretario de Educación del Reino Unido a una comisión de expertos, presididos por Mary Warnock, en 1974 y publicado en 1978, convulsiónó los esquemas vigentes y popularizó una concepción distinta de la educación especial. El Comité comenzó sus trabajos poco después de la entrada en vigor de la Ley de Educación (para niños y niñas deficientes) de 1970. Según dicha ley toda persona deficiente, al margen de la gravedad de su dificultad, queda incluido en el marco de la educación especial, por lo que ningún niño o niña debe ser considerado ineducable. La educación es un bien al que todos tienen derecho y por tanto los fines de la educación son los mismos para todos, independientemente de las ventajas o desventajas de cada uno.

38 “Más de 300 participantes, en representación de 92 gobiernos 25 organizaciones internacionales, se reunieron en Salamanca, España, del 7 al 10 de junio de 1994, a fin de promover el objetivo de la Educación para Todos examinando los cambios fundamentales de política necesarios para favorecer el enfoque de la educación integradora, concretamente capacitando a las escuelas para atender a todos los niños, sobre todo a los que tienen necesidades educativas especiales. (...) La Conferencia aprobó la Declaración de Salamanca de principios, política y práctica para las necesidades educativas especiales y un Marco de Acción. Estos documentos están inspirados

la creación de la CDPCD, que en su artículo 24 declara:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades (...) asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida”

La Convención obliga a los Estados Miembros a realizar ajustes razonables en función de las necesidades individuales mediante medidas de apoyo personalizadas. Son ejemplos de ello el facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas. Las personas no pueden y no deben quedar excluidas de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria, por motivos de discapacidad. Al mismo tiempo, la norma internacional establece el derecho a la educación superior, a la formación profesional, a la educación para adultos y al aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás personas.

La ley Nacional de Educación 26.206 plantea dificultades y contracciones. En su artículo 42 dice: “La Educación Especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo. La Educación Especial se rige por el principio de inclusión educativa (...) brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común. Se garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades en todos los niveles y modalidades **según las posibilidades de cada persona.**” (La negrita y la cursiva son nuestras). Esta expresión, no alude a otra cosa más que al déficit del sujeto y deja de lado la evaluación de las barreras del entorno, lo que es totalmente contrario a lo que ordena la Convención.

Se observa que al momento la ley nacional de educación no realiza las modificaciones necesarias para armonizar con la Convención. Es así que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el año 2012, recomienda a la Argentina su adecuación jurídica en diversos aspectos. Además expresa su preocupación por el elevado número de niños y niñas con discapacidad atendidos en escuelas especiales, y por la ausencia de centros educativos que apoyen la inclusión efectiva de los estudiantes con discapacidad.

Recién en 2016, muy recientemente, se produjo desde el Consejo Federal de Educación la Res. 311³⁹. Viene para regular y brindar pautas sobre los procesos de educación inclusiva. Pero también hay que decir que, dicha normativa, es producto de una fuerte lucha llevada a cabo por organizaciones y asociaciones de todo el país y agrupadas en

Artículo 24⁴⁰. Con ella se propone que alumnos con y sin discapacidad reciban oportunidades equivalentes de aprendizaje, lo que a su vez y de ninguna manera debe implicar homogeneidad. Por otro lado, se plantea que la atención a esta diversidad de aprendizajes se haga dentro de un sistema educativo sin fragmentaciones.

En nuestra provincia según el censo de 2010 hay 300.000 niños y adolescentes de entre 5 y 19 años, de entre ellos 27.000 son personas con discapacidad. Pero según informa la Dirección General de Escuelas sólo 4.600 se encuentran dentro de la modalidad de educación especial, es decir, asisten a escuelas primarias especiales y EFI para alumnos de 14 a 21 años con orientación laboral, y que, los alumnos integrados en los niveles primario y secundario de modalidad común se estiman en 2.700. Significa entonces que en Mendoza solo alrededor de 7000 niños y adolescentes con discapacidad se encuentran escolarizados. Estos datos nos alertan a reflexionar que hay aproximadamente 20.000 niños y jóvenes que están fuera del sistema educativo. Si la educación es un derecho y el sistema educativo primario y secundario en Argentina es obligatorio, nos encontramos ante una fuerte situación de discriminación y exclusión por haberseles interpuesto su condición de discapacidad.

La estructura de apoyo a la educación inclusiva en la provincia es el ECAPDI (Equipo de Configuración de Apoyos⁴¹ para PcD), hay dieciocho, uno por cada departamento en Mendoza. Se trata de un equipo interdisciplinario que cuenta con 354 docentes especiales que recorren de manera itinerante a las escuelas primarias brindando apoyo a niños y niñas con una frecuencia de 1 o 2 veces por semana. En las escuelas secundarias se abocan a brindar asesoramiento a equipos de orientación y docentes. Por su parte la ley 24.901 de Prestaciones Integrales permite la cobertura del docente de apoyo o acompañante terapéutico financiado a través de la obra social. Pero el sistema en sí, tal cual se encuentra funcionando, genera una fuerte fragmentación en relación con el seguimiento pedagógico ya que hasta el presente la DGE no ha normalizado las funciones del acompañante terapéutico.

En relación a la cantidad de Intérpretes de Lengua de Señas Argentina, se contaban hasta el año 2016 con seis cargos G. En 2017, a raíz de los terribles hechos sucedidos en el Instituto Antonio Próvolo, y que dejaron al descubierto la imperiosa necesidad de comunicación de las personas sordas con oyentes, se incorporan dieciocho cargos más.

La escuela secundaria tiene tradiciones organizativas y pedagógicas muy fuertemente establecidas y poca experiencia en los procesos de inclusión educativa. Esto se traduce en la poca flexibilidad a la hora de incorporar “nuevos” alumnos. El problema a la hora de la inclusión en todos los niveles se manifiesta en: barreras arquitectónicas en casi absolutamente todas las escuelas, lo que se traduce en falta de rampas y ba-

por el principio de integración y por el reconocimiento de la necesidad de actuar con miras a conseguir “escuelas para todos” esto es, instituciones que incluyan a todo el mundo celebren las diferencias, respalden el aprendizaje y respondan a las necesidades de cada cual.” http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF

39 Es el organismo de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa para asegurar la unidad y articulación del sistema educativo nacional. Está integrado por los representantes de área del Poder Ejecutivo de cada provincia y tres representantes del Consejo de Universidades.

40 Agrupación que nuclea a organizaciones y entidades que promueven el derecho de las personas con discapacidad a la educación inclusiva www.asdra.org.ar

41 Entre sus funciones está detectar e identificar las barreras de aprendizaje y elaborar estrategias educativas y configuraciones de apoyo en corresponsabilidad con la institución escolar. Coordinar reuniones informativas de intercambio de capacitación y evaluación. Elaborar informes en forma conjunta. Seguimiento y acompañamiento

ños accesibles entre otras cosas; en la insuficiencia de recursos humanos provenientes de educación especial; en la falta de una adecuada capacitación y formación docente respecto de la educación inclusiva; en la necesidad de abrir aulas para evitar superpoblación, la que atenta contra el diálogo educativo e invisibiliza al otro; en los prejuicios en relación a las posibilidades de aprendizaje de las personas con discapacidad intelectual; y en muchos otros aspectos más.

Sin dudas es imprescindible la asignación de recursos de todo tipo, lo que depende de la decisión política del gobierno de turno. Es necesaria una seria reflexión sobre los criterios de formación docente y profesionales de la educación y es también indispensable que los docentes retomen el debate del sentido político e ideológico de la educación. Todo para poder repensar y reflexionar sobre las propias prácticas escolares, para romper con el paradigma hegemónico y con la mirada patologizante de la infancia, y luego poder asumir el carácter fuertemente vincular y dialógico que implica la educación.

Resulta preocupante la realidad de nuestro sistema educativo en cuanto a la inclusión, por lo que resulta oportuno aquí citar lo siguiente: “Generar mecanismos segregados para enseñarles a las personas con discapacidad, retiro, fue la respuesta posible en aquel momento, pero hoy no podemos desconocer que mantener espacios segregados remarca y reproduce desigualdad y no solo en la persona que asiste y su familia, sino en toda la sociedad que por acción u omisión permite, sostiene y naturaliza esa desigualdad”.⁴²

Por ello resaltamos la Resolución 311 como marco normativo, que impide a las escuelas públicas ordinarias la negativa a la inscripción de las personas por condición de discapacidad. No obstante, muchas familias y PcD no optan por la educación inclusiva. Y es que la hostilidad en el recibimiento, las experiencias escolares traumáticas, el temor a una vinculación con otros que podrían no comprender la singularidad de la persona con discapacidad y la evidente falta de recursos, conlleva a veces la decisión de elegir la auto-segregación como modo de protección. Por lo que ese temor al “sufrimiento social” por discriminación es una pesada carga que se hará presente en cada momento crítico de la vida.

Construir una escuela para todos es un desafío que implica la necesidad de contar con formadores de formadores, con políticas públicas claras y acordes a la Convención, y con recursos suficientes de todo tipo. Este conjunto de cosas tiene indefectiblemente que llevar a una transformación cultural que desarme el temor de estar juntos. “La integración no es sólo una necesidad de las personas que tienen discapacidad; más bien va más allá del problema de la educación especial y refiere a brindar experiencias educativas ricas y diversas en un contexto de pluralismo para todos los estudiantes, tengan o no una discapacidad.”⁴³

42 Grupo Artículo 24. . Educación Inclusiva. Bases para la incidencia en políticas públicas. .s./l; s/ed.; s/f.; Pág. 27.

43 Taller Regional Preparatorio sobre Educación Inclusiva

Disponible en:

http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Inclusive_Education/Reports/buenosai-

15. Conclusiones

Si bien los índices de sensibilización frente a la problemática de las PcD se han acrecentado a juzgar por la publicidad y acciones aisladas, lo expuesto en este informe permite afirmar que en Mendoza la sociedad en su conjunto no ha modificado sus conductas suficiente y sustancialmente frente a este colectivo. Así lo muestran estos datos a manera de ejemplo:

La quita de pensiones a 173.000 personas que la justicia obligó a restituir y que el gobierno no lo ha cumplido aún.

Hoy en día se desconoce el contenido del Plan Nacional de Discapacidad anunciado por el Gobierno Nacional y este no se discutió con las organizaciones de y para PcD como lo exige la CDPD.

No existe información sistematizada, actual y completa de datos vinculados a las PcD que permita una toma de decisiones ajustada a la realidad.

Solo el 30% de las PcD que viven en Mendoza tienen CUD, herramienta fundamental para acceder a las prestaciones en todas las áreas.

El 75 % de la PEA de la provincia se encuentra desempleada. El acceso al empleo público del 4% no se cumple.

El sistema de salud no funciona en red. La obra social OSEP no cumple efectivamente la ley 24 901.

La transformación necesaria no proviene de la existencia de un cúmulo de normas jurídicas ya sean nacionales, provinciales o del Derecho Internacional como las que sirven de marco al análisis que hemos realizado. Estas, sin carnadura en las acciones que inciden en la vida de las PcD no son más que una meta o un discurso complaciente que adorna la formulación de proyectos lejos de la cotidianeidad de los individuos. ¿Qué se necesita entonces para que la inclusión de las PcD sea una realidad que garantice la convivencia en igualdad de condiciones? Se requiere la formación cabal en el modelo social de la discapacidad de toda persona que se vincule de manera voluntaria o involuntaria con esta. Desde la familia y el entorno a las que se desempeñan como profesionales y funcionarios.

Hoy en día a pesar del trabajo de organizaciones como la nuestra, las falencias subsisten, ya que organismos estatales y privados incumplen. Mientras esto sucede las PcD y sus familias en sus vidas singularísimas siguen padeciendo por el lugar que tienen en la sociedad. Si una persona nace con discapacidad, ella y su familia atravesarán las primeras experiencias de exclusión, en el sistema sanitario y en la burocracia administrativa para obtener las prestaciones necesarias. Luego, en el sistema educativo y en el laboral. En síntesis, conocerán la exclusión para alcanzar la justicia, esa justicia que el mayor tratado de derechos humanos en materia de discapacidad que es la Convención, acompañado por otras declaraciones como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño imponen.

Como madres y padres seguimos preguntándonos qué será de nuestros hijos e hi-

jas, cuando nosotros no estemos para cuidarlos y protegerlos si hoy no se ponen en marcha, políticas públicas bien diseñadas, con financiamiento suficiente a largo plazo, sostenidas en el tiempo, monitoreadas correctamente, evaluadas con coherencia y rigor, tomando como paradigma los planes, programas y acciones que de verdad funcionan en otros países. Ponemos lo mejor de nosotros para educar seres autónomos porque deseamos que nuestros hijos e hijas sean felices y al decir “nuestros” decimos los hijos e hijas de esta sociedad que deseamos crezca en dignidad al comprometerse con el colectivo de las PcD. Nuestra conciencia no nos permite dejar de luchar.

El caso Próvolo y el sistema de encubrimiento eclesiástico

CARLOS LOMBARDI

1. Introducción

El mes de noviembre de 2016 marcó un hito en materia de abuso sexual eclesiástico. Es que tomaron estado público los aberrantes hechos cometidos por sacerdotes y laicos integrantes del Instituto Antonio Próvolo, con sedes en Mendoza y La Plata.

Los clérigos abusadores forman parte de una congregación religiosa – Compañía de María – de creación pontificia. Uno de ellos, Nicola Corradi, integró un contingente de sacerdotes provenientes de Verona, Italia, que a fines de la década del '90, fueron trasladados sigilosamente a Argentina, como parte del *modus operandi* que la Iglesia Católica aplica una vez que sus autoridades toman conocimiento del delito.

El teólogo español Juan José Tamayo considera que *“en el caso de la Iglesia católica lo que hemos sabido ahora de lo que ha sucedido durante los últimos 50 años es que se ha utilizado el poder para delinquir. Esto es fundamental examinarlo. La Iglesia ha utilizado el poder durante 50 años al menos (por lo que sabemos de casos de pederastia) para delinquir y/o encubrir actos delictivos reprobables, como el abuso de la confianza de los niños o de los padres en seminarios, centros religiosos o escuelas para cometer las mayores aberraciones contra la integridad física y la*

*dignidad de la persona*¹

El comportamiento institucional tiene un patrón común, reiteramos, un auténtico *modus operandi*, que se aplica a modo de decálogo. El psicólogo español Pepe Rodríguez sistematizó sus etapas: 1) averiguación discreta de los hechos; 2) inicio de acciones disuasivas con el agresor y la víctima; 3) encubrimiento del agresor y de los hechos antes de que afloren; 4) toma de medidas para reforzar el ocultamiento; 5) negación de los hechos cuando se hacen públicos; 6) defensa pública del agresor sexual y atribución de méritos; 7) descalificación pública de la víctima y de su entorno; 8) atribución paranoide de las acusaciones a campañas orquestadas por “enemigos de la Iglesia”; 9) posibilidad de negociación con la víctima; 10) protección del abusador sexual²

Nosotros sumamos otras aristas, a saber: a) orden de las autoridades eclesiásticas hacia las víctimas de guardar silencio por los abusos sexuales sufridos; b) traslado y encubrimiento de los sacerdotes abusadores por parte de los obispos; c) aplicación de las normas jurídicas canónicas, que más tarde serían indicadas por organismos de la O.N.U como violatorias de derechos humanos y garantías procesales; d) investigaciones marcadas por el secreto pontificio, dispuesto premeditadamente por las normas jurídicas canónicas; e) denuncias que fueron ocultadas, que no fueron atendidas, ni tampoco informadas a las autoridades civiles; f) privación a las víctimas de participar en los procedimientos canónicos; g) impunidad de la situación y trato vejatorio hacia las mismas; h) abuso de poder y denegación de justicia.

Sólo la valentía de las víctimas, tras años de silenciamiento y miedo, sumada a la acción de los medios de comunicación social permitió que los casos salieran a la luz pública. De ese modo pudo hacerse visible a nivel mundial el flagelo de los abusos sexuales del clero católico. A punto tal que - en palabras del ex sacerdote mexicano Alberto Athié - son tres las *oleadas* que se han producido hasta ahora. La primera (y punto de partida), en EE.UU. donde a principios del año 2000, el periódico *Boston Globe* publicó los primeros resultados de su investigación que costó, entre otras cosas, la quiebra de numerosas diócesis de ese país y el traslado sigiloso y urgente del principal cardenal norteamericano - Bernard Law - quien en la actualidad, y a pesar de los dichos del papa Francisco, tiene residencia en el Vaticano, no siendo entregado a la justicia estadounidense, a pesar de su rogatoria internacional.

La segunda oleada, se produjo en Europa. En este continente, sobresalen los casos en Irlanda. Fue un informe impulsado por el gobierno de turno el que reflejó el horror: “Poco tiempo después de la publicación del ‘Informe Ryan’, el periódico ‘The Irish Times’ reportó que éste era ‘una condenación devastadora de las autoridades de la Iglesia y del Estado’ y lo describió como ‘el mapa de un infierno irlandés’. En un periodo de 35 años (1965-1999), 800 abusadores fueron identificados en más de 200 instituciones católicas, lo que demuestra claramente el carácter constante de los abusos cometidos. Según ‘The Irish Times’, ‘El abuso no fue un fracaso

del sistema. Era el sistema”. En lugar del reino de Dios, reinaban la tortura y la impunidad”³

Finalmente, la tercera oleada se produce en Latinoamérica, donde los casos de abusos se extienden a lo largo de todo el continente. Desde México, donde se destaca el caso del predator sexual Marcial Maciel Degollado, fundador de los Legionarios de Cristo, íntimo amigo del papa Juan Pablo II y encubierto a más no poder por el Vaticano, pasando por Chile, con el caso Karadimay terminando en Argentina, donde el caso Próvolo se lleva todos los “laureles”.

Sin perjuicio de las justificaciones históricas que la institución religiosa hace de su comportamiento frente al flagelo, interesa en este trabajo destacar el sistema jurídico que constituye el eje donde engarza todo el sistema de encubrimiento, mantenido hasta la actualidad.

Si quisiéramos ensayar una suerte de evolución histórica del corpus normativo que la iglesia ha elaborado para aplicar a los casos de abuso sexual, podrían mencionarse los siguientes instrumentos:

1. *Crimen sollicitationis* (“delito de sollicitación”): tiene el carácter de Instrucción, fue aprobada por el papa Juan XXIII en 1962 y elaborada por la Sagrada Congregación del Santo Oficio, ex Inquisición (actualmente Congregación para la Doctrina de la Fe).

Se aplicaba a los abusos sexuales que los curas cometían contra los fieles que iban a confesarse. Fue modificada en 2001 por las “*Normae de gravioribus delictis*”.

2. Decreto Motu Proprio “*Sacramentorum sanctitatis tutela*”: elaborado en 2001 por el papa Juan Pablo II, atribuyó a la Congregación para la Doctrina de la Fe la competencia para tratar y juzgar en el ámbito del ordenamiento canónico una serie de delitos particularmente graves, incluidos los abusos sexuales.

El motu proprio (la “ley”, en sentido estricto), estaba acompañado por una serie de normas aplicativas y de procedimiento, las referidas “*Normae de gravioribus delictis*”.

3. Nuevas “Normas sobre los delitos más graves”: regulan no sólo el delito de abuso sino otros como la herejía, apostasía y cisma. Sancionadas por el papa Benedicto XVI del 21 de mayo de 2010.

4. Breve relación sobre las modificaciones introducidas en las *Normae de gravioribus delictis* reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe.

5. Guía para comprender los procedimientos fundamentales de la Congregación para la Doctrina de la Fe (CDF) cuando se trata de las acusaciones de abusos sexuales.

6. Carta circular. Subsidio para las Conferencias Episcopales en la preparación de Líneas Guía para tratar los casos de abuso sexual de menores por parte del clero. Elaborada por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 3 de mayo de 2011, siendo el cardenal William Levada la autoridad responsable.

7. Comisión Pontificia para la protección de los menores, creada por el papa Francisco mediante Quirógrafo del 22 de marzo de 2014. De naturaleza consultiva, la comisión tiene como finalidad “proponer al Pontífice iniciativas [...] para promover la responsabilidad de las Iglesias particulares en la protección de todos los menores y los adultos vulnerables” (art. 1).

1 TAMAYO, Juan José Tamayo, “La Teología debe ser crítica con el abuso de poder en la Iglesia, causa de la pederastia”, disponible en www.redescristianas.net, 04/05/2012.

2 RODRÍGUEZ, Pepe, Pederastia en la Iglesia Católica, Madrid, España, Ediciones B, 2002, p. 256.

3 El mapa de un infierno, disponible en <http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/230212-mapa-infierno/>

El Estatuto de la Comisión se promulgó el 1 de abril de 2015.

8. Carta Apostólica titulada “Como una madre amorosa”, en forma de Motu Proprio, escrita por el papa Francisco el 04 de junio de 2016, que permite enjuiciar a los obispos que fueron negligentes en caso de abusos sexuales contra menores o personas vulnerables y destituirlos de su cargo, aunque los hechos hayan sucedido en el pasado.

9. Finalmente las “Líneas-guía de actuación en el caso de denuncias de abusos sexuales en los que los acusados sean clérigos y las presuntas víctimas sean menores de edad (o personas a ellos equiparados)”, documento aprobado para su publicación en la 105ª Asamblea Plenaria, abril de 2013, por la Conferencia Episcopal Argentina (C.E.A.).

Como se podrá observar, la institución religiosa ha elaborado una abundante normativa interna, a priori, para contrarrestar el flagelo de los abusos sexuales. Sin embargo, todos y cada uno de los documentos lesionan lisa y llanamente el derecho internacional de los derechos humanos en lo que hace a las garantías procesales para las víctimas, como veremos a continuación.

2. La Santa Sede: refractaria a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

El primer indicador que sale a nuestro encuentro es el que destaca la alergia que la Iglesia Católica le tiene a los derechos humanos, puertas adentro y fuera de ella. En efecto, si hacemos foco en los instrumentos internacionales, puede afirmarse que de poco más de cien instrumentos la Santa Sede ha ratificado sólo dieciseis. Entre los más significativos, que no ha ratificado, pueden mencionarse:

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de las comunicaciones.
- Pacto Internacional de Derechos Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos Económicos y Sociales.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo.
- Convención sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.
- Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Cabe aclarar que en el caso de la Convención en Contra de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la Santa Sede adhirió el 22 de junio de 2002, en nombre y por cuenta de la Ciudad del Vaticano sobre la que ejerce soberanía. Por lo tanto, la responsabilidad internacional con respecto a la Convención es hacer que se aplique en el territorio de la Ciudad del Vaticano, no en el territorio donde el catolicismo romano tiene sus parroquias e iglesias particulares.

Esa circunstancia no es menor. Es todo un símbolo de la estrategia vaticana a la hora de asumir responsabilidades internacionales. Dentro del territorio del Estado de la Ciudad del Vaticano, se aplica la Convención y son responsables; fuera de aquel, no responden.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño y los abusos sexuales clericales

Como toda convención, la que tutela los derechos del niño tiene principios comunes a otras. El primero, establece que los derechos son universales, es decir, para todos los niños y niñas del planeta. Además, son indivisibles, significa que la misma no establece ninguna jerarquización entre ellos, todos tienen igual importancia. Finalmente, son interdependientes, como la propia palabra lo indica, los derechos contenidos en ella reconocen una recíproca dependencia.

A su vez, la Convención tiene principios propios. Tal vez el más conocido sea el del *interés superior del niño*. Junto a él, se ubican la no discriminación, el derecho intrínseco a la vida, sobrevivencia y el desarrollo; por último, el derecho a la libertad de expresión y ser escuchado.

Pues bien, la Santa Sede habiendo adherido y ratificado la Convención se obligó a cumplirla y el flagelo de los abusos vino a interpelar fuertemente el grado de observancia a sus normas.

Es en este punto donde surgen con todo su esplendor los incumplimientos sistemáticos a la Convención, identificados en 2014 por el Comité de los Derechos del Niño, el organismo encargado de monitorear su cumplimiento.

La lectura de las “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Santa Sede, elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño”, es lapidaria: la Santa Sede viene incumpliendo la Convención - sistemáticamente - desde su firma y ratificación, sea por no presentar en tiempo y forma los informes quinquenales que los Estados partes se obligan (14 años de incumplimientos), sea por no haber llevado a sus propias normas y procedimientos los postulados fundamentales de los derechos humanos.

Basta con leer el N° 43 pto. b: “*Aunque la Santa Sede estableció su jurisdicción plena sobre los casos de abuso sexual de niños por clérigos en 1962 y los puso bajo la competencia exclusiva de la Congregación para la Doctrina de la Fe en 2001, se ha negado a suministrar al Comité datos sobre todos los casos de abuso sexual de niños que se señalaron a su atención durante el período que se examina, y el resultado del procedimiento interno en estos casos*”⁴

Las Observaciones contienen en el N° 44, nueve exhortaciones urgentes para que la Santa Sede aplique a su organización y funcionamiento en los casos de abusos. Veamos.

“*El Comité reconoce la afirmación de la Santa Sede acerca de la importancia de establecer la verdad de lo que sucedió en el pasado, adoptar las medidas necesarias para evitar que se repitan esos*

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Santa Sede, disponible en file:///C:/Users/Carlos/Downloads/G1441203%20(4).pdf

hechos, garantizar que los principios de la justicia se respeten plenamente y, sobre todo, ayudar a que cierren las heridas de las víctimas y de todas las personas afectadas por estos atroces delitos. Desde esta perspectiva, el Comité exhorta enérgicamente a la Santa Sede a:

a) Garantizar que la Comisión creada en diciembre de 2013 investigue con independencia todos los casos de abuso sexual de niños así como la forma en que la jerarquía católica tramitó estos casos; considerar la posibilidad de invitar a la sociedad civil y las organizaciones de víctimas a participar en la labor de la Comisión, e invitar a los mecanismos internacionales de derechos humanos a apoyar su labor. El resultado de la investigación deberá darse a conocer para prevenir que se repitan los abusos sexuales de niños por miembros de la Iglesia Católica.

b) Separar inmediatamente del cargo a todas las personas de las que se sabe o sospecha que han cometido abusos sexuales de niños y remitir la cuestión a las autoridades pertinentes encargadas de hacer cumplir la ley para la investigación y el enjuiciamiento.

c) Asegurar el intercambio transparente de todos los expedientes que puedan utilizarse para exigir la rendición de cuentas de todas las personas responsables de abusos sexuales de niños, así como de las que encubrieron sus delitos y a sabiendas pusieron a los autores de estos delitos en contacto con niños.

d) Modificar el derecho canónico para que el abuso sexual de los niños se considere un delito y no una simple infracción moral y que se deroguen todas las disposiciones que podrían imponer la obligación de guardar silencio a las víctimas y a todas las personas que tienen conocimiento de estos delitos.

e) Establecer normas, mecanismos y procedimientos claros para que se denuncien todos los casos en que se sospecha el abuso y la explotación sexual de niños a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

f) Garantizar que todos los sacerdotes, personal religioso y particulares sujetos a la autoridad de la Santa Sede tengan conciencia de sus obligaciones de informar de ello y del hecho de que, en caso de conflicto, estas obligaciones tengan precedencia sobre las disposiciones del derecho canónico.

g) Elaborar programas y políticas de prevención de tales delitos y de recuperación y reintegración social de los niños víctimas, de conformidad con los documentos finales aprobados en los Congresos Mundiales contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños que se celebraron en Estocolmo, Yokohama (Japón) y Río de Janeiro (Brasil) en 1996, 2001 y 2008, respectivamente.

h) Elaborar programas educacionales preventivos para aumentar la conciencia de los niños sobre los abusos sexuales e impartirles las competencias necesarias para que puedan protegerse.

i) Estudiar la posibilidad de ratificar el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual⁵

Dicho de otro modo, estamos frente a un Estado violador serial de derechos humanos, donde el colectivo de niños, niñas y adolescentes es uno de los más perjudicados.

Adviértanse los puntos en que el Comité hace las exhortaciones:

a) que exista una Comisión de investigación independiente, no la creada por el papa Francisco en 2014, integrada por personas (todas), católicas y vinculadas a la iglesia; b) apartamiento de todos los clérigos acusados de abuso y ponerlos a disposición de la justicia estatal, lo que no ocurre en la práctica ya que, una vez conocido el hecho, si bien

se los separa provisoriamente, nadie controla el cumplimiento de la medida cautelar y mayoritariamente vuelven a ejercer su ministerio; c) intercambio de las constancias de investigación, a lo que la iglesia se niega por el secreto pontificio; d) y e) modificación de las normas canónicas, dando garantías procesales a las víctimas; f) concientización del personal religioso y laicos del deber de informar los delitos, siendo esta obligación quien prime sobre las disposiciones del derecho canónico; g) y h) elaboración de programas y políticas de prevención de tales delitos y de recuperación y reintegración social de los niños víctimas, exhortación que la iglesia ha llevado a cabo pero dirigidas a proteger a la institución, no a las víctimas. En este punto cabe aclarar que se presenta una paradoja: la psicología es unánime en destacar sobre lo desaconsejable que resulta exponer a víctimas de abuso sexual a enfrentarse con sus abusadores, o personas que integran la institución a la que pertenecen ya que implicaría revictimizarlas. Además ¿qué madre, qué padre estaría dispuesto a hacer eso?; i) Estudiar la posibilidad de ratificar el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, circunstancia que no se ha producido.

Como se observará, el estado de incumplimiento de la Santa Sede a las recomendaciones realizadas por el Comité es constante y sistemático. El flagelo es estructural. Se suma a ello, el hecho que la Santa Sede tampoco presentó el informe 2017, cuyo vencimiento fue en el mes de septiembre de este año.

4. El procedimiento interno: secreto pontificio y violación a la garantía del debido proceso de las víctimas

De los documentos internos enumerados en el punto 1, en ninguno se menciona el principio del “*interés superior del niño*” (que además es un derecho y una norma operativa), como fundamento del procedimiento que se aplica a los casos de abusos sexuales del clero.

El procedimiento canónico es el modo que la iglesia tiene para identificar al abusador, determinar su responsabilidad y eventuales sanciones. Hete aquí un problema ya que todo el procedimiento está cubierto por el denominado “secreto pontificio”. Este es el eje sobre el que gira la investigación canónica.

Se contempla en la *Instrucción Secreta Continere*. Los fundamentos son realmente escafofrientes. Sostiene el documento que “*Aparece evidente cuánto concuerda con la naturaleza de los hombres el respeto de los secretos, sobre todo por el hecho de que muchas cosas, aunque se deban tratar externamente, traen origen sin embargo y son meditadas en lo íntimo del corazón y solo son expuestas prudentemente después de madura reflexión*” [...] “*De forma correcta, por ello, les son confiadas a aquellos que son llamados al servicio del pueblo de Dios algunas cosas que han de custodiarse bajo secreto, y que si son reveladas o difundidas en tiempo o modo inoportuno, dañan el edificio de la Iglesia o trastornan el bien público o en fin ofenden los derechos inviolables de particulares y de la comunidad*”⁶

6 Instrucción Secreta Continere sobre normas sobre el secreto pontificio, disponible en <http://www.iuscanonicum.org/index.php/documentos/documentos-de-la-curia-romana/380-instruccion-secreta-continere-sobre-normas-sobre-el-secreto-pontificio.html>

5 Ibidem

No hace falta destacar el cinismo y encubrimiento que están en el trasfondo del fundamento citado. “*Algunas cosas que han de custodiar bajo secreto*”, son nada más y nada menos que abusos sexuales contra niñas, niños y adolescentes confiados a la guarda de un sacerdote.

Mientras que el párrafo que sostiene “*y que si son reveladas o difundidas en tiempo o modo inoportuno, dañan el edificio de la Iglesia o trastornan el bien público o en fin ofenden los derechos inviolables de particulares y de la comunidad*”, demuestra que lo que se persigue es la protección de la institución, blindarla. Si dentro de ella se violan de modo sistemático derechos humanos, no importa, no es relevante. Lo relevante es defender la “cáscara vacía”.

¿Quiénes tienen la obligación de guardar secreto? El artículo II, sostiene:

“1) Los cardenales, los obispos, los prelados superiores, los oficiales mayores y menores, los consultores, los expertos y el personal de rango inferior, a los que compete tratar cuestiones cubiertas por el secreto pontificio;

2) Los legados de la Santa Sede y sus subalternos que tratan las antedichas cuestiones, como también todos aquellos que son llamados por ellos para consulta de tales causas;

3) Todos aquellos a los cuales viene impuesto la custodia del secreto pontificio en asuntos particulares;

4) Todos aquellos que en modo culpable hayan tenido conocimiento de documentos y asuntos cubiertos por el secreto pontificio, o que, aun habiendo tenido tal información sin culpa de su parte, saben con certeza que están cubiertos por el secreto pontificio”⁷

El secreto pontificio es un auténtico código de silencio, una omertá con sello clerical, propia de las mafias y pandillas que actúan bajo juramento de guardar secreto.

Como sostiene el filósofo italiano Paolo Flores D'Arcais, la “*suciedad*” debe quedar en los “*sótanos del Vaticano*”, inaccesible a la curiosidad excesivamente seglar de policías y jueces. La impunidad penal de los sacerdotes pedófilos queda garantizada. Es más, para alcanzar tal objetivo se exige un juramento de una solemnidad sobrecogedora. Reza la instrucción: “*Aquellos que entren en posesión del secreto pontificio deberán prestar juramento con la siguiente fórmula: “Yo... “en presencia de...”, tocando con mi propia mano los sacrosantos evangelios de Dios, prometo guardar fielmente el secreto pontificio de manera que en modo alguno, bajo ningún pretexto, sea por un bien mayor, sea por motivo urgentísimo y gravísimo, me sea lícito violar el mencionado secreto”. Que Dios me ayude y me ayuden estos santos evangelios suyos que toco con mi propia mano”. Fórmula solemne y terrible, que nos exime de todo comentario*”⁸

Yendo a lo procedimental, pueden distinguirse dos fases: una administrativa y otra judicial. Siempre se inician cada vez que existe *noticia verosímil* de que ocurrió un abuso sexual. Veamos cómo se procede.

a) Anoticiado de manera verosímil de la comisión de un delito de abuso sexual, el obispo tiene obligación de iniciar una investigación. El canon 1717 dice: “*Siempre que el Ordinario tenga noticia, al menos verosímil, de un delito, debe investigar con cautela, personal-*

mente o por medio de una persona idónea, sobre los hechos y sus circunstancias así como sobre la imputabilidad, a no ser que esta investigación parezca del todo superflua”⁹

No sólo la comisión de delito obliga a la investigación. El canon 1339 § 1 dispone: “*Puede el Ordinario, personalmente o por medio de otro, amonestar a aquel que se encuentra en ocasión próxima de delinquir, o sobre el cual, después de realizar una investigación, recae grave sospecha de que ha cometido un delito*”. Es decir, las circunstancias a investigar son: comisión del delito, ocasión próxima de delinquir, grave sospecha de que ha cometido un delito. Cabe aclarar que en el caso de los abusos sexuales no sólo implica acceso carnal sino que se se proyecta hacia otras manifestaciones de índole sexual.

b) Debe comunicar el hecho a la Congregación de la Doctrina de la Fe (ex Inquisición). En la Carta de los Delitos más graves, sancionada en el año 2001 y firmada por Ratzinger, se exige: “*Cada vez que un Ordinario o Superior tenga noticia al menos verosímil de un delito reservado, una vez realizada una investigación previa, comuníquelo a la Congregación para la Doctrina de la Fe*”.

c) Producido el abuso sexual, el obispo sólo puede “amonestar” (retar al cura delincuente). El canon 1347 dispone: “1. No puede imponerse válidamente una censura [una sanción] si antes no se ha amonestado al menos una vez al reo para que cese en su contumacia, dándole un tiempo prudencial para la enmienda. 2. Se considera que ha cesado en su contumacia el reo que se haya arrepentido verdaderamente del delito, y además haya reparado conveniente los daños y el escándalo o, al menos, haya prometido seriamente hacerlo”.

Asimismo el canon 1341 establece: “*Cuide el Ordinario de promover el procedimiento judicial o administrativo para imponer o declarar penas, sólo cuando haya visto que la corrección fraterna, la reprensión u otros medios de la solicitud pastoral no bastan para reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir la enmienda del reo*”.

Del juego armónico de las disposiciones comentadas surge que:

a) Luego de la noticia del delito, su investigación, la corrección fraterna, reprensión u otros medios de la solicitud pastoral que debe efectuar el obispo, al abusador se le da un *tiempoprudencial* para reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir su enmienda.

b) Si se dan las circunstancias mencionadas, no hay proceso judicial, y el abusador sólo recibió un reto de parte del obispo (c. 1347 “No puede imponerse válidamente una censura [una sanción] si antes no se ha amonestado al menos una vez al reo para que cese en su contumacia”).

c) La realidad indica que los obispos han priorizado la reprensión “a solas” de los abusadores, que en la práctica no ha servido para reparar el daño a las víctimas sino para profundizar el encubrimiento y secreto del delito, permitiéndoles a los abusadores que sigan delinquiendo.

Respecto al “*tiempo prudencial para reparar el escándalo*”, exigido por el canon, ha sido la causa para que miles de abusos sexuales prescribieran, dado que ese tiempo ha sido arbitrario y abusivo. El tiempo prudencial y el silencio han dado forma al encu-

⁷ Ibidem

⁸ FLORES D'ARCAIS, Paolo, El Vaticano y la pedofilia, disponible en www.elpais.com/articulo/opinion/Vaticano/pedofilia/

⁹ Código de Derecho Canónico, disponible en http://www.vatican.va/archive/ESLo020/_INDEX.HTM

brimiento¹⁰

Como advertimos precedentemente, todo queda bajo el secreto pontificio. El c. 1339 § 3 dispone: “*Debe quedar siempre constancia de la amonestación y de la reprensión, al menos por algún documento que se conserve en el archivo secreto de la curia*”.

Las normas comentadas dejan ver que, haya sanción o no para el abusador, las víctimas sólo tienen el derecho de presentar una denuncia ante las autoridades eclesiásticas. Nada más.

No tienen derecho a nombrar abogado patrocinante, constituir domicilio legal, presenciar las testimoniales (propias y del acusado), leer y cotejar lo declarado, leer e impugnar las pericias, si las hubiere, solicitar copias del expediente. Tampoco leer los fundamentos de las sentencias, que son secretos.

Es decir, la garantía del debido proceso - o defensa en juicio - es violado sin ningún tipo de prurito, producto que la Santa Sede no acepta ni aplica puertas adentro las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Lo expuesto en materia de exhortaciones que el Comité de la ONU le comunicó, nos exime de mayores comentarios.

5. Epílogo

El jurista Joaquín Navarro Esteban sostuvo que el derecho no ha cambiado en el sentido que reconoce como sus elementos fundantes tres preceptos clásicos: vivir dignamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo. Sencillo y difícil al mismo tiempo.

Como se habrá observado, el orden jurídico de la iglesia en materia de abusos sexuales no contiene garantías ni derechos que permitan cumplir con aquellos tres preceptos respecto a las víctimas. El sistema diseñado ha contribuido a la protección de los delincuentes mediante la violación de los referidos principios y garantías reconocidas tanto por ordenamientos jurídicos nacionales como por tratados internacionales sobre derechos humanos. Un sistema garante de la impunidad.

Fácil es señalar el ejercicio abusivo del poder por parte de los obispos, su incompetencia e ineptitud para tratar temas de carácter jurídico y procesal, el error en dar preeminencia a la visión de pecado sobre el delito, la complicidad de la jerarquía en

el encubrimiento, silencio y ocultamiento de los abusos y el silencio impuesto a las víctimas. Asimismo, se observa que la seguridad jurídica dentro de la institución está reducida a su mínima expresión, y en muchos aspectos, tergiversada y manipulada.

La situación, no obstante las acciones llevadas a cabo por el papa argentino, no ha cambiado.

Una institución como la Iglesia Católica, que sólo busca protegerse a sí misma, en desmedro de las personas y aun en contra de ellas, difícilmente pueda ser referente en materia de defensa de los derechos humanos.

Y la realidad de las víctimas, no miente.

¹⁰ “Tiempo prudencial”, fue lo que pidió Ratzinger cuando era Prefecto de la Congregación de la Doctrina de la Fe, para apartar del sacerdocio a un cura abusador: “*La petición llegó hasta Ratzinger, que en los años 80 era el cardenal prefecto de Congregación para la Doctrina de la Fe, quien después de calificar los hechos como “de gran significancia” estimó que había que tener también en consideración “el bien de la Iglesia Universal”.*”

“(Esta Corte) es incapaz de tomar a la ligera el perjuicio que puede provocar garantizar la dispensa (a Kiesle) en la comunidad de fieles de Cristo”, declaró Ratzinger en una carta con su firma que ha sido autenticada por el Vaticano, según la prensa de EE.UU.

Después, el entonces cardenal requirió “más tiempo” para tomar estos incidentes a una “muy cuidadosa consideración” y pidió al obispo Cummins que proveyera a Kiesle con el “mayor cuidado paternal como fuera posible” y le explicara el razonamiento del tribunal de la fe (caso del religioso Stephen Kiesle, en “La polémica por los curas abusadores de niños no encuentra un freno: más datos”, www.mdzol.com).

Litigio estratégico en el Caso Próvolo

JUAN CARLOS DANTIAcq – SERGIO SALINAS

*Dedicado a los estudiantes del Próvolo,
que día a día nos enseñan con lengua de señas
el verdadero significado de la palabra dignidad*

1. Introducción

A finales de noviembre de 2016, una joven solicitó la protección de su identidad y realizó una denuncia penal por ser víctima y testigo de múltiples golpes, malos tratos, torturas y abusos sexuales en la institución religiosa “Antonio Próvolo para niños sordos e hipoacúsicos”.

Dada la gravedad de los hechos denunciando y la situación de extrema vulnerabilidad intervenimos inmediatamente presentando un *Amicus Curiae*¹ junto a la Asocia-

¹ Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/Amicus-Curiae-Instituto-Provolo.pdf>

ción de Padres Autoconvocados de Niños, Jóvenes y Adultos con discapacidad recomendando la aplicación de las “*Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos*”², haciendo asimismo un ajuste razonable³, con la finalidad de que los testimonios fuesen tomados en Cámara Gesell⁴ con la intervención de profesionales de la salud mental e intérpretes en la lengua de señas de confianza del testigo, tanto para su realización como en la contención previa y posterior a la declaración de las víctimas.

Luego, gran parte de las víctimas y sus familiares solicitaron nuestra participación en la investigación penal como querellantes particulares. Así es que comenzamos a intervenir en el proceso judicial, tomando conocimiento directo de perversos y atroces hechos cometidos a niñas y niños, con discapacidad auditiva, de las que se aprovechaban por su absoluta imposibilidad de comunicación.

A partir de la detención de los curas **Nicola Corradi (82)**, quien era el director del instituto, y **Horacio Corbacho (56)**, los jóvenes que un primer momento comenzaron a contar lo vivido incriminando a más personas. Fue así que se detuvo al supuesto monaguillo de la institución **Jorge Bordón (50)** y a dos civiles sordos **NN (41)**⁵ y **Armando Gómez (46)**.

Con cinco detenidos y una investigación que crecía día a día en el número de víctimas, ya que los citados como testigos resultaban ser víctimas e incriminaban a más personas, en abril de 2017 se dictó un pedido de captura de la monja japonesa **Kumiko Kosaka (42)** por dos hechos de participación primaria en delitos de abuso sexual agravado y un hecho como autora del delito de corrupción de menores, quien se entregó a las autoridades un mes después en la provincia de Buenos Aires.

Posteriormente, se imputó por participación primaria en todos los delitos denunciados a **Graciela Pascual** (licenciada en trabajo social y posteriormente representante legal en Instituto Próvolo, alias “*La Jefa*”) por haber tenido una importante intervención en los hechos investigados.

Por último, se imputó por omisión a **Asunción Martínez** (monja con función en el

albergue de niños), **Cecilia Raffo** (psicóloga), **Noemí Paz** (cocinera), **Gladys Pinacca** (directora del Instituto Próvolo), **Valeska Quintana** (directora del Instituto Próvolo), **Cristina Leguiza** (directora del Instituto Próvolo) y **Laura Gaetán** (directora del Instituto Próvolo).

De las constancias judiciales surge que desde el año 2005 a 2015 concurrieron 227 estudiantes. En la actualidad se han llevado a cabo 29 cámaras gesell de las que han surgido 18 víctimas por delitos sexuales. Asimismo, cinco alumnos no pudieron dar su testimonio en cámaras gesell porque aún no pueden darse a entender o por contar con otra discapacidad que imposibilita su realización.

Además, otros de los inconvenientes que debe agregarse es que en el Instituto Próvolo no se enseñaba la lengua de señas, propio del modelo oralista, por lo que resulta difícil la identificación y localización de las estudiantes que asistieron durante esos años, puesto que, conforme con la lengua de señas, los estudiantes son identificados mediante una descripción de su personalidad o de su apariencia física⁶. Es decir, que Daniela no es Daniela, ni Carla es Carla⁷, sino que Daniela y Carla tienen un apodo en lengua de señas que no se condice con su identidad.

Al menos, al día de la entrega de este capítulo, faltan aproximadamente más de 200 personas para que declaren.

2. La acción y la omisión: responsabilidad criminal

Con el avance de la instrucción, observamos que todas las denuncias y testimonios vertidos en esta investigación penal prueban diferentes tipos de responsabilidades penales: participaciones criminales *activas* y otras tantas, *omisivas*.

El comportamiento de los primeros detenidos tuvo como centro de imputación la realización (acción) de delitos de índoles sexuales.

Inmediatamente comenzó a surgir que no sólo existía la acción delictiva sino, también, la omisión delictiva por aquellos que no hicieron lo que legalmente se exige hacer ante evidentes alarmas frente a niños, niñas y jóvenes con discapacidad que fueron víctimas de delitos sexuales.

De este modo surgió la responsabilidad penal de los otros nueve imputados, conforme a la función profesional que cada uno de ellos tenía en la *Institución*, el conocimiento de los delitos, la falta de denuncia, entre las más variadas responsabilidades, por garantizar la impunidad de los autores, el facilitamiento y la ejecución de delitos propios y ajenos.

⁶ La comunidad sorda puede identificar a las personas por sus nombres impuestos desde nacimiento. Sin embargo, su inmediata comunicación en señas asigna un apodo que no necesariamente es coincidente con su nombre real. Esa dificultad es la primera barrera que tuvimos que superar para poder identificar a los estudiantes. Realidad que aún la estamos construyendo gracias a las redes sociales y las fotos de las personas reconocibles por ellos después de mucho tiempo.

⁷ Por razones de intimidad de las víctimas los nombres Daniela y Carla no son reales, han sido usados para explicar esta problemática.

² Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf

³ Allí quisimos enarbolar la bandera de los derechos de las personas con discapacidad ante situaciones adversas que surgían de la investigación penal preparatoria. Así fue que se solicitó un *ajuste razonable* tal como lo ordena la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas: art. 2 “*ajustes razonables*” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Finalizando en su art. 5 que “*A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables*”.

⁴ La cámara de Gesell es una habitación acondicionada que permite observar un testimonio sin perturbar la intimidad del declarante o que la presencia de una persona extraña le cause alteraciones a su deposición. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de las declaraciones. Se utiliza principalmente en casos de abuso sexual a niños y niñas.

⁵ No se coloca el nombre debido a una orden judicial que impide nombrarlo por ser una persona con discapacidad.

La imputación de esta participación criminal por omisión demuestra que todos ellos pudieron haber accionado (reaccionado) ante estos delitos y así haberlos evitado pero no lo hicieron (omitieron). Existe, entre otras pruebas objetivas, actas o expedientes administrativos y judiciales de la existencia de estudiantes víctimas, que denunciaron algunos de estos hechos con anterioridad a la denuncia que dio origen a la presente investigación, que fueron ocultados en el seno del Instituto Próvolo.

Así, pudimos comprobar que en año 2006 se realizó una denuncia por abuso sexual ante el Ministerio Público Fiscal que dio origen al expediente N° P-97.366/06, y en el año 2008 otra denuncia que dio origen al expediente N° P-95.687/08; ninguna tenía movimientos tendientes al descubrimiento de los denunciados conforme con lo que indica la ley y los protocolos ante la casos de abusos sexuales.

De igual modo, existe un expediente del año 2006 en la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF) alertando sobre la conducta desplegada por la trabajadora social Graciela Pascual, embarazos de alumnas y libros oficiales que no daban cuenta de la realidad vivida en esa Institución.

Del material secuestrado surgen denuncias contra curas integrantes del *Próvolo* acusados de abusos sexuales en la ciudad de La Plata, canciones de seminaristas con contenido sexual; faxes que refieren conductas contrarias a la educación de menores por el uso de pornografía en sus computadoras, todo ello con conocimiento de las autoridades eclesásticas.

También se secuestró en los allanamientos pastillas anticonceptivas; cadenas y negativos de fotos encontrados en un altillo identificado como un lugar de abuso de los niños; pañales; ropa interior femenina con semen, entre otros elementos que resultan esenciales para demostrar la responsabilidad de aquellos que garantizaron la impunidad de los autores.

3. El rol de la Iglesia Católica Apostólica Romana en Mendoza. Confusión y silencio

Cuando los aberrantes hechos ocurridos en el Instituto Próvolo tomaron conocimiento público, inmediatamente las miradas se posaron sobre la Iglesia Católica en general y el Arzobispado de Mendoza en particular.

Uno de los primeros en reaccionar fue el Senador Julio Cobos, quien solicitó un informe al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto sobre los antecedentes del cura imputado Nicola Corradi, año que ingresó al país y el motivo por el cual había sido trasladado a esta parte del mundo por la Santa Sede⁸. Mientras tanto, el Ministerio Público Fiscal ofició a la Santa Sede para corroborar esta información, la que al día de hoy no ha sido proporcionada.

Aun así, y en ese orden de ideas, se tomó conocimiento de que Nicola Corradi había sido denunciado por delitos sexuales en la ciudad de Verona, Italia, siendo posteriormente trasladado a nuestro país en el año 1984 donde desarrolló su actividad religiosa

en el Instituto Antonio Próvolo de la ciudad de La Plata, hasta el año 1997 en que se asentó en nuestra provincia para inaugurar la sede mendocina de dicho Instituto⁹.

Por ello es que numerosas víctimas de abusos sexuales en la institución de Verona, y en particular de Nicola Corradi, celebraron la orden de detención entendiendo que era la primera vez que alguna autoridad daba lugar a sus pedidos de justicia. Por tal motivo comenzaron a enviar información importante que daba cuenta que desde el año 2014 le hicieron saber al Papa Francisco cartas y videos denunciando que quién había sido su victimario se encontraba en nuestro país, todo ello por medio de la Red de Sobrevivientes de Abuso Sexual Eclesiástico¹⁰.

Sin embargo, aun con tanto conocimiento, entrado el mes de diciembre del 2016, distintos legisladores provinciales solicitaron un pedido de informe al Arzobispado de Mendoza con una invitación personal al Arzobispo para que concurriera a la Legislatura. Al no apersonarse a la casa de las leyes, en un hecho inédito y sin precedentes, fueron los legisladores los que se trasladaron hasta las oficinas del Arzobispo, consagrando un privilegio en favor del clero y una subordinación del Estado Provincial a la Iglesia Católica Apostólica Romana¹¹, sin obtener información alguna que se haya aportado a la investigación penal.

Tiempo después, a mediados de mayo de este año cuando la investigación penal ya había cumplido 6 meses, arribó a nuestra provincia desde Córdoba nombrado por el Vaticano, según sus dichos, el vicario judicial Dante Simón, quien mantuvo reuniones privadas con el Procurador General Alejandro Gullé y el Fiscal Gustavo Stroppiana, con el objeto de poder ingresar al Instituto Próvolo como así también tener acceso al expediente para realizar una investigación interna que supuestamente se le había encomendado¹².

Fue así que el Ministerio Público Fiscal permitió que el clero tomara conocimiento del expediente judicial que contenía información de alta sensibilidad, dado que retiraron copias del primer cuerpo de dicho expediente con 250 hojas. Ante esto, los abogados representantes de las víctimas se opusieron desde un principio a la resolución que autorizaba el acceso al expediente, fundamentando tal oposición en la necesidad que se resguarden los datos personales de los niñas, niños y jóvenes víctimas, y en el riesgo de entorpecimiento en la investigación, como lo sugiere el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño a fin de evitar impunidad y revictimización:

9 Ver específicamente el minuto 2:58 en <https://www.youtube.com/watch?v=5rhnBb3Y8Ww&feature=youtu.be>

10 Ver: <https://www.infobae.com/sociedad/2017/01/12/denuncian-que-el-papa-francisco-sabia-de-los-abusos-del-cura-corradi-desde-2014/>

11 Ver: <https://www.laizquierdadiario.com/El-arzobispo-de-Mendoza-no-va-a-la-legislatura-y-solo-dara-respuestas-si-los-senadores-van-a-su-oficina>; <http://www.losandes.com.ar/article/diputados-fueron-al-arzobispado-y-crece-el-escandalo-del-provolo-mas-denuncias-de-advertencia-al-vaticano>

12 Aclaremos que la duda que mantenemos de las funciones encomendadas se funda en la falta de probanzas sobre las designaciones eclesásticas aludidas. Ver <https://www.diariouno.com.ar/policiales/a-la-iglesia-lo-unico-que-le-importa-es-como-siempre-proteger-los-curas-20170404-n1370151.html> y en

8 Ver: <https://www.diariouno.com.ar/policiales/el-arzobispado-era-responsable-los-sacerdotes-del-instituto-provolo-20161209-n1299029.html>

“El Comité está seriamente preocupado porque la Santa Sede no ha reconocido el alcance de los delitos cometidos, ni adoptado las medidas necesarias para abordar los casos de abusos sexuales de niños y protegerlos, y porque ha adoptado, en cambio, políticas y prácticas que han permitido la continuación de dichos abusos por clérigos y la impunidad de los perpetradores. En particular preocupa al Comité que: a) Personas que, era bien sabido, abusaron sexualmente de niños hayan sido transferidas de una parroquia a otra, o a otros países, con la intención por la Iglesia de encubrir estos delitos. Esta práctica ha sido documentada por numerosas comisiones de investigación nacionales. La práctica de la movilidad de los autores del delito ha permitido a muchos sacerdotes permanecer en contacto con niños y seguir cometiendo abusos de estos, lo cual pone a los niños de muchos países en alto riesgo de abuso sexual por clérigos. Se tiene conocimiento de que decenas de personas que abusaron sexualmente de niños siguen en contacto con estos (...)”¹³.

Ahora bien, todo fue llevado a cabo en un contexto de queja por parte de Vicario Judicial eclesialístico de la necesidad de información sobre datos de las víctimas y sus denuncias, poniendo en duda sus relatos y denostando la labor de protección que llevan a cabo los abogados querellantes particulares en representación de las víctimas, que éramos los únicos que poníamos un límite a su invasión¹⁴.

Finalmente, se solicitó la testimonial del clero Dante Simón ante la Fiscalía la que no aportó información alguna de la supuesta investigación que estaba realizando por no estar autorizado por la Santa Sede e incumpliendo –hasta el día de la fecha– una orden del Fiscal de entregar los papeles que tenga en su poder al respecto. Así las cosas, y después de que el Fiscal le entregó en mano la orden escrita que le requería la información recabada hasta ese momento, Simón llamó a una conferencia de prensa aclarando que no iban a otorgar la información solicitada¹⁵ porque así lo autorizaba el concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado Argentino en el año 1966 bajo el gobierno de

facto de Juan Carlos Onganía.

Esta postura reticente a colaborar con la Justicia implicó una condena de nuestra Suprema Corte de Justicia de Mendoza al Arzobispado de Mendoza, por entender que dicho concordato se encuentra por debajo de los tratados internacionales de derechos humanos y que la institución de la Iglesia Católica es una *persona pública no estatal obligada a dar información y colaborar*¹⁶.

En el mismo orden de ideas, y a días de finalizar el mes de julio, se conoció la noticia que el Vaticano designó al sacerdote Alberto Bochaty como obispo comisario e interventor *“para todas las comunidades y sodales de la Compañía de María para la Educación de Sordomudos”*, compañía de la que depende la orden Antonio Próvolo.

El mismo Bochaty hizo declaraciones a la prensa donde asegura que su nombramiento se debe a que el informe que hicieran meses anteriores los sacerdotes Dante Simón y Juan Martínez ya había sido entregado a la Santa Sede, lo que vuelve a dejar en evidencia los privilegios de la Iglesia Católica ante la justicia provincial, desoyendo un requerimiento del Fiscal.

Pese a lo sucedido, Bochaty expresó que *“Acá hay que buscar la verdad, no el show ni el impacto, ni los intereses de algunos grupos. Simplemente la verdad. La Justicia tiene que moverse con toda la libertad para poder condenar a quien tenga que condenar, y sobreseer a quien tenga que sobreseer”*, agregando cuando se le consultó por las víctimas *“...que son la primera preocupación, nos preocupa también que no se generen nuevas víctimas. Me refiero a nuevas víctimas de violaciones o de injusticias por abuso de poder, como pueden ser las familias que se quedan sin trabajo o los padres que se quedan sin escuela”*¹⁷.

En un intento de explicar en qué consistía el trabajo por el cual había sido designado volvió a cargar contra los representantes de las víctimas explicando *“Voy a tener que estar yendo y viniendo constantemente, y ver también si puedo encontrarme con las víctimas, si nos dejan. Porque todavía no nos permiten y no sabemos quiénes son. A nivel Iglesia estamos avanzando con mucho esfuerzo, porque la parte querellante no ha hecho ninguna denuncia en la Iglesia”*¹⁸.

A partir de esta declaración, presentamos ante el Arzobispado de Mendoza una carta solicitando una reunión con Alberto Bochaty para poder generar una mesa de trabajo, donde el intercambio de información le sirva tanto a ellos en su investigación interna como a la investigación penal, remarcando que cualquier reunión con las víctimas debía serlo con sus representantes legales con el objeto de evitar cualquier tipo de revictimización. La contestación llegó días después expresando que pasáramos a retirar la petición ya que ellos no pueden gestionar dicho pedido toda vez que el Comisario apostólico reside en la ciudad de La Plata, aportando su contacto para poder solicitar

13 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Santa Sede, 25 de febrero de 2014, párr. 43.

14 Dichos de Dante Simón en una nota del diario Mendoza Post, del día 17/05/15, titulada “Hay chicos que se enamoran de los curas”: *“La querella ¿hasta qué punto está trabajando por el bien de las víctimas o por su orgullo? Yo podría escuchar a los padres, los padres podrían aportar pericias. No hay que interferir, al menos.”* Y agregó: *“En definitiva, ¿qué estamos haciendo con todo esto? Retrasándole la justicia a las víctimas. Yo me pongo en el lugar de una víctima. Con toda esa información, yo ya podría haber elaborado un informe y con eso la Iglesia hubiese hablado. Hubiese sido un consuelo para las víctimas y sus padres.”* Haciendo referencia a su experiencia en las investigaciones que llevan a cabo sobre abusos sexuales eclesialísticos manifestó: *“también hay personas desechadas. Por ejemplo, una chica, un muchacho... se enamora de un sacerdote, y éste no le responde. Tan desechado puede ser el varón como la mujer. Entonces, lo denuncian. Y como hay que intervenir de oficio, ante la denuncia, hay que intervenir. Entonces muchas causas son desestimadas. La querella dice “los hechos han sucedido y ya están condenados”. ¡Está en la Fiscalía! No ha dicho el juez que son culpables. Disponible en: <http://www.mendozaapost.com/nota/62978-hay-chicos-que-se-enamoran-de-los-curas>*

15 Ver <http://www.lanacion.com.ar/2026872-caso-provolo-malestar-por-la-negativa-de-la-iglesia-a-revelar-detalles>; <https://www.diariouno.com.ar/mendoza/provolo-la-iglesia-no-informara-la-justicia-20170520-n1400113.html>

16 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera. CUIJ: 13-02123513-4((012174-11265101)) 86326/50265. “I.R. C/ Arzobispado de Mendoza p/ Daños y perjuicios por Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad y Casación”, -, foja: 223.

17 Ver: <http://www.losandes.com.ar/article/alberto-bochaty-deberia-revisarse-la-decision-de-cerrar-de-un-plumazo-el-provolo>

18 Ver: <http://losandes.com.ar/article/view?slug=provolo-uno-de-los-imputados-pidio-el-embargo-del-instituto>

dicha reunión directamente a su dirección de correo electrónico.

A modo de verificar y dejar asentado el intento de tener un acercamiento a los representantes de la Iglesia para lograr una colaboración mutua es que se envió ese pedido por medio de correo electrónico al Sr. Bochaty. Recientemente recibimos la contestación en la que el Obispo manifiesta que no tenía información alguna, dado que esta se encuentra en la Congregación para la Doctrina de la Fe en el Vaticano y que no tenía autorización para dar “copias”, dejando vacía cualquier tipo de reunión posible que conllevara a colaborar con la investigación y con las víctimas.

De este modo, queda claro, por sus manifestaciones públicas, que la medida de su interés radicaba en un fuerte reclamo por la devolución del inmueble del instituto Antonio Próvolo¹⁹ y no en colaborar con la investigación penal y reparar adecuadamente a las víctimas, coincidente con lo señalado anteriormente por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

4. El delito de tortura²⁰

El modo en el que se desarrollaban los abusos, conforme a la prueba recolectada, los autores elegían a niñas o niños sordos de padres oyentes que vivían en pueblos o zonas rurales alejados del Próvolo, a quienes medían su vulnerabilidad a través de golpes, que en muchos casos resultaban claramente lesionados.

Algunas víctimas, señalan violentas formas de castigo, tales como: ser levantados de sus camas de noche y llevarlo al patio en pleno invierno, donde se los dejaba hasta el amanecer solo con su ropa de dormir, o en otros caso, mencionan ser encerrados en el altílo sin luz ni comida por días hasta que se desmayaban, donde algunos eran encadenados y se los golpeaba hasta perder la conciencia, para cuando despertaban ser abusados en forma reiterada.

Con estos relatos y conforme con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), consideramos que estamos ante no sólo delitos contra la integridad sexual, sino también ante el delito de tortura.

Decimos esto porque numerosos hechos de abusos han sido catalogados por la Corte IDH como torturas en la medida que ambos tipos de delitos tienen una misma estructura: i) *intencionalidad*; ii) *causación de severos sufrimientos físicos o mentales*, y iii) *fi-*

*nalidad o propósito*²¹. Esto ha llevado que este tribunal internacional considere que “*para calificar una violación sexual como tortura deberá atenderse a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, tomando en consideración las circunstancias específicas de cada caso*”²².

En cuanto a la intencionalidad en la tortura, el autor debe actuar con *dolo* de producir un sufrimiento de gravedad suficiente, sin requerirle ninguna otra intención, aunque unido a un abuso sexual de carácter impúdico, de naturaleza ofensiva para la víctima.²³

En tanto que al segundo punto, el abuso sexual se convierte en tortuoso cuando la víctima experimenta un grave sufrimiento físico o mental, toda vez que la Corte IDH ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño dejando a la víctima “*humillada física y emocionalmente*”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas.²⁴

Respecto a la finalidad o propósito, los instrumentos internacionales enumeran algunos fines posibles que guían al autor de la tortura sea *intimidando, degradando, humillando, castigando o controlando a la persona que lo sufre* enmarcado en circunstancias específicas que debemos tener en cuenta para concluir si estamos frente a una situación de tortura, tales como: la *duración*, el *método* utilizado o el *modo* en que fueron infligidos los padecimientos, los *efectos físicos y mentales* que éstos pueden causar, así como *las condiciones de la persona* que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la *edad*, el *sexo*, el *estado de salud*, *contexto*, *vulnerabilidad* entre otras circunstancias personales²⁵.

Es decir, las características personales de una víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos²⁶. Por ello es que no podemos alejarnos de la situación y características de la víctima, del agresor sexual, del contexto, del modo empleado y todas las circunstancias que rodearon el hecho de la agresión sexual, ya que serán estas las que finalmente llevarán a concluir que estamos frente a una situación de tortura.

Finalmente, en cuanto al victimario, puede serlo cualquier persona, no siendo necesario ninguna calidad especial en él, lo que no obsta a que puede causarle más im-

19 En esa línea Bochaty declaró: “*Estamos esperando que la Justicia civil y penal se comporten a la altura de lo que es una verdadera justicia. Sucede que mantienen embargados nuestros bienes sin ninguna razón conocida y han cerrado una escuela que funcionaba perfecto. Generalmente en estos casos corresponde meter presos a los delinquentes o sospechosos, hacer un cierre temporal, investigar si hay pruebas, hacer allanamientos y todas las medidas que asisten a la Justicia. Pero cerrar de un plumazo un colegio dejando en la calle a las familias, a 52 docentes y a los chicos que quieren volver a la escuela; y el hecho de que no haya una respuesta desde febrero hasta la fecha, es una medida que habría que revisar. Es decir, hay 5 o 6 personas denunciadas, pero hay docentes, hay 80 familias y es una escuela que el mismo Gobierno la ha calificado como de excelencia en el país. Y ahora por una presión pública o por lo que sea, la cierran. Lo que es aberrante, lo que es delincuencia, se debe investigar hasta el final. Pero cerrar todo un colegio es una situación muy particular*”.

20 Trabajo jurídico sobre el delito de abuso sexual y tortura a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos a cargo de Juan Manuel Lavado.

21 Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Párr. 79.

22 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Párr. 165.

23 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 115.

24 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Párr. 132. También en el mismo sentido: Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Párr. 132.

25 Corte IDH. “Caso Fernández Ortega y otros”, ídem, párr.122.

26 Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (párrafo 362).

pacto o daño emocional a la víctima si se trata de una persona que tiene por ejemplo una función social, como la de ser funcionario público, agente de alguna fuerza de seguridad, *ministro de algún culto religioso*, etc.

Así las cosas ante estos gravísimos delitos perpetrados a personas altamente vulnerables, menores de edad, personas con discapacidad, en muchos casos mujeres y algunos albergados, cometidos por curas, monjas, trabajadores sociales, directivos, profesionales de la salud mental, cuidadores, entre otros, según surge de la investigación penal, estaríamos no sólo ante víctimas de abusos sexuales sino también de torturas.

5. El Estado ausente: un año sin asistencia integral a las víctimas

Desde los primeros días de la investigación, solicitamos al Ministerio Público Fiscal y a la Jueza de Garantías, que ordenaran al Poder Ejecutivo provincial la debida e integral atención de todas las víctimas y sus familias. Sin embargo, los cuidados y asistencias no sólo no llegaron a tiempo sino que cuando llegaron se hicieron en forma precaria. Ejemplo de ello es que pretendieron comunicarse con la comunidad sorda sin intérpretes.

Aun así, las respuestas oficiales fueron de ataque a quienes reclamábamos por todos los medios la necesidad de contar con una asistencia integral y eficaz, que evitar la revictimización de los estudiantes²⁷. Así en diciembre de 2016 y mayo de 2017, en sendas notas publicadas en un medio de prensa local, la ex senadora provincial, ex ministra de salud y bienestar social provincial y actual diputada nacional, Claudia Najul, expresó que el Estado actuó desde el primer momento “en el seguimiento y protección de la integridad psicológica de los chicos y sus familias” calificando a Xumek de ejercer un oportunismo político utilizando a las víctimas²⁸ en detrimento del accionar del gobierno provincial. Sin embargo, 11 meses después de la denuncia, públicamente un funcionario del área de salud mental reconoció las falencias en la asistencia²⁹.

27 Nota del día 10 de octubre de 2017 Disponible en <http://losandes.com.ar/article/view?slug=caso-provolo-cruce-por-la-atencion-de-las-victimas> “Nosotros hemos articulado con la Defensoría de Personas con Discapacidad, con el Fiscal y con los abogados de las víctimas. Ellos nos van derivando a las personas a raíz de las denuncias, y saben cómo estamos trabajando. Hay 3 psicólogos, pero solamente para asistir a las personas cuando van a declarar y está siempre al pie del cañón desde el primer momento. Pero además hay una red de contención, con intérpretes y profesionales que trabajan de forma integral” (el resaltado nos pertenece).

28 En calidad de presidenta del Bloque Radical del Honorable Senado de la provincia de Mendoza <http://www.mdzol.com/opinion/708133-ante-los-abusos-hay-un-estado-activo-y-tambien-oportunismo-politico/> y ya Ministra de Salud provincial en <http://www.mdzol.com/opinion/735686-abusos-en-el-provolo-ante-la-tragedia-responsabilidad/>

29 9 de octubre de 2017. Disponible en <http://losandes.com.ar/article/provolo-luego-de-la-muerte-de-una-ex-alumna-las-victimas-hicieron-un-energico-reclamo> “En ese momento, uno de los profesionales de Salud mental -identificado como Jorge Ortiz- pidió la palabra e intentó defender su proceder. “Hace un mes hemos empezado a trabajar, junto a la defensoría de Personas con Discapacidad, y hemos acompañado en equipo a las víctimas y familiares durante las audiencias, Estos encuentros nos sirven para corroborar quienes están recibiendo atención. Entiendo que todo lo que podemos hacer puede parecer poco, pero estamos intentando mejorar. Y hemos estado acá”, destacó

Esta lamentable ausencia estatal provocó que las víctimas y sus familias, sin intermediario alguno, le contestaran categóricamente³⁰ a funcionarios públicos que pretendieron justificar su labor *de tan solo un mes ante casi un año de necesidad*, mostrándoles a gritos el pedido de ayuda ante el Fiscal Stroppiana y los medios de comunicación locales que se encontraban reunidos en el hall central del edificio de tribunales.

Esta desprotección se puso de manifiesto ante las autoridades judiciales, pero dada la falta de acatamiento a las orden judiciales, se conformó un Colectivo integrado por distintas organizaciones, tales como Xumek, La Colectiva, Red de sobrevivientes de abusos sexuales eclesíásticos de Argentina, Padres Autoconvocados de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, Asociación Incluir, Apapachar, Irrompibles Mendoza, Biblioteca popular inclusiva PalAbrazo, contando también con las adhesiones de la Asociación de sordos de Mendoza y el Movimiento de sordos de Mendoza, con el objeto de seguir reclamando y abordando desde la sociedad civil las necesidades de las víctimas y sus familias que no son satisfechas por el Estado. Así, a la fecha y en virtud de dos denuncias penales en contra de los funcionarios que no cumplieron con sus deberes de asistencia³¹, ha comenzado un intento de asistencia integral de tan solo dos semanas de actividad, dejando al descubierto la ausencia de acompañamiento en las declaraciones, la falta de transporte para personas con discapacidad que no pueden acceder a la zona tribunalaria por sí solas, la falta de contención psicológica en forma posterior a las declaraciones, tanto a ellas como a sus familias, y fundamentalmente la falta de intérpretes de lengua de señas, entre otras³².

Los ataques del Estado no sólo fueron dirigidos a nuestra organización, sino que incluso alcanzaron a los familiares de las víctimas. En este sentido, el Gobernador Alfredo Cornejo expresó que las familias de las víctimas eran las responsables de estos delitos sexuales, justificando que toda esta investigación penal escondía intereses económicos de las víctimas o de sus abogados³³. La respuesta de las familias fue contundente.

Ortiz.

30 Nota del día 9 de octubre de 2017. Disponible en <http://losandes.com.ar/article/provolo-luego-de-la-muerte-de-una-ex-alumna-las-victimas-hicieron-un-energico-reclamo> “en ese momento los denunciantes interrumpieron sus explicaciones aplaudiendo disconformes con lo que estaba diciendo el especialista. “Ustedes no asistieron a esta chica. Fueron al velorio recién el día después, pero no estuvieron allí. Le pedimos por favor que no mienta”, lo cruzó Paola González, madre de otra de las víctimas a un psicólogo de la Dirección de Salud Mental.

Nota del día 09 de octubre de 2017. Disponible en <http://www.universidad.com.ar/provolo-los-hechos-ocurrieron-las-victimas-no-mienten> “Desde la Dirección de Salud Mental, a través de un psicólogo funcionario público se explicó que desde hace un mes están en contacto con los denunciantes y los abogados querellantes para brindarles asistencia. Las víctimas y sus familias lo dejaron hablar, pero ni bien terminó aseguraron que no existe un acompañamiento por parte del Estado y que la muestra más triste de esta realidad fue que para velar a la joven que murió, debieron pedir ayuda a la comuna.”

31 Se reserva el nombre por razones de intimidad.

32 Prueba de ello son las constancias y presentaciones ante el Fiscal Stroppiana en la investigación penal a su cargo.

33 “Hay un relato que le hace cargo a todo del Estado, dejando al individuo en un papel de mero pasivo, ¿no?. Es decir, los abusos sexuales, los abusos de niños y demás, tienen un componente familiar muy grande. No pondría nunca el Estado estar dentro de la familia previniendo eso y demás. Es un problema cultural muy profundo que vamos a cambiar en décadas de trabajo cultural distinto, penalizando ese abuso y por supuesto

dente ante tal provocación de la máxima autoridad política de Mendoza³⁴.

6. Anteproyecto de Ley de Derechos y Garantías para las Personas Víctimas de Delitos y sus Familiares

Fue a raíz de todo este abordaje tan complejo que fuimos canalizando el desarrollo de un anteproyecto de ley que tiene por finalidad el fortalecimiento de los derechos de las víctimas en el marco de un tratamiento digno.

El 24 de octubre pasado presentamos a la vicegobernadora de Mendoza, Lic. Laura Montero, un Anteproyecto de Ley de Derechos y Garantías para las Personas Víctimas de Delitos y sus Familiares, que fuera confeccionado en los meses de agosto y septiembre de 2017 por los abogados de Xumek, María Mercedes Duberti y Gonzalo Evangelista.

Ello se llevó a cabo ante la deficiente legislación provincial para satisfacer en forma adecuada las necesidades de las personas que sufren las consecuencias de delitos, tanto porque frecuentemente se posterga a las víctimas o no se aborda su problemática de manera amplia, brindando una contención integral, particularmente a aquellas que pertenecen a grupos vulnerabilizados.

Desde Xumek hemos sido testigos directos de la ausencia del Estado en protección de las víctimas y sus familiares en el presente caso, como en la triste muerte de Viviana

dando normas de convivencia, de conducta, y penalizaciones, insisto, para que eso sea mal visto, ¿no?, es decir, al interior de las familias. Entonces, no se le puede hacer cargo al Estado. Yo siempre cuando veo eso, ahora van contra las maestras de esa escuela. Me parece injusto, ... me parece injusto, ... porque las maestras probablemente, si alguna sabía, probablemente lo dijo, habló con la familia, probablemente no, pero lo sabía o lo intuía, no lo podía verificar porque no vivía con ellos. Entonces, yo veo detrás todo un montaje de abogados que quieren ir sobre el Estado, porque al Estado le pueden cobrar, ¿no?. Entonces, y la plata del Estado no es de este Gobernador, la plata del Estado es de todas las personas que nos están mirando, es de los contribuyentes que pagan sus impuestos. Hay muchos abogados buscando tratar de ir sobre el Estado en cada uno de estos casos, en el caso de los abusos sexuales, en el caso del Próvolo. Al principio se hacen los sensibles y aparecen como muy buenas personas, y después en realidad lo que se busca es hacerle juicio al Estado para cobrarle al Estado. Porque el Estado finalmente paga, puede ser tarde, pero termina pagando, hay que tener mucho cuidado en el tratamiento de estos temas". Ver por todo en Declaraciones del Gobernador del Mendoza sobre los Casos Próvolo y Florencia Di Marco <https://youtu.be/a57KNx3mAMY> del 12 de abril de 2017 o en <http://www.laizquierdadiario.com/Instituto-Provolo-Por-que-los-abusos-sexuales-si-son-un-problema-de-Estado>

34 Madre Cintia Martínez: "Me parece una total ofensa a las familias, porque las está culpando a las familias, insinuando que nosotros le queremos quitarle plata al Estado: yo le pregunto al Señor Gobernador si él tiene algún familiar, algún niño que fue abusado en el Próvolo y si sabe lo que se siente una madre saber que abusan de su hijo."; Madre Paola González: "Increíble que nuestro Gobernador se refiera a nosotros como que fuimos los culpables. Si nosotros hubiésemos sabido, por supuesto, el primer acto es sacar al chico y después hacer la denuncia. hubiéramos gritado a los cuatro vientos. Si el Estado gasta tanto, en curso de capacitación para docentes para que los docentes sigan el protocolo, el protocolo es denunciar."; Madre Cecilia Fernández: "La última declaración de la nena de 5 años que fue abusada y fue puesta con pañales. Presenció toda la clase parada esa criaturita. no era un motivo de alarma para la maestra. Y necesitamos explicaciones nadie acusa a nadie porque quien tiene que pagar lo va a pagar porque se que tarde o temprano se va a descubrir como se está descubriendo de a poco". Ver por todo en <https://www.elnueve.com/ca-so-provolo-los-padres-criticaron-las-declaraciones-de-cornejo>

Espina, madre de Lucas Carrasco, víctima de violencia institucional.

Por ello, entendemos necesario contar con una normativa que brinde diversas herramientas procesales y de otra índole para potenciar su rol dentro del proceso penal y en la sociedad.

Este anteproyecto toma la parte sustancial de la Ley Nacional N° 27.372 de Derechos y Garantías de Personas Víctimas de Delitos, sancionada por el Congreso de la Nación en el mes de julio del presente año, e introduce las modificaciones necesarias en el Código Procesal Penal de Mendoza y en la Ley Provincial N° 7841 regulatoria de un sistema de asistencias públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos violentos.

Consideramos que el protagonismo de la víctima de un delito no puede resumirse en la posibilidad de emitir su opinión respecto de las medidas de coerción que recaigan sobre la persona imputada ni sobre la ejecución de la condena, sino que su rol debe ir más allá de la posibilidad de participar obligadamente del proceso, y debe incluir la contención interdisciplinaria y económica por parte del Estado.

Las demandas de víctimas y familiares demuestran que se debe modificar la legislación vigente que permita darle un abordaje adecuado a esta problemática, brindando nuevas herramientas y una atención eficaz.

7. Conclusión

A un año del comienzo de la investigación penal, podemos asegurar que estamos ante hechos tan aberrantes, solo equiparables a los ocurridos en la última dictadura cívico-militar argentina.

Frente a tanta prueba por llevarse a cabo esperamos la pronta realización del juicio oral contra los primeros imputados. Aun así, todas las nuevas denuncias que han ido surgiendo deben seguir investigándose a fin de lograr justicia por medio de una condena adecuada de todos los autores.

Finalmente, exigimos una respuesta institucional de la Iglesia Católica Apostólica Romana como la continuidad en la asistencia integral a las víctimas.

**DERECHOS HUMANOS Y SERVICIOS
PÚBLICOS**

Servicios públicos energéticos. Una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos a la luz del fallo Cepis.

MARTÍN SEVILLA - GISELA LAMBERTI - FERNANDO GOYENECHÉ¹

El aumento generalizado, intempestivo y desproporcionado de las tarifas de los servicios públicos llevado adelante por el Gobierno Nacional a partir de 2016 ha traído como consecuencia la vulneración de derechos custodiados por el Corpus Iuris Interamericano, en particular, en materia de acceso a los servicios públicos energéticos, con el consecuente aumento de los niveles de pobreza energética en nuestro país y en nuestra provincia.

La falta de acceso al suministro de energía es un obstáculo para el desarrollo humano y económico, principalmente de niños, adultos mayores y mujeres. Es un indicador de equidad social y por ende de pobreza, intrínsecamente vinculado al fortalecimiento de los derechos humanos y la democracia.

Dada la importancia que tiene el acceso a la energía, en el año 2015, los Estados Miembros de la ONU aprobaron la “Agenda Global de Desarrollo Sostenible”, en la cual se fijaron objetivos y metas a alcanzar para el año 2030 en distintas problemáticas que abarcan las esferas económica, social y ambiental, con el propósito de “(...) erradicar el

¹ Miembros de la Asociación CONSUMIDORES MENDOCINOS.

*hambre y lograr la seguridad alimentaria; garantizar una vida sana y una educación de calidad; lograr la igualdad de género; asegurar el acceso al agua y la energía sustentable; promover el crecimiento económico sostenido; adoptar medidas urgentes contra el cambio climático; promover la paz; facilitar el acceso a la justicia y fortalecer una alianza mundial para el desarrollo sostenible”.*²

A los fines del presente trabajo detallamos sólo el objetivo N° 7, de los 17 existentes, y su correspondiente meta concerniente al acceso a la energía:

*Objetivo N° 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. Meta: De aquí a 2030, garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.*³

El fallo CEPIS constituye una bisagra en materia de servicios públicos dada la aplicación concreta efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) al caso traído a su conocimiento y sus consecuencias, especialmente al sumergirnos en el extenso y protectorio marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, pretendemos con humildad, ofrecer algunas consideraciones y propuestas que colaboren a la efectiva realización de los derechos humanos en materia de servicios públicos energéticos en la República Argentina y en la Provincia de Mendoza.

1. El fallo “Cepis”

El 18 de Agosto de 2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería de la Nación p/ amparo colectivo”⁴ que ya es considerado un hito en materia de servicios públicos y en particular del servicio de gas natural.

El Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional y ley n° 16.986) contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por la aplicación de un nuevo cuadro tarifario del servicio de gas. En efecto, mediante la Resolución 28/2016 de ese Ministerio se había modificado el primer componente de la tarifa, esto es, el precio del gas (art. 37, inc. a, ley n° 24.076 de Gas Natural). El amparo pretendía que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y que, en forma cautelar, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía, se suspendiese la aplicación del nuevo cuadro tarifario. Con posterioridad al inicio del juicio, la Asociación Consumidores Argentinos, cuestionó también la Resolución 31/2016 que había modificado los restantes componentes de la tarifa, esto es, la tarifa de transporte y la tarifa de distribución.

² Disponible en: <http://www.onu.org.ar/agenda-post-2015/>

³ Disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/>

⁴ Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-22759-Tarifa-de-gas--por-unanimidad--la-Corte-anul--el-aumento-respecto-de-los-usuarios-residenciales.html>

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por no haber sido precedidas de la celebración de la audiencia pública que exigen el artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.076 de Gas Natural. La Cámara ordenó que el marco tarifario del servicio de gas se retrotrajera a las tarifas vigentes con anterioridad al dictado de las resoluciones impugnadas. Contra ese pronunciamiento, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido.

En su dictamen de fecha 17 de agosto de 2016, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que se debía rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de la Cámara Federal. Entre otras cuestiones, señaló que el análisis de las medidas que habían dispuesto un aumento significativo de las tarifas de gas requería considerar su eventual impacto en el derecho que tienen todas las personas a un nivel de vida adecuado, que incluye a su vez el derecho a una vivienda adecuada y asequible. En esa línea, concluyó que una medida que restringe el acceso al servicio de gas puede redundar en una afectación al derecho a la vivienda digna⁵. El 18 de agosto de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó parcialmente la sentencia recurrida en cuanto a la nulidad de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016, circunscribiendo la decisión al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural.

2. Estándares del fallo

El histórico fallo posee en sus aspectos medulares la necesidad de observar el procedimiento de audiencia pública para modificar el cuadro tarifario (incluyendo el precio del gas en PIST), que se desprende del artículo 42 de la CN, y la delimitación de los contornos del proceso colectivo. El abordaje de estos aspectos excede la naturaleza del presente trabajo.

No obstante, la Corte también se expidió sobre numerosos aspectos vinculados a la tarifa de los servicios públicos que son imposibles de soslayar:

- Distribución de competencias entre los distintos poderes: La potestad tarifaria es una atribución propia del Poder Ejecutivo, sujeto al control de razonabilidad del Poder Judicial; al Congreso de la Nación le compete la potestad de fijar políticas tributarias en el orden federal y dictar los marcos regulatorios de su competencia.

- Criterios rectores de la tarifa: “Certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad, es decir una relación directa, real y sustancial entre los medios empleados y los fines que cumplir, evitando que tales decisiones impongan restricciones arbitrarias y desproporcionadas a los derechos de los usuarios, y de resguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos”.⁶

“De tal modo, todo reajuste tarifario (...) debe incorporar como condición de validez jurídica –

⁵ Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/AGilsCarbo/agosto/Centro_de_Estudio_FLP_8399_2016.pdf

⁶ Fallo CEPIS. Considerando 32 del voto de los Dres. Highton y Lorenzetti y del voto del Dr. Maqueda.

conforme la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos” (art. 42CN) - el criterio de gradualidad, expresión concreta del principio de razonabilidad antes referido”.⁷

Se advierte que la Corte, en forma premonitoria, imponía condiciones a tenerse en cuenta en el marco de un reajuste tarifario, que claramente fueron desoídas por el titular de la potestad tarifaria al imponer el llamado “tarifazo”.

- La atribución de fijar tarifas tiene en miras consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario.⁸

- Con miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables.⁹

El principio de igualdad “situado”: se proyecta para el poder administrador en la exigencia de conformar “categorías de usuarios en función de la diferente utilización del servicio y de su nivel de ingresos”.¹⁰

Éstos últimos aspectos tienen particular relevancia para Mendoza dado la necesidad de que exista un cuadro tarifario diferencial acorde a las características climáticas de nuestra Provincia.¹¹

Sin embargo, y en lo que aquí nos importa, las consideraciones efectuadas por el Máximo Tribunal en torno a aspectos esenciales de los servicios públicos que lo subsumen en el frondoso marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentran vertidas fundamentalmente en los considerandos 30 y 33 del histórico fallo. Por su importancia los citamos:

Considerando 30) “(...) las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran **vitales** e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos **los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos**”¹².

Considerando 33) “Que, como síntesis de lo expuesto a este respecto, el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de **una tarifa que, por su**

elevada cuantía, pudiera calificarse de ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar (...)”¹³.

Y a continuación fija pautas teleológicas: “A estos fines adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada “El derecho a una vivienda adecuada”, del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, y que todos “los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (...)”. En el punto 8.c. se expresa que los “gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (...)”.

3. El acceso a los servicios públicos es un derecho humano

Así lo ha ratificado la CSJN en los considerandos citados supra. Seguramente, uno de sus aspectos más notables en materia de doctrina haya sido el análisis y la aplicación concreta desde el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la problemática de los servicios públicos, y en particular, del problema tarifario.

Siendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad”¹⁴, adquiere particular relevancia las consideraciones vertidas por la Corte Suprema y su aplicación al caso traído a su conocimiento respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y sus Observaciones Generales por parte del Comité.

La Corte desarrolla el contenido y alcance del derecho humano a una “vivienda adecuada” que tiene toda persona para sí y su familia (art. 11.1 PIDESC), siendo el acceso al agua y a la energía (electricidad, gas natural) constitutivos del mismo (Observación 4 Comité PIDESC pto. 8. b y 8.c), y se derivan todos ellos de la dignidad inherente a la persona humana.

La observación 4 también desarrolla el asunto en su punto 7: “el concepto de ‘vivienda adecuada’ (...) significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los **servicios básicos**, todo ello a un **costo**

7 Fallo CEPIS. Considerando 32 del voto de los Dres. Highton y Lorenzetti y del voto del Dr. Maqueda.

8 Fallo CEPIS. Considerando 27 del voto de los Dres. Highton y Lorenzetti y del voto del Dr. Maqueda.

9 Fallo CEPIS. Considerando 23 del voto del Dr. Rosatti.

10 Fallo CEPIS. Considerando 24 del voto del Dr. Rosatti.

11 Ver fallo Juzgado Federal N° 2, autos N° 10266/2016 “Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor c/ Distribuidora de Gas Cuyana y otros s/ Medida Autosatisfactiva” del día 27 de mayo de 2016.

12 Las negrillas nos pertenecen.

13 Las negrillas nos pertenecen.

14 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, CARLOS. Coordinador. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. España. Editorial Dilex. 2da. Edición. 2003. Pág. 61.

razonable”.

Aun cuando existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada¹⁵, el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC es la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones pertinentes (Observación 4 Comité PIDESC pto. 3).

Sin embargo, el acceso a los servicios públicos también encuentra protección en el mismo Pacto en el art. 12.1 donde se reconoce el Derecho a la Salud. Para el Comité, se trata de un derecho que abarca “(...) los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada (...)”.¹⁶

Mención aparte merece el derecho humano al agua potable, donde el Comité sostiene que está indisolublemente asociado al derecho a la vida, a la dignidad humana, al derecho al más alto nivel posible de salud y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas, aclarando que debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico.¹⁷

4. Principio de progresividad y obligaciones del estado

El reconocimiento existente en el Corpus Iuris Interamericano del acceso a los servicios públicos como Derecho Humano impone a los Estados determinadas obligaciones.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el

disfrute de los derechos humanos básicos.¹⁸

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asume que la plena efectividad de estos derechos no podrá lograrse, en general, en un período de tiempo breve. Por ello establece el **principio de progresividad o progresiva efectividad**: los Estados parte se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **“hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”** (artículo 2, inc. 1).¹⁹

Del deber de progresividad se deriva, a su vez, la **prohibición de regresividad** que veda a los Estados retroceder en el grado de realización alcanzado de un determinado derecho. Así, **lo que define la violación del tratado no es el contenido de la política pública per se, sino precisamente el retroceso injustificado desde la situación de protección social alcanzada**.²⁰

La obligación de progresividad apuntada no exime del deber que corresponde a los Estados de asegurar **la satisfacción de un nivel mínimo**, esencial, de cada uno de los derechos protegidos. En este sentido, el Comité DESC ha señalado que para que el Estado pueda atribuir su incumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, **debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles** a fin de utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.²¹ Para el Comité²², la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” establecida en el artículo 2 del Pacto se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales.²³

En cuanto a la realización progresiva de este derecho, el Comité DESC ha indicado que si el Estado alega que las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda van más allá del máximo de sus recursos disponibles, **debe hacer una solicitud de cooperación internacional**.²⁴

5. El “tarifazo” a la luz del PIDESC

Entendemos que el Gobierno Nacional no ha observado las obligaciones que emergen del PIDESC (señaladas ut supra) al momento de fijar los aumentos siderales, gene-

15 Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado III) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76. IV.7, y corrección), cap. I), el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961.

16 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)”, 2000, punto 11.

17 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, 2002, punto 3.

18 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

19 DULITZKY, ARIEL. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Claudia Martin, Diego Rodríguez-Pinzón, José A. Guevara B., Compiladores. México. Doctrina Jurídica Contemporánea. 2004. Pág. 93.

20 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 1991, punto 9.

21 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, punto 10.

22 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, punto 13.

23 Op. Cit. DULITZKY, ARIEL. Pág. 94 y 95.

24 Cfr. Comité DESC, Observación General N° 4, punto 10.

rales e intempestivos de las tarifas de los servicios públicos -en particular gas natural y electricidad- que sufrimos los argentinos durante el 2016 y lo que va del corriente. En honor a la brevedad, señalaremos tan sólo algunos aspectos del tarifazo en materia de gas natural.²⁵

Recordemos que el servicio público de gas posee tres tramos: precio de gas en boca de pozo (denominación común del Punto de Ingreso al Sistema de Transporte -PIST-), transporte y distribución. Si sumamos a los segmentos descriptos los distintos tributos que existen sobre la actividad (carga fija, etc.) tenemos como resultado los aspectos que componen la tarifa que pagamos los usuarios.

Como primera cuestión, es esencial señalar que el precio en boca de pozo constituye el 80% aprox. de la tarifa final del gas, lo que lo vuelve el elemento fundamental. Uno de los tópicos centrales a abordar es el análisis de costos de producción del insumo vital, dado que no sólo es la parte principal de la tarifa que abonan los usuarios, sino porque de su propio valor, se desprenden a modo de cascada los valores del transporte y de distribución.

El sistema utilizado por el Ministro Aranguren para fijar el nuevo precio del gas en boca de pozo (PIST) fue el cuestionable sistema de precios marginales o paridad de importación. Consiste en fijar los valores de todas las fuentes de abastecimiento del gas en Argentina (producido en el país y las operaciones de importación) y fijar el más alto como “precio de mercado” del gas natural, para todo el país. La diferencia entre ese precio y lo que pagaban los usuarios en su factura era considerado todo como subsidio. El precio fijado fue de 6,80 MMBTU (por millón de BTU -unidad calórica utilizada como medida del volumen producido-) y pasó a ser la meta u objetivo a alcanzar con la tarifa.²⁶

Breves consideraciones:

- Según información del propio Ministerio de Energía y Minería aproximadamente las dos terceras partes del total de gas que se consume en el país surge de nuestro suelo. Desconocemos cuál es el costo real de producción (como veremos más adelante), sin embargo, en nuestro país el valor del gas es sensiblemente inferior al valor internacional. ¿Por qué fijamos como costo uniforme el precio de importación más elevado siendo que la mayoría del gas que consume nuestro pueblo es de origen nacional?

- De acuerdo a un exhaustivo estudio del Observatorio de Tarifas de la Universidad

Metropolitana para la Educación y el Trabajo, cuyo autor es Andrés Repar²⁷, ese supuesto valor marginal de 6,80 dólares no se compadece con la realidad del mercado, y mucho menos con el costo real de producción del gas en Argentina, al menos para la mayor parte del recurso. Según Repar, hubo una sola operación de importación de gas, de carácter extraordinaria, que se hizo a un precio cercano a los 7 dólares MMBTU vía Chile. Vale recordar que el vendedor del gas en esa operación fue una filial de Shell, compañía que representa el Ministro Aranguren.

- Incluso la compra de gas a Bolivia cotiza actualmente en baja y no mucho más allá de los cuatro dólares. Recordemos que el Gobierno Nacional se negó en su oportunidad a efectuar operaciones de importaciones de gas con el país hermano sin ningún tipo de justificación válida.

- El costo de producción del gas natural en yacimientos convencionales en Argentina está, según distintos estudios entre 2,10 y 2,50 dólares MMBTU, según la referencia del Observatorio.

- Párrafo aparte merece el reporte anual que YPF S.A., la principal productora de gas en nuestro país, elevó a la SEC -Securities and Exchange Commission- de los Estados Unidos, dado que la sociedad cotiza en la bolsa de valores de Wall Street, correspondiente al ejercicio fiscal del año 2015, donde informó cuáles fueron sus costos de producción: 2,09 u\$s/MMBTU. Recordemos además que YPF es el principal protagonista en la actividad del shaleoil, shale gas y tight gas con una participación del 85% en las inversiones del 2015.

- Señalamos con autoridad que en la República Argentina los ciudadanos NO sabemos cuánto cuesta extraer gas de nuestro suelo. Con motivo de las audiencias públicas obligadas a sustanciarse por la Corte Suprema en la causa “CEPIS” distintos oradores solicitamos información adecuada y veraz respecto de los costos de producción de gas por cuenca, por yacimiento y por empresa, para evaluar los márgenes de rentabilidad de las corporaciones del sector y con ello, evaluar si la tarifa pretendida era justa y razonable. Solicitamos la compulsas de balances, estados contables y demás documentación económico-financiera de las empresas explotadoras de gas, y nos fue negado rotundamente.

Por lo expuesto, entendemos que no existe justificativo alguno para fijar el valor del gas en boca de pozo en ese exorbitante monto. El gobierno nacional dispuso que el precio que retribuya la producción de gas natural sea de 6,80 dólares para todos los productores y por todo el producto que inyecten en el sistema. Quienes operen a un costo de 2,50, obtendrán una renta bruta extraordinaria del 172 por ciento. El costo corre por cuenta del consumidor, que lo ve cargado en su boleta.

Pero lo que es peor aún, confirmamos que no se han observado obligaciones que emergen del PIDESC tales como el principio de progresividad (“hasta el máximo de los recursos que disponga”); la prohibición de regresividad; la satisfacción de un nivel mínimo del derecho atento las innecesarias restricciones existentes para acceder a la tari-

25 Ver ASOCIACIÓN CIVIL CONSUMIDORES MENDOCINOS. Informe “El tarifazo en los servicios públicos”. Mendoza, Argentina. Septiembre 2017.

26 Resolución 212/16 MINEM: “Que el sendero que se implementa a partir del presente prevé que los precios en PIST para todo el país, exceptuando la Patagonia, Malargüe y la Puna, teniendo en cuenta el tipo de cambio vigente y el valor del precio objetivo en PIST en cada momento, sean equivalentes a U\$S 3,42/ MMBTU a partir de octubre de 2016; de U\$S 3,77/MMBTU a partir del 1 de abril de 2017; DE u\$s 4,19/MMBTU a partir del 1 de octubre de 2017; de U\$S 4,68/MMBTU a partir del 1 de abril de 2018; de U\$S 5,26/MMBTU a partir del 1 de octubre de 2018; de U\$S 5,96/MMBTU a partir del 1 de abril de 2019, alcanzando el objetivo de U\$S 6,80/MMBTU el 1 de octubre de 2019”.

27 REPAR, ANDRES. Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo. Observatorio de Tarifas. Informe Tarifa de Gas. Argentina. 2017.

fa social restrictiva²⁸; ni el deber de realizar todos los esfuerzos posibles, inclusive la solicitud de cooperación internacional (el caso de la “no compra” de gas a Bolivia es ejemplificativo).

6. Las garantías del usuario: razonabilidad y no confiscatoriedad. La pobreza energética

El fallo “CEPIS” sostiene una gran cantidad de criterios para garantizar que la tarifa sea justa y razonable a los efectos de velar por el acceso de los servicios públicos a la universalidad de los usuarios. Señalamos someramente algunos.

Se define el concepto de razonabilidad, “(...) es decir una relación directa, real y sustancial entre los medios empleados y los fines que cumplir, evitando que tales decisiones impongan restricciones arbitrarias y desproporcionadas a los derechos de los usuarios (...)”.²⁹

También se sostiene la necesidad de evitar “(...) una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar (...)”.³⁰

Por otra parte, reiteramos que la Observación General N° 4 del Comité del PIDESC sostiene que los “gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (...)”; y que los “servicios básicos deben tener un costo razonable”.

El criterio de razonabilidad de la tarifa constituye una garantía genérica para proteger a los usuarios de los abusos que pudieran surgir de la autoridad tarifaria y de las empresas prestadoras. “Razonabilidad” y “no confiscatoriedad” son criterios esenciales para evaluar el “cuantum” tarifario, mayor aún en épocas de aumento generalizado de tarifas donde se vulnera el derecho humano al acceso de los servicios públicos energéticos.

El quid de la cuestión radica en la aplicación del principio de razonabilidad y no confiscatoriedad tarifaria al caso concreto. ¿Cuándo podemos sostener que una tarifa es irracional y deviene en confiscatoria por detraer una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar? ¿Cuándo el pago de los servicios públicos energéticos significa la privación de una porción sustancial en los ingresos del usuario?

Arriesgamos una respuesta: cuando el monto destinado al pago de servicios energéticos por parte de una familia los constituye en pobres energéticos. En ese caso, la tarifa deviene en irracional y confiscatoria.

El Comité Económico y Social Europeo, en el año 2010, propuso la siguiente definición de pobreza energética: “la dificultad o la incapacidad de mantener la vivienda en

unas condiciones adecuadas de temperatura así como de disponer de otros servicios energéticos esenciales a un precio razonable”³¹.

Los estudios en materia de pobreza energética surgen en Inglaterra de la mano de Brenda Boardman, a partir de la publicación de su libro “Fuel Poverty” (1991), como una dimensión específica de la pobreza. La autora la definió como la situación en la que se halla un hogar que tiene que dedicar más del 10% de sus ingresos a alcanzar un nivel satisfactorio de calor en su vivienda (21 grados en la habitación principal y 18 grados en las demás habitaciones, según la OMS).

Boardman considera que los hogares son pobres energéticos cuando deben destinar más de un 10% del ingreso disponible para hacer frente a los gastos energéticos. Los ingresos disponibles de los hogares se calculan restando gastos ineludibles como son la canasta alimentaria básica, constituida por la línea de indigencia, y gastos de alojamiento en el caso de pago de alquiler.

Entendemos que, para establecer con mayor precisión cuántos son los consumos mínimos energéticos que debe tener un hogar para garantizar un nivel de vida adecuado, es imprescindible establecer una canasta básica energética, que se ajuste a las particularidades del clima, a las estaciones del año, a los hábitos y necesidades de consumo de cada comunidad.

A pesar del carácter relativamente arbitrario del límite de un 10% de los ingresos, este indicador es de gran utilidad para reflejar el esfuerzo económico de los hogares para pagar las facturas energéticas y para medir su vulnerabilidad potencial dentro de un escenario de crecimiento de los precios de la energía.

Los criterios utilizados tanto por la autoridad tarifaria como por los entes reguladores al momento de imponer los nuevos cuadros tarifarios y evaluar el cumplimiento de los requisitos de ley, demuestran un análisis parcial y abstracto al ponderar el aumento del valor de la tarifa de cada servicio energético en forma individual. Es decir, se analiza el aumento de cada servicio individual para evaluar si el aumento es razonable.

Discrepamos de la metodología utilizada por considerar que se debe abordar de manera integral las necesidades energéticas de los hogares, y por tanto, ponderar la totalidad de los servicios energéticos que consume una familia promedio y sus aumentos tarifarios en conjunto. Ello, porque es un único ingreso familiar el que afronta el pago de todos los servicios del hogar.

Sostenemos que, si la totalidad de los servicios públicos que debe pagar un hogar detrae más del 10% de los ingresos familiares disponibles (previa detracción de la canasta básica alimentaria y el pago de alquiler), las tarifas devienen en confiscatorias e irrazonables.

7. Conclusiones y propuestas

1) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo CEPIS sostiene que el acceso a los servicios públicos es un Derecho Humano que se desprende del derecho

²⁸ Verbigracia, no pueden acceder al subsidio aquellas personas que posean un vehículo de hasta 10 años de antigüedad.

²⁹ Fallo CEPIS. Considerando 32 del voto de los Dres. Highton y Lorenzetti y del voto del Dr. Maqueda.

³⁰ Fallo CEPIS. Considerando 33 del voto de los Dres. Highton y Lorenzetti.

³¹ Disponible en: <http://isadoraduncan.es/files/File/pobreza-energetica-o.pdf>

a una vivienda adecuada consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que nos permite abordar la problemática tarifaria a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2) Constituye una deuda pendiente del Estado argentino la plena observancia en materia tarifaria de los principios de progresividad, prohibición de regresividad, satisfacción de un nivel mínimo de derechos, y en su caso la solicitud de cooperación internacional, asentados en el PIDESC y en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3) El titular de la potestad tarifaria tiene la responsabilidad de garantizar la accesibilidad de los servicios públicos energéticos a todos hogares. Sin embargo, cuando se conculca el derecho humano referido, es en el Poder Judicial donde reposa el control de razonabilidad y no confiscatoriedad para evaluar la justicia y equidad de los valores tarifarios, a los efectos de evitar el aumento de pobreza energética en nuestra sociedad.

4) Entendemos necesario aplicar en términos jurisprudenciales el criterio donde se pondera la integralidad de los servicios energéticos que consume una familia promedio y si su impacto es mayor al 10% del ingreso familiar disponible (pobres energéticos), con el objeto de evaluar la justicia, razonabilidad y no confiscatoriedad de la tarifa. Quizás sea un aporte para avanzar en el sendero progresivo de realización efectiva de los derechos humanos en nuestro país y en nuestra provincia.

5) Es imperioso saber, y por tanto medir, cuántos son los hogares que presentan severas dificultades para hacer frente a los gastos energéticos. La República Argentina y la Provincia de Mendoza necesita incorporar a su base estadística la fijación de una canasta básica energética que se ajuste a las particularidades del clima (determinante para los mendocinos), a los hábitos y necesidades de consumo de cada sociedad, y contar con un índice que mida los niveles de pobreza energética a los fines de disponer con la información necesaria para poder aplicar los criterios citados a los casos concretos, y abordar la problemática a través de políticas públicas adecuadas.

6) Los esquemas de subsidios deberían estar orientados a garantizar la cobertura universal de las necesidades básicas energéticas, debiéndose fijar un nivel mínimo de cobertura en relación directa con una canasta básica energética. Por otra parte, se deberían flexibilizar los criterios de inclusión y permanencia para ser beneficiario de subsidios provinciales y/o tarifa social, dado que al día de la fecha son altamente restrictivos y excluyentes de manera absolutamente injustificada.

7) Es deuda pendiente de los mendocinos la reforma de nuestra Carta Fundamental donde deberán quedar plasmados en forma integral los derechos de los usuarios y consumidores. Proponemos que se aborde la justicia, razonabilidad y no confis-

catoriedad de las tarifas de los servicios públicos en los términos señalados, en miras de garantizar la asequibilidad de los servicios públicos energéticos a todos nuestros comprovincianos.

“Resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”³².

32 Fallos: 327:3677

**INDEPENDENCIA JUDICIAL Y
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
DEL ESTADO**

La Corte de la Nación, en principio, es Suprema. Implicancias del fallo de la Corte Suprema en el caso Fontevecchia

ANDRÉS ROUSSET SIRI

1. Introducción

A partir de la reforma constitucional del año 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enfrentó el desafío de resolver casos de interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, echando mano al diseño constitucional fijado en tal ocasión y que otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos¹.

Durante más de veinte años, la Corte Federal, con independencia de ciertos precedentes aislados² o de ciertos votos minoritarios³, sentó bases sólidas sobre el valor de

1 Esto, sin perjuicio de fallos emblemáticos que fueron dictados antes de tal reforma, como es el caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” (*Fallos* 315:1492).

2 En el caso Acosta, la Corte Suprema consideró que no era incompatible con los precedentes anteriores no dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH en un caso determinado porque ...si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse...

3 CSJN - 24/08/2004 - “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación

los tratados y de las resoluciones de los órganos de supervisión creados por estos. Así, entendió que tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)⁴, como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sirven de guía para la interpretación de los preceptos convencionales⁵ (o bien se constituyen como una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana)⁶. Asimismo, estableció que las sentencias de la Corte IDH dictadas en casos contra Argentina son de obligatorio cumplimiento⁷, al igual que los informes de la CIDH dictados a tenor de lo regulado en el artículo 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁸.

Asimismo, y en sintonía con el Sistema Interamericano, la Corte Suprema entendió que el control de constitucionalidad difuso propio de todo órgano jurisdiccional debe complementarse con el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas aplicables en concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22°. Cabe recordar en este sentido que la Corte IDH había señalado un año antes que el Poder Judicial debía ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, agregando en tal sentido que, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁰.

Este camino ascendente se vio truncado el pasado 14/02/17, con la publicación, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la sentencia en los autos N° CSJ 368/1998 (34-M/CS1), caratulados "*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" (en adelante "Fallo Fontevecchia"). Allí, por mayoría, resolvió que no era procedente el pedido de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación de dejar sin efecto las sentencias civiles dictadas en el marco del caso radicado ante la Corte IDH: "Fontevecchia y D'Amico c/ Argentina".

Para arribar a dicha conclusión, el voto mayoritario señaló que, si bien se encuentra

ilícita y otros -causa n° 259-.", voto del ministro Carlos Fayt, párrafo 32. En este voto se predica la supremacía de la Carta magna por sobre los tratados enumerados en el artículo 75.22.

4 CSJN, Caso "Bramajo", sentencia del 12 de septiembre de 1996 (Fallos 319:1840), considerando N° 8.

5 CSJN, Caso "Girolidi", sentencia del 7 de abril de 1995 (Fallos 318:554), considerando N° 11.

6 CSJN, Caso "Simón", sentencia del 17 de junio de 2005 (Fallos 328:2056), considerando N° 7.

7 CSJN, Caso "Esposito", sentencia del 23/12/04 (Fallos 317:240), considerando N° 6 y CSJN, "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal, sentencia del 01/07/07 (D. 1682. XL), considerando N° 5.

8 CSJN, Caso "Carranza Latrubesse Gustavo C/ Estado Nacional", sentencia del 06/08/13 (Fallos 336:1024), resolutive N° 18.

9 CSJN, Caso "García Méndez Emilio y Musa Laura Cristina S/Causa N° 7537", sentencia del 02/12/08 (Fallos: 331:2691), resolutive 7°.

10 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124

fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (artículo 68.1, CADH), en el caso concreto la Corte IDH se había extralimitado en su competencia al disponer, como medida de reparación, que se dejen sin efecto las sentencias civiles que condujeron a que se declare la responsabilidad internacional del Estado en ese caso¹¹.

Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme a fin de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH, implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional¹².

Por su parte, el ministro Maqueda, en disidencia, sostuvo que la Corte Federal, como uno de los poderes del Estado argentino, debía cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano, sustentando su posición en los anteriores pronunciamientos del Alto Tribunal en tal sentido (doctrina de Fallos: 326: 2968 "Cantos", 327: S668 "Espósito", 334: 1504 "Derecho", 336:1024 "Carranza Latrubesse", y resolución CSJN 477 /IS del 25/03/1,5 en Expte. N° 4499/13 *Mohamed vs. Argentina*) y postulando la imposibilidad de invocar cuestiones de derecho interno para incumplir una obligación internacional¹³.

Como adelantamos, esta sentencia no solo vino a desentonar drásticamente con la jurisprudencia construida a lo largo de décadas por la Corte Suprema, sino que además, como intentaremos explicar a continuación, se erigió como un preocupante precedente en lo que respecta al cumplimiento de sentencias de la Corte IDH.

Efectuado este primer abordaje corresponde analizar en primer lugar el problema concreto que representa el fallo dictado por la Corte Suprema y el impacto que el mismo tiene en el derecho nacional e internacional.

2. Los problemas que genera la sentencia de la Corte Suprema en el derecho internacional

El cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH es una cuestión compleja, ello atento a que interactúan dos ámbitos jurídicos: el internacional (debido a que el procedimiento que concluyó con la sentencia de la Corte respecto de la Argentina se rige exclusivamente por el derecho internacional) e interno (en cuanto el Estado puede elegir los medios por los cuales se cumple esa medida, pero siempre sometido al derecho internacional).

11 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sentencia del 14/02/17 (CSJ 368/1998 (34-M/CS1), considerando N° 6.

12 CJJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sentencia del 14/02/17 (CSJ 368/1998 (34-M/CS1), considerando N° 16.

13 CJJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sentencia del 14/02/17 (CSJ 368/1998 (34-M/CS1), voto del ministro Juan Maqueda, considerando N° 3 y 4.

Esto es importante debido a que todo proceso judicial se rige por una determinada normativa. Así como no es posible tramitar una causa penal siguiendo lo regulado en el Código de procedimiento en lo civil (salvo expresa remisión)¹⁴, igual suerte sigue el proceso internacional respecto de las normas internas del Estado, salvo, al igual que en el caso anterior, remisión expresa del primero al segundo¹⁵.

La Corte IDH desde sus primeras sentencias ha sido clara respecto a que la obligación de reparar el daño causado, contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno¹⁶.

El conflicto surge cuando el Estado, a través de uno de sus órganos (en este caso el Poder Judicial), resuelve en sentido contrario al precedente citado. Ello conlleva una serie de consecuencias.

El primer problema, surge cuando el Máximo Tribunal nacional le da un valor inferior al tratado a fin de justificar la decisión de “no cumplimiento” de lo debido.

Así, el fallo “Fontevecchia” señala que se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este. Agrega en este punto la cita el considerando 6°, del voto de la jueza Highton de Nolasco en Fallos: 327:5668¹⁷.

Independientemente de que no es función del Tribunal señalar si la sentencia de la Corte IDH es obligatoria -debido a que su obligatoriedad tiene fuente legal y surge del artículo 68.1 de la CADH-, lo cierto es que si nos remitimos al precedente citado el mismo dice justamente lo contrario.

En efecto, el considerando aludido del voto de la Jueza Highton de Nolasco en Fallos: 327:5668 establece que “...la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68,1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal”. Como se observa la referencia “en principio” está ubicada en un sentido diferente y refiere a la discusión respecto del valor de un precedente de la Corte IDH dictada respecto a otro país (cuestión que excede nuestro análisis).

En este caso, está fuera de discusión este punto, dado que la sentencia analizada surge como consecuencia de un fallo de la Corte IDH dictado contra la República Ar-

gentina. Ello torna inaplicable el agregado “en principio” y no hace más que debilitar el valor del fallo internacional.

Además, en el precedente que usa la Corte Suprema como antecedente se estableció una premisa de relevante importancia: “...resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado Argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos” (Fallos 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 11°). Lo que dijo la Corte Suprema en aquel momento (y olvidó ahora) es el especial papel que le cabe al poder judicial, en el marco del control de convencionalidad y constitucionalidad, a efectos de materializar la justicia en el caso concreto.

El Máximo Tribunal había señalado, en este sentido que “los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango.”¹⁸

Al disminuir el valor del tratado y poner principios constitucionales por encima del mismo, el Estado viola un principio básico del derecho internacional según el cual no puede invocar disposiciones de derecho interno para incumplir una obligación internacional¹⁹.

Si el gobierno argentino consideraba que la Corte IDH se había excedido al ordenar dejar sin efecto las sentencias judiciales en el ámbito del derecho interno, la discusión debería haberla planteado en el ámbito del derecho internacional, sea bien ante la Corte IDH en el marco de las audiencias sobre supervisión de cumplimiento o bien utilizando mecanismos políticos ante la OEA²⁰.

Por ejemplo, del primer supuesto, Brasil alegó ante la Corte IDH la imposibilidad de continuar con el trámite de una causa donde se investigaban violaciones a los derechos a la CADH como consecuencia de escuchas telefónicas. Allí, el estado brasileiro, conociendo el criterio de la Corte IDH respecto a la inoponibilidad de la prescripción en sede internacional, planteó ante la misma Corte IDH en la audiencia que se llevó a cabo en el marco de la supervisión de cumplimiento que estos hechos no constituían graves violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de la posición de las partes, la Corte IDH consideró pertinente dar por concluida la supervisión de cumpli-

14 Por ejemplo lo relativo al recurso extraordinario federal.

15 Por ejemplo, el artículo 68.2 de la CADH, permite ejecutar la parte de la sentencia que disponga indemnizaciones pecuniarias, utilizando el procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el Estado.

16 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 30.

17 Esta cita a fallos se refiere al caso: Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David.

18 CSJN, Caso “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino S/daños y perjuicios”, resolución del 27/11/12 (Fallos: 335:2333).

19 Receptado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

20 La discusión sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH y de la Corte IDH en el marco de la Asamblea General de la OEA es casi nulo, pero no por ello podemos prescindir de ese ámbito para que un Estado que crea que ha existido

miento de la sentencia respecto de la obligación de investigar los hechos²¹.

En conclusión, el problema que se plantea es el siguiente: El Poder Judicial, a través de su máximo órgano, ha dictado una sentencia en el marco de una causa que ya cuenta con resolución condenatoria de un tribunal supraestatal, resolviéndola desde el prisma constitucional. En otras palabras, aplicó el control de constitucionalidad, y aun cuando en apariencia este habría resultado satisfactorio, omitió desplegar el control sobre la convencionalidad de la cuestión sometida a discusión.

La obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH es una cuestión constitucional (por aplicación del artículo 75.22) y convencional (en virtud de lo dispuesto por el artículo 68.1 de la CADH), aun cuando se discutan cuestiones vinculadas con el proceso ante la Corte IDH -cumplimiento de lo ordenado- dado que el control de convencionalidad sostener procede para adecuar las decisiones judiciales en tres niveles: a) el normativo, que surge de tratados y convenciones sobre derechos humanos; b) el interpretativo, que pondera el peso específico de las recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la Corte IDH, así como las decisiones adoptadas en opiniones consultivas; y c) el de ejecución y cumplimiento en el derecho interno²².

3. La postura de la Corte IDH respecto de la sentencia de la CSJN en el caso Fontevecchia

En términos generales, a lo largo de su jurisprudencia en materia de supervisión de cumplimiento, la Corte IDH ha sentado claros criterios en materia de cumplimiento de sentencias, partiendo de la premisa según la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”²³.

Esta obligación, ha dicho el tribunal, tiene dos vertientes: a) incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados por ésta, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la sentencia en su conjunto²⁴, y b) deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos, este principio se aplica no sólo en relación con las

normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH²⁵.

Ha dicho también que estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos²⁶. Esta premisa adquiere especial relevancia frente a los planteos que pretenden equiparar un tribunal como la Corte IDH con otros órganos jurisdiccionales del derecho internacional o del derecho a la integración que no cuentan con estas notas distintivas.

En casos muy específicos, donde se ha referido al desacato estatal, ha dejado constancia en la sentencia de la necesidad de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 65 de la Convención Americana²⁷ y 30 de su Estatuto²⁸, ello como consecuencia de que ante los Estados Americanos han dispuesto un sistema de garantía colectiva en donde todos los Estados Parte deben realizar todos los esfuerzos para que no haya un evidente abandono por parte de los Estados de su obligación de cumplir y acatar las Sentencias de la Corte²⁹.

En los casos Apitz Barbera y López Mendoza, donde el Tribunal Supremo de Venezuela declaró a la sentencia de la Corte IDH como inejecutable, la Corte IDH dijo que:

“el Estado no puede oponer como justificación de su incumplimiento una decisión de un tribunal interno, aun cuando sea el tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional. Es más, la existencia de una decisión a nivel interno, como la sentencia del Tribunal Supremo, que considere que el Fallo emitido por la Corte Interamericana es inejecutable, desconoce los principios básicos de derecho internacional sobre los cuales se fundamenta la implementación de la Convención Americana [...]. El incumplimiento manifiesto expresado por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia impide el efecto útil de la Convención y su aplicación en el caso concreto por su intérprete último. Del mismo modo, desconoce el principio de cosa juzgada internacional sobre una materia que ya ha sido decidida, y deja sin efecto y hace ilusorio el derecho al acceso a la justicia interamericana de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual perpetúa en el tiempo las violaciones de derechos humanos que fueron constatadas en la Sentencia. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente

21 Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012, considerandos 12/21.

22 Gelli, María Angélica; Gozaini, Osvaldo Alfredo y Sagüés, Néstor P. “Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”. En: Revista jurídica argentina La Ley (t. 2011 B, p. 779-794), Buenos Aires, 2010, pág. 782.

23 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017, considerando 2°.

24 Cfr. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Considerando quinto, y Caso Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Considerando segundo.

25 Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de junio de 2011, considerando 5°.

26 Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37.

27 Artículo 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

28 Artículo 30: “La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte”.

29 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, considerando 13°.

*aceptado por el Estado venezolano, es inaceptable, que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos*³⁰

En un caso más extremo, debido a que el Estado en el marco de la supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo dictada en el caso Yvon Neptune vs. Haití, lejos de informar sobre el avance en el cumplimiento de las medidas de reparación, presentó un escrito mediante el cual cuestionó las conclusiones a las que llegó la Corte en su Sentencia de fondo, reparaciones y costas, el Tribunal interamericano fue enfático en sostener que la posición asumida por Haití con respecto a la sentencia reviste especial gravedad y estimó inaceptable que Haití pretendiera reabrir debates que no corresponden a esta etapa del proceso internacional, lo que resultaba inadmisibile de conformidad con el artículo 67 de la CADH, además de constituir un acto de evidente desacato de la obligatoriedad de las Sentencias de esta Corte, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal³¹.

Finalmente, en una resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de diversos casos de Guatemala, la Corte IDH, frente al planteo del Estado similares al caso anterior, dispuso como resolutive que “...la posición asumida por Guatemala durante la audiencia privada de supervisión de cumplimiento de sentencias celebrada el 16 de mayo de 2014 ante el pleno de este Tribunal constituye un acto de evidente desacato del Estado respecto de la obligatoriedad de las Sentencias dictadas por este Tribunal, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal”³².

En este contexto, el pasado 18/10/17, La Corte IDH emitió una nueva sentencia en el caso Fontevecchia a efectos de supervisar el cumplimiento de las medidas de reparación que aún eran debidas, esto es en concreto, el pago de las indemnizaciones compensatorias y la adopción de medidas tendientes a dejar sin efecto las sentencias internas.

Donde puso mayor énfasis fue en lo relativo a los argumentos vertidos por la Corte Suprema argentina para entender que no debía dar cumplimiento a lo ordenado por el tribunal regional.

En primer lugar, señaló que los Estados Parte en la CADH no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden

interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron, reiterando lo dicho en los precedentes venezolanos³³.

Agregó que al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delinquentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. Al respecto, en sus observaciones escritas los representantes de las víctimas sostuvieron que hubiera sido recomendable que el Estado considerara las “diversas opciones” que ellos identificaron para tal efecto durante la etapa de fondo del presente caso, como por ejemplo que el Estado adoptara las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjuntara al expediente judicial la Sentencia emitida por Corte Interamericana en el caso y estableciera que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos³⁴.

Puntualmente reaccionó frente al argumento de la Corte Suprema respecto a que este Tribunal ha actuado fuera de sus competencias en materia de reparaciones al ordenar “un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional”, recordando que bajo el derecho internacional siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya producido un daño, surge para ese Estado la obligación de repararlo íntegramente, que no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. En lo relativo a las modalidades de reparación, el derecho internacional ha considerado que la reparación puede adoptar distintas formas que van más allá de la indemnización³⁵.

Señaló también que el argumento de la Corte argentina relativo a que la Corte “no puede constituirse en una instancia revisora de las decisiones de la Corte Suprema”, dicho tribunal interno parece partir de que sería adecuado dejar subsistente un acto jurisdiccional violatorio de la CADH sólo porque fue un acto emitido por el más alto tribunal de Argentina. Con ello, sugeriría que es el único tribunal del Estado cuyas decisiones no pueden ser dejadas sin efecto a pesar de ser violatorias de derechos humanos. Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede

30 Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, considerando 8°.

31 Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, considerando 5°/10°.

32 Corte IDH. Caso Supervisión conjunta de 11 casos Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, resolutive 1°.

33 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, resolutive 14 y 15°.

34 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, resolutive 21°.

35 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, resolutive 27°.

generar la responsabilidad internacional del Estado. Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, como lo ha declarado este Tribunal en varios casos. Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia³⁶.

4. Consecuencias por incumplir una sentencia de la Corte IDH

Ambos tribunales ya se expidieron respecto del cumplimiento de las medidas de reparación que se adeudan al día de la fecha en el caso Fontevecchia por lo que corresponde señalar cuales son las consecuencias que surgen de la situación de incumplimiento en la que se encuentra el Estado argentino.

Si bien, existe la tendencia de negar consecuencias jurídicas al incumplimiento de sentencias de la Corte IDH debido a la ausencia de sanciones por parte del sistema hacia aquellos Estados reticentes³⁷, o por falta de herramientas compulsorias para asegurar el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal regional³⁸, lo cierto es que la falta de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH por parte del Estado obligado (art. 68.1 de la CADH), genera –al menos- cuatro consecuencias claras:

a) El incumplimiento de la sentencia de la Corte implica un ilícito internacional:

El Estado condenado está obligado a cumplir con lo ordenado por la Corte IDH, no solo por un imperativo ético, sino más bien por uno de tipo legal (art. 63 y 68.1 de la CADH), negarle el carácter de vinculante a la sentencia dictada por el tribunal regional en un caso concreto es desprestigiar el andamiaje construido sobre la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, cuyos postulados datan de épocas centenarias.

La Corte IDH ha sostenido enfáticamente que el “cumplimiento de las reparaciones or-

denadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la razón de ser del Tribunal”³⁹. Recientemente, agregó que “los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional”⁴⁰.

Aquí adquiere relevancia señalar que sí existe una sanción a este incumplimiento legal, la cual no es exclusivamente jurídica o procesal, sino más bien de tipo político.

Esta consecuencia se vincula directamente con los costes reputacionales negativos que acarrea que un Estado que ha sido condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por incumplir obligaciones vinculadas con derechos humanos. Un concepto vinculado con esto último lo representa la “movilización de la vergüenza”. Enseña Abregú que este término utilizado por las organizaciones de derechos humanos tiene por objeto funcionar como un mecanismo de presión política al exponer a los Estados que han cometido violaciones a tales derechos⁴¹. En esta línea de pensamiento, Salvioli expresa que los gobiernos son muy sensibles al deterioro de su imagen pública en el concierto internacional; ninguno desea ser catalogado como “violador sistemático de los derechos humanos”; asimismo, la repercusión pública de las violaciones a los derechos humanos ponen a los gobiernos en dificultades hacia el exterior e incluso frente a su propia sociedad⁴².

Ello implica tener como válida la premisa que ordena que el estado de derecho no está referido únicamente al sometimiento al derecho nacional sino que necesariamente incluye al derecho internacional, y para que esto sea una realidad, es necesario el sometimiento del Estado en tal ámbito jurídico y, por lo tanto, al cumplimiento de las sentencias internacionales⁴³.

Como señala García Ramírez, “las sanciones -siempre indeseables y en ocasiones contraproducentes – no bastan para establecer, de veras, el imperio indiscutido del derecho”. Agrega el autor citado que el respeto del derecho no puede ser garantizado en último término

36 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, resolutivo 31°.

37 En la experiencia europea, la existencia de sanciones para incumplimiento de sanciones no muestra un escenario diferente. En efecto, ningún Estado ha sido sancionado por aplicación del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa. Ello es explicado por Mac Donald, quien señala que el Comité nunca ha hecho uso del poder de suspender o expulsar un Estado dado que prevalece la filosofía de que los derechos humanos encuentran una mayor protección cuando el trabajo se realiza con un Estado que está dentro de la organización (v. MACDONALD, Ronald St. J. “The supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights”. En: YEE, Sienho & TIEYA Wang, International law in the post-cold war world. Essay in memory of Li Haopei, London, 2001, pág. 418).

38 Esta crítica no es del todo correcta, dado que el artículo 68.2 de la CADH estipula que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

39 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 72.

40 Corte IDH. Caso Supervisión conjunta de 11 casos Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerando 6°.

41 ABREGÚ, Martín y ESPINOZA, Olga: “La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados parte”. En: ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (Compiladores): La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: La experiencia de una década, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 194.

42 SALVIOLI, Fabián: “Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”; en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V; Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, pág. 234.

43 AYALA CORAO, Carlos M.: “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Estudios Constitucionales, Año 5, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2007, pág. 128.

por la amenaza de sanciones, sino por su reconocimiento ético⁴⁴.

b) Nueva victimización como consecuencia del incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH:

El incumplimiento por parte del Estado, no solo implica la inobservancia de sus obligaciones internacionales (con la consecuente pérdida de reputación que ello conlleva), sino también una profunda afectación a la parte débil en la relación procesal internacional: la víctima.

Se han señalado tres aspectos que contribuyen a sostener la postura de la “re-victimización”⁴⁵: i) La falta de respuesta del Estado o su silencio en la etapa de cumplimiento genera mayor estrés e incertidumbre; ii) La sensación de que el cumplimiento de la sentencia es un favor que le hace el Estado, cuando en realidad es un derecho que le asiste a las víctimas y que incluso puede exigirse judicialmente y iii) El respeto a la dignidad de la víctima en el cumplimiento de la medida. Pagar una indemnización puede pretender reconstruir una vida o bien, solo cumplir una obligación legal, ello depende de las pretensiones de las víctimas, sin que los agentes Estatales deban efectuar consideración alguna sobre tal elección.

En este caso, la respuesta dada por el máximo tribunal, sumergen tanto a las víctimas de este caso concreto, aquellas de asuntos en trámite o futuros, en una especial inseguridad, al saber que quien tiene en su poder el control de constitucionalidad⁴⁶ y de convencionalidad, entiende que en determinados supuestos (aleatorios, según la ocasión), no cumplirá con lo ordenado por el tribunal internacional.

c) La cuestión de la doble afectación a la CADH como consecuencia del incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH:

Si el incumplimiento de una obligación internacional genera el deber de reparar, no existen motivos para excluir esta premisa del análisis de los casos en los que un Estado ha incumplido con las medidas de reparación dispuestas en la sentencia condenatoria de la Corte IDH⁴⁷.

Por ello entendemos que procede para los casos de incumplimiento manifiesta, la posibilidad de presentar una petición ante el SIDH con el objeto de demandar al Estado por dicho incumplimiento. Esta nueva petición deberá cumplimentar todos los pasos procesales exigidos por la CADH en los artículos 44 y subsiguientes, y su conte-

nido diferirá de la petición original, es decir, si la sentencia que dispuso el cúmulo de medidas tuvo su origen en una acción u omisión del Estado que afectó –por poner un ejemplo- la libertad de expresión contemplada en el artículo 13 convencional; esta nueva petición girará ahora en torno principalmente al acceso a la justicia para reclamar el cumplimiento de lo debido, lo que a su turno implicaría una violación a lo previsto por los artículos 8 y 25 de la CADH.

d) Las proyecciones de la sentencia de la Corte Suprema a otros casos (sean o no similares).

Un argumento que suele esgrimirse en los foros de discusión es aquel relativo a la especificidad del caso bajo estudio, lo que tiene como corolario la nula proyección a otros precedentes nacionales. En otras palabras, lo que se pretende es minimizar el impacto que el fallo “Fontevicchia” pueda tener en otras resoluciones judiciales análogas.

Amén de no compartir este tipo de argumentos apriorísticos por el riesgo que ellos insumen, debemos señalar que ya existen al menos dos graves precedentes en la jurisprudencia nacional que han aplicado incorrectamente el caso que aquí se discute.

El primero de ellos fue dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes⁴⁸. Allí se pedía la revisión de una pena de reclusión perpetua dictada contra un menor de edad, con base en lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, donde la Corte IDH ordenó a la República Argentina que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a las víctimas de ese caso, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad, como así también que garantice a las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia⁴⁹.

Si bien el Tribunal rechazó el recurso de revisión (dejando firme esa sentencia), por motivos de procedencia formal, uno de los votos que concurrió a la mayoría reforzó su postura señalando que “Por otra parte, salvando las aristas propias del ‘súb júdece’ no es posible disgregar del análisis el reciente fallo de la C.S.J.N., del 17 de febrero del 2017 en los autos caratulados: ‘Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, Expte. N° CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 sin intención de ingresar en un discurrir dogmático, surge preliminarmente que la Corte ha adoptado una postura, que so pena de encasillarla basta decir por lo menos que resulta novedosa”. A renglón seguido se transcribe parte de la sentencia mencionada (principalmente aquella que menciona que las sentencias de la Corte IDH son –en principio- de cumplimiento obligatorio), aunque sin explicar de qué manera el fallo del Alto Tribunal impacta en este caso.

Un segundo antecedente, más alejado en el tiempo que el anterior, lo constituye la resolución de la Cámara de Apelaciones y Control de la Provincia de Jujuy que dispuso

48 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expte. N° STP 381/15, sentencia del 04/05/17.

49 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 327.

44 GARCIA RAMIREZ, Sergio, Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, UNAM, México, 2002, pág. 155.

45 BERISTAÍN, Carlos Martín; Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos, Tomo 1, IIDH. San José de Costa Rica, 2008, pág. 538.

46 La obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH (art. 68 de la CADH) es una disposición con jerarquía constitucional.

47 CANÇADO TRINDADE, Augusto (relator): “Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección”. En: CORTE IDH: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2003, pág. 12 y GARCIA RAMIREZ, Sergio, Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, UNAM, México, 2002, pág. 160.

revocar la detención domiciliaria de Milagros Sala, donde regía una medida cautelar dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que a este análisis corresponde, lo que llama la atención de este precedente es que entendió las “recomendaciones de la Corte IDH” no eran obligatorias (confundiendo Comisión Interamericana con Corte Interamericana con todas las diferencias que entre estos organismos internacionales existe), invocando para ello el fallo de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia” concluyendo que con esta sentencia ha quedado claro que las opiniones o recomendaciones de la “*Comisión Internacional de los Derechos Humanos, NO SON VINCULANTES PARA EL ESTADO ARGENTINO, COMO TAMPOCO REVISTEN EL CARÁCTER DE OBLIGATORIOS LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*”⁵⁰.

Como se puede observar si existen proyecciones del fallo de la Corte Federal en sentencias de órganos judiciales. Pero además, la aplicación de este precedente sin un análisis profundo de su pertinencia para los casos en los que se aplica profundiza los problemas estructurales – institucionales en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH⁵¹, principalmente aquellos que surgen del desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y que en concreto, generan responsabilidad internacional de manera autónoma respecto del precedente que pretenden aplicar.

5. A modo de cierre

A raíz del caso Fontevecchia se ha enfatizado en la noción de “diálogo jurisdiccional” entre los tribunales internos y los supraestatales.

Sin dudas la idea es positiva y se implementa incluso entre tribunales internacionales (Corte IDH y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), ello debido a la necesidad de entender que todos los órganos jurisdiccionales, de cualquier nivel, y aun con diferentes estructuras, deben tender a un fin común: la unidad del derecho en la realización de la justicia⁵², y la salvaguarda de los derechos humanos.

Pero el diálogo solo es posible entre interlocutores que estén dispuestos, no solo a efectuar un aporte, sino principalmente a “escuchar” lo que el otro tiene para decir.

La Corte Suprema de la Nación en el caso Fontevecchia no estuvo predispuesta al diálogo, por el contrario, tomó una decisión en el ámbito interno (a sabiendas de que la misma es inoponible en el ámbito del derecho internacional).

50 Cámara de Apelaciones y Control de Jujuy, Expte N° C-172/17, caratulados “Recurso de Apelación interpuesto por los Dres. Paula Álvarez Carreras, Ariel Ruarte y Luis Paz; y el Dr. Diego Cussel, Agente Fiscal N° 1 en Expie. N° JJ-000030/17 (JC N° 3) caratulado: Actuaciones remitidas por Presidencia .del Superior Tribunal de Justicia. Ref. Medida Cautelar N° 25/16 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ciudad”. El resultado pertenece a la sentencia.

51 Estos problemas no surgen de la falta de marco normativo, sino de la deficiente o nula predisposición de los agentes estatales en el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en la sentencia de la Corte IDH.

52 Cançado Trindade, Antônio A.: “La búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, en Quel López, Francisco (director), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria*, País Vasco, Gasteiz, 2010, p. 85.

Por su parte, la Corte IDH, en su reciente sentencia, más allá del profundo reproche efectuado con relación a la sentencia de la Corte Suprema argentina, se mostró abierta al diálogo al señalar que existen otras opciones (como el pago de las indemnizaciones) que en caso de contar con la venia de las víctimas podrían poner fin al caso.

Mientras esto ocurre (la Corte IDH ha solicitado información en febrero del año 2018), estamos a tiempo de dar un debate más serio, analizando las implicancias actuales sobre cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales, pero con herramientas claras que tengan en cuenta la verdadera naturaleza del órgano internacional que resuelve, sin recurrir a fórmulas que son propias de otros tribunales del derecho internacional.

Así, señalar que las sentencias de la Corte IDH son “en principio” obligatorias, no es una premisa válida. Si no se está de acuerdo con la sentencia se deben adoptar los canales predispuestos a tales fines. Pero por otro lado, sostener que en el proceso internacional la más lata judicatura de un Estado no es suprema (en el ámbito de ese proceso específico) no es erróneo, y si se entiende que esta situación es parte de la interacción de ámbitos jurídicos previamente aceptados por los Estados y que los casos pueden ser resueltos de diversos modos, evitando tensiones entre órganos de decisión, estaremos en condiciones de afrontar el desafío de darle efectividad al cumplimiento de sentencias de la Corte IDH.

La experiencia de otros Estados nos tiene que servir a estos efectos: Chile modificó su Constitución Nacional para adecuarla a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, Perú y Costa Rica dejaron sin efecto sentencias de sus Cortes Supremas (en uno de los casos, sin que intervenga necesariamente el Poder Judicial como se señaló anteriormente), entre otros ejemplos.

Desde la óptica del derecho interno, debemos argumentar conforme a los desafíos actuales y no utilizando recursos aparentes como es en la especie citar a Joaquín V. González, no por lo que predicó –está fuera de discusión su obra-, sino por qué no vivió el desarrollo de los organismos internacionales de la segunda posguerra como reacción al peor genocidio de la historia mundial y los notables cambios que la decisión de estos organismos internacionales en materia de derechos humanos han generado en la institucionalidad de los Estados, sobre todo en el caso argentino.

Finalmente, coincidimos con la necesidad de un diálogo constructivo entre las partes, con conciencia de que en el marco de un proceso internacional, los tribunales supremos de los Estados son los que en mejores condiciones están de entender que esto no se trata de jerarquías, ni de supremacía, sino de obligaciones asumidas, detrás de las cuales está el sufrimiento y las expectativas de las víctimas que esperan de este proceso reconstruir un mínimo sus vidas. Recién allí estaremos en condiciones de avanzar, porque el diálogo no será meramente formal, sino sincero.

Análisis de la Independencia Judicial desde una perspectiva de Derechos Humanos

AZUL SOFÍA KEMELMAJER

“La percepción por parte de los ciudadanos de que sus jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda el Estado de Derecho”.

1. Introducción

El presente capítulo tiene como objeto realizar un análisis crítico de la vigencia del principio de independencia judicial en la Provincia de Mendoza, a raíz de ciertos actos de gobierno que implican, cuanto menos, un debilitamiento de la garantía constitucional.

Para ello en primera instancia se mencionarán algunos conceptos y parámetros básicos del instituto bajo estudio, para luego contrastarlos con nuestra realidad social analizando concretas medidas del Poder Ejecutivo mendocino, y luego Poder Ejecutivo

¹ Díez Picazo, Luis María. Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 34. Enero-Abril 1992, p. 20.

Nacional.

Finalmente, y siempre desde una perspectiva de derechos humanos, trataremos de esbozar algunas conclusiones sobre las indebidas inferencias que el poder político -en general sirviéndose de la coyuntura social y los reclamos de cierto sector de la ciudadanía- ejerce sobre la administración de justicia, vulnerando principios fundamentales que informan a todo Estado de Derecho.

2. Algunas consideraciones sobre el principio de Independencia Judicial

La independencia judicial tiende a preservar la observancia del Estado de Derecho, es decir, de aquella forma de Estado en que las relaciones entre gobernantes y gobernados no son determinadas por la sola fuerza, sino que están reguladas por genuinas normas jurídicas.

Su vigencia es consecuencia necesaria del sistema de división de poderes desarrollado por Montesquieu en el siglo XVIII, y en nuestro país, el mandato emerge de la propia Constitución Nacional (en adelante CN), artículos 1 y 33 que receptan el sistema republicano de gobierno².

Enseña el jurista español Luis María Díez-Picazo que “*el núcleo duro e indiscutido del significado jurídico-político de independencia judicial es que la administración de la justicia no debe ser pura manifestación del poder político ni quedar supeditada en manera alguna a aquellos órganos del Estado que ejercen dicho poder político, y ello porque de nada serviría dictar normas que limitan la actividad de los gobernantes si ulteriormente, en la fase de aplicación contenciosa del Derecho, éstos pudieran influir en la resolución de los litigios*”³. Es decir que en cualquier sociedad que se jacte de ser respetuosa de la ley y el derecho, queda de plano descartada una administración de justicia que más que responder a exigencias y parámetros legales, se desenvuelva al ritmo de cambiantes presiones e intereses del poder político de turno.

Al considerarla como garantía, Díez-Picazo advierte distintas subespecies dentro de la misma. La independencia personal, que “*protege a cada Juez individualmente considerado, y consiste en el conjunto de características de su posición o status constitucional, que lo ponen al reparo de eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política*”⁴; la independencia colectiva, que protege al órgano en su conjunto frente a los demás poderes del Estado; y finalmente la independencia interna, que ampara al juez individualmente, pero frente al resto de la estructura judicial.

Desde otra perspectiva, podríamos decir que la independencia del órgano institu-

cional debe ser garantizada en dos sentidos, uno interno y otro externo. Por un lado se requiere de una organización democrática de la institución hacia adentro que avale el pluralismo de ideas y modos de proceder, y por el otro, mecanismos que aseguren la no injerencia de factores externos, cualquiera sea su naturaleza.

En lo que respecta al Poder Judicial, la segunda de estas independencias estará dada fundamentalmente por la ausencia de presiones del Poder Legislativo y, sobre todo, del Ejecutivo. Sin desconocer que en el ejercicio de la administración de justicia tienen gran incidencia diversos factores –presiones de grupos económicos, partidos políticos, actores de la sociedad civil, medios de comunicación, etc.–; la experiencia demuestra que son los órganos que completan la tríada republicana quienes en mayor medida obstaculizan la plena vigencia de la independencia judicial.

Lo dicho hasta aquí se corresponde con la teoría clásica de la división de poderes. Sin embargo, considerando las exigencias de un nuevo paradigma propio de nuestro tiempo, la independencia judicial no puede ser sólo considerada desde esta mirada tradicional, sino que es necesario hacer el foco desde la perspectiva de los derechos humanos. En este sentido, el Sistema Internacional de los Derechos Humanos nos interpela a analizar y a hacer efectivas cada una de nuestras instituciones teniendo como eje a la persona, como sujeto de derechos fundamentales. Así las cosas, la independencia judicial más que una garantía para los miembros de la judicatura en sí, se erige actualmente como un auténtico derecho/garantía de la ciudadanía toda.

Desde esta óptica, resignificar el concepto implica entender que la independencia del Poder Judicial no es sólo pieza básica del Estado de Derecho que hace al equilibrio republicano, sino que se trata de una garantía de los/las ciudadanos/as cuya inexistencia conduce a la denegación de justicia, y resta credibilidad al proceso judicial.

Así lo expresan los “Principios de conducta judicial” de Naciones Unidas –conocidos como “*Principios de Bangalore*”- cuyo principio primero establece que “*la independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo*”⁵.

En el ámbito del derecho internacional, el principio de independencia del Poder Judicial ha sido reconocido como “*costumbre internacional y principio general de derecho*”⁶ y ha sido consagrado en numerosos tratados internacionales⁷. La Comisión Interame-

⁵ “Principios de conducta judicial”, Valor 1 Legalidad Principio 1, Asamblea General de las Naciones Unidas (resoluciones 40/32, 40/146 y 2006/23).

⁶ Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 14.

⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14); Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 (Párrafo 27); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8.1); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículo 6.1); y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 7.1). Asimismo, algunos otros tratados internacionales más específicos que también refieren disposiciones relativas a la independencia e imparcialidad de los tribunales son: Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Artículo 18.1); Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones

² Constitución Nacional art. 1 “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”; art. 33 “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

³ Díez Picazo, Luis María. Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. Número 34. Enero-Abril 1992, p. 20.

⁴ Ibídem, p. 21.

rica de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha consolidado la idea de que “la independencia de todo órgano que realice funciones de carácter jurisdiccional es un presupuesto indispensable para el cumplimiento de las normas del debido proceso en tanto derecho humano y su ausencia afecta el ejercicio del derecho de acceder a la justicia”⁸.

En relación al Sistema Universal de Derechos Humanos, y según lo ha precisado el Comité de Naciones Unidas, “toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente”⁹.

Siendo entonces indiscutible en el marco del derecho internacional la absoluta independencia que debe guardar el Poder Judicial respecto de cualquier otro poder u órgano del Estado, lo cierto es que garantizar su plena vigencia constituye una problemática que no se circunscribe a nuestro ámbito provincial o nacional, sino que se extiende a lo largo y ancho de la región. En efecto, la CIDH en su informe de 2013 observa con grave preocupación la ausencia de reconocimiento del principio de separación de poderes en el ordenamiento de los Estados y el establecimiento, por el contrario, de la subordinación del Poder Judicial al Ejecutivo¹⁰.

3. Escenario Provincial

Es siguiendo estos parámetros básicos de nuestro ordenamiento jurídico, en consonancia con las estándares internacionales de derechos humanos, que en el presente apartado daremos cuenta de ciertos accionares del Ejecutivo Provincial que ponen en evidencia lo permeable que pueden llegar a ser los límites entre los distintos Poderes del Estado.

Sin tratarse de actos groseramente violatorios de derechos humanos, como serían la lisa y llana intervención del Poder Judicial o la regulación normativa de la administración de justicia bajo la dirección de órganos administrativos, entendemos que ciertas medidas y declaraciones públicas realizadas por el Gobernador de Mendoza –de las que se hará mención en los siguientes párrafos–, constituyen indebidas injerencias del Poder Ejecutivo que debilitan la autonomía judicial, y en última medida menoscaban derechos fundamentales de la ciudadanía.

Consideramos que tal accionar en perjuicio de la independencia de la Judicatura, se ha desarrollado en paralelo a un recrudescimiento de la política criminal, camino

elegido por la actual gestión para combatir la inseguridad.

Desde un primer momento Alfredo Cornejo dejó en claro que uno de los grandes objetivos de su gestión sería realizar cambios en la cartera de Seguridad para lograr cambios positivos en una materia percibida por gran parte de la población como la que más aquejaba a los/las mendocinos/as¹¹.

Sin adentrarnos en el análisis de la pertinencia de la denominada “mano dura” para lograr un real decrecimiento en la tasa de delitos –materia ya examinada en informes anteriores¹²–, es innegable que en aras de profundizar la ejecución de esta política de seguridad –que incluye el endurecimiento de las penas, flexibilización en la procedencia de la prisión preventiva en palmaria contradicción con los estándares del Sistema Interamericano¹³, la restricción de las excarcelaciones, la reinstalación del debate de la baja de la edad de imputabilidad, entre otras–; el Poder Ejecutivo ha pretendido inmiscuirse en el ejercicio de la administración de justicia a través de medidas de diversa naturaleza.

La primera de estas modalidades que analizaremos, tiene que ver con la presión ejercida sobre miembros del órgano judicial en sus distintos niveles, cristalizada en persecuciones políticas y acusaciones vertidas públicamente y en reiteradas ocasiones.

Es consabido el enfrentamiento de Alfredo Cornejo con un sector de la justicia provincial, a quien el gobernador califica de “jueces garantistas”¹⁴, y que se ha querido instalar desde el Ejecutivo como uno de los principales responsables de la situación de inseguridad en la provincia. Desde finales de 2015 –consideramos que a partir del fallo del Supremo Tribunal que hizo lugar al habeas corpus correctivo y colectivo Penitenciaria de Mendoza, ordenando regularizar la situación de personas con orden de detención fiscal sin control jurisdiccional¹⁵– el vínculo entre Cornejo y el juez de la Corte Omar Palermo se vio tensado, repercutiendo también en esferas inferiores de la administración de justicia.

En tal oportunidad el Gobernador se mostró ofuscado por la resolución de la Suprema Corte, que no hizo más que acatar los estándares internacionales vigentes en

11 Diario MdZ. Nota del 1 de diciembre de 2015. “El desafío de Cornejo: redimirse en seguridad”. Disponible en: <http://www.mdzol.com/nota/643912-el-desafio-de-cornejo-redimirse-en-seguridad/>

12 Informe Xumek 2016. “Seguridad ciudadana y violencia policial”, pag. 101/120; “Reformas en el proceso penal y seguridad ciudadana”, pag. 131/135.

13 Comunicado de Xumek “Análisis comparado del proyecto de ley sobre la celeridad, participación y control de la prisión preventiva y el resolutorio de la Suprema Corte de la Justicia de Mendoza en el habeas corpus sobre penitenciarías de Mendoza”. Disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/05/propuesta-de-modificaci%C3%B3n-de-proyecto-PP.pdf>

14 No deja de resultar elocuente el uso del adjetivo *garantista* para referirse de manera peyorativa a ciertos jueces, tratando de vincularlos de este modo a lo que se ha instalado en la sociedad como magistrados “partidarios” de las personas que delinquen; cuando en realidad el término es indisoluble de la embestida de juez, ya que todo magistrado de la administración de justicia debiera velar por el respeto a las *garantías procesales* y derechos de las personas, sin distinguir se trate de víctimas o victimarios.

15 Artículo de Xumek “Fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza”. Disponible en: <http://xumek.org.ar/fallo-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-mendoza/>

Forzadas (Artículo 11.3); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (Artículo 75.4) y Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Artículo 6.2).

8 “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2013.

9 Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 19

10 “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2013.

materia de prisión preventiva¹⁶, y expresó –una vez más confundiendo los límites entre política y administración de justicia- que “*Un compromiso que hemos establecido con la ciudadanía es mejorar la situación de seguridad. Este fallo entorpece esos objetivos y no está con el espíritu ni con los objetivos del Gobierno y la sociedad*”¹⁷. Insistió en que “*tomar decisiones en abstracto puede perjudicar a los mendocinos en su conjunto*”¹⁸.

En este marco, los casos más resonantes de embestidas del gobernador contra funcionarios judiciales fueron los del Fiscal de Instrucción Daniel Carniello¹⁹, el Juez Federal Marcelo Garnica²⁰ y el Juez de Garantías David Mangiafico²¹.

El primero de estos casos se remonta al año 2015, fecha en la que ingresó una denuncia por enriquecimiento ilícito contra un funcionario del partido Frente para la Victoria en la Unidad Fiscal de Delitos Complejos donde se desempeñaba el Dr. Carniello.

Si bien para ese entonces Cornejo no ostentaba el cargo de Gobernador sino de Intendente de Godoy Cruz, de cualquier manera desempeñaba funciones administrativas, y las presiones vertidas sobre Carniello constituyeron una violación a su independencia funcional.

En aquel momento, y tras las infructuosas presiones del entonces Intendente para que el fiscal imputara al denunciado -su contendiente por el partido opositor- estratégicamente previo a los comicios electorales, es que se inició una verdadera persecución política contra Carniello. Así, se realizaron diversas acciones tendientes a apartar injustificadamente al fiscal de la causa, como primera medida sancionándolo con un cambio de lugar de trabajo completamente infundado, luego dando curso a dos investigaciones penales, tres pedidos de jurys de enjuiciamiento, ninguno de los cuales prosperó, prueba determinante de que se trató de una mera operatoria política sin sustento jurídico.

Asimismo, Alfredo Cornejo se expresó públicamente manifestando que “*Carniello tiene relaciones promiscuas con delinquentes (...) tiene que renunciar*”²². Este tipo de declaraciones de miembros del Poder Ejecutivo, más allá de ser injuriantes para el funcionario particular, son de una gravedad institucional inusitada. Ponen de manifiesto cómo el

poder político de turno se considera habilitado para pretender direccionar sin más al Poder Judicial, condicionando la independencia y libertad de la que por ley debe gozar todo miembro del órgano.

El segundo de los casos, es el del Juez Federal Marcelo Garnica y el Juez de Garantías David Mangiafico. Ambos magistrados fueron blanco de graves declaraciones por parte del Gobernador, luego de que cada uno en oportunidad de analizar y fallar en el caso de siete personas que habían sido detenidas al hallarse en un domicilio donde se secuestró gran cantidad de droga, resolvieran dejarlos en libertad por no contar con pruebas fehacientes que los vincularan con el delito investigado. Alfredo Cornejo manifestó públicamente estar “*cada vez más sorprendido por las actitudes de los jueces Garnica y Mangiafico*”, aclarando que “*se trata de una imputación hacia algunos jueces que no están actuando en consecuencia, y si no actúan en consecuencia va a ser difícil que Mendoza mitigue sus problemas de inseguridad*”²³.

Este tipo de declaraciones ponen en evidencia el equívoco en el que cae el Poder Ejecutivo al querer lograr la “adhesión” del órgano judicial a sus políticas de gobierno a través de indebidas presiones. En un Estado de Derecho la administración de justicia debe desenvolverse en el estricto ámbito de lo jurídico, sin atender a imposiciones que vengan de la sociedad o de los demás poderes del Estado. Las resoluciones deben limitarse a ser respetuosas de las normas vigentes, tanto de carácter local como internacional desde que los tratados internacionales ratificados por la República adquirieran rango constitucional.

En cambio, por su propia naturaleza, el Poder Ejecutivo sí se ve en la necesidad de atender a los reclamos sociales y coyunturas políticas de un momento determinado. Y para ello es legítimo que impulse la aprobación o modificación de leyes o que realice cambios en la administración, pero bajo ningún punto de vista puede pretender direccionar la actuación de la justicia vulnerando la independencia judicial en su faz individual, afectando el libre proceso de deliberación, decisión y funcionamiento de que debe gozar cualquier miembro del Poder Judicial.

Finalmente resta mencionar lo que consideramos otro tipo de atropello del poder político provincial a la independencia judicial, pero ya desde el plano normativo. Al cierre de este informe se dio a conocer el proyecto de ley²⁴, presentado por el senador radical Juan Carlos Jaliff, que pretende introducir modificaciones en la estructura y funcionamiento de la Corte Suprema de Mendoza, esencialmente ampliando el número de sus miembros de siete a nueve, y dividiendo la actual Sala II -con competencia en materia laboral, penal y administrativa- en dos Salas.

Sostienen desde el oficialismo que el objetivo principal es acelerar los tiempos de actuación del máximo tribunal que se encuentra colapsado, sobre todo en materia laboral y penal cuyas causas son las de mayor litigiosidad²⁵. En tal sentido, los funda-

16 Ibidem.

17 Mdz. Notal del 26 de diciembre de 2015. “*Un Cornejo preocupado por el fallo de la Corte*”. Disponible en: <http://www.mdzol.com/nota/648402-un-cornejo-preocupado-por-el-fallo-de-la-corte/>

18 Ibidem.

19 Diario Uno. Nota del 30 de julio de 2016. “*Cornejo le pidió la renuncia al fiscal Carniello*”. Disponible en: <https://www.diariouno.com.ar/mendoza/cornejo-le-pidio-la-renuncia-al-fiscal-carniello-20160730-n1199832.html>. Diario Mendoza Post. Nota del 29 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.mendozaapost.com/nota/40754-cornejo-carniello-deberia-renunciar/>

20 Diario Mdz. Nota del 1 de octubre de 2016. “*El duro cruce entre Cornejo y la Justicia Federal*”: Disponible en: <http://www.mdzol.com/nota/696920-el-duro-cruce-entre-cornejo-y-la-justicia-federal/>

21 Diario El Sol. Nota del 6 de octubre de 2016. “*Cornejo, duro con el juez que liberó a siete acusados de tener armas y drogas*”. Disponible en: <https://www.elsol.com.ar/cornejo-duro-con-el-juez-que-libero-a-siete-acusados-de-tener-armas-y-drogas.html>

22 Diario Mdz. Nota del 30 de julio de 2016. “*Para Cornejo, el fiscal Carniello debe renunciar*”. Disponible en: <http://www.mendozaapost.com/nota/40754-cornejo-carniello-deberia-renunciar/>

23 Diario El Sol. Nota del jueves 6 de octubre de 2016. “*Cornejo, duro con el juez que liberó a siete acusados de tener armas y drogas*”.

24 Expte Nro.: 0000070256.

25 Según el propio proyecto de ley, la Corte ha recibido en materia laboral desde el año 2013 a la fecha la cantidad de 2.657 causas; en materia penal la cantidad de 2.519 causas y en materia

mentos del proyecto mencionan que *“Creemos que esto permitirá una actuación más rápida y efectiva respecto de las causas que llegan a su conocimiento y resolución, evitando las actuales demoras por el cúmulo de competencias y casos que llevan en definitiva al colapso mencionado”*²⁶.

Asimismo, y específicamente en atención a la demora respecto las causas penales -entre las que existen numerosos casos de personas detenidas cuyos recursos extraordinarios no han sido resueltos estando vencidos los correspondientes plazos legales-, se menciona también entre los fundamentos del proyecto que esta situación *“no sólo implicaría un intolerable retardo de justicia sino que pone a la provincia de Mendoza en una situación de debilidad ante eventuales reclamos ante la CIDH”*²⁷.

Teniendo en cuenta que la iniciativa surgió del bloque político del Gobernador, nos permitimos dudar de que las verdaderas razones del proyecto de reforma sean las esgrimidas formalmente, al menos por dos motivos.

En primer lugar, y respecto la alegada preocupación por las eventuales consecuencias gravosas ante el Sistema Interamericano, es cuanto menos llamativa la mención a la CIDH entre la exposición de fundamentos, cuando el propio Alfredo Cornejo ha dejado entrever su descreimiento del organismo calificándolo como *“mentiroso”*²⁸ y *“tomado por Zaffaroni y Verbitsky”*²⁹, evidenciando un completo desconocimiento del funcionamiento independiente y prestigio del organismo de Derechos Humanos perteneciente a la Organización de los Estados Americanos.

Por otro lado, consideramos que la propuesta, bajo la aparente intención de lograr celeridad en la Justicia, busca en realidad contar con una mayoría apta al gobierno actual en el máximo órgano judicial de la provincia, que le permita de una vez por todas implementar sin contratiempos y con escaso control su política criminal y de seguridad. Si contextualizamos el proyecto de ley, lejos de tratarse de una medida aislada, y conforme lo desarrollado en el presente acápite, entendemos que viene a profundizar una serie de acciones del Ejecutivo, particularmente las vinculadas a la ejecución de políticas de seguridad, que denotan una indebida injerencia por parte de éste en el ejercicio de la administración de justicia.

4. Escenario Nacional

Sin desconocer las particularidades de la coyuntura socio-política de Mendoza, consideramos que los hechos acaecidos a nivel provincial se han visto en cierta medida alentados por un escenario nacional que legitima este tipo de acciones, a partir de algunos precedentes que retratan diferentes formas en que el poder político se inmiscuye en la actuación de los magistrados encargados de impartir justicia en el caso concreto.

administrativa a la cantidad de 645 causas.

26 Exppte Nro.: 0000070256. Fundamentos del proyecto de ley, pag. 1.

27 Ibidem, pág. 2.

28 Unidiversidad. Nota del 20 de octubre de 2016. *“Cornejo contra la OEA y la respuesta de Verbitsky”*. <http://www.unidiversidad.com.ar/cornejo-contra-los-veedores-de-la-oea-en-la-penitenciaria>.

29 Ibidem.

Entre algunos de estos episodios, se destacan el nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por decreto y en comisión, y el avance del Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) por sobre el Ministerio Público (en adelante MPF).

La primera de estas medidas tuvo lugar el 14 de diciembre de 2015, fecha en que el Presidente de la Nación Mauricio Macri dictó el Decreto 83/15, a través del cual designó en comisión a Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicando el art. 99 inc. 19³⁰ de la CN, hasta tanto el Senado aprobara su designación regularmente en los términos del art. 99 inc 4³¹ de la misma.

Si bien el irregular procedimiento de designación se reencauzó de facto, luego de que la propia Corte se reuniera y decidiera dejar en suspenso la toma de posesión de los magistrados hasta que se cumpliera con el procedimiento establecido en la CN, el decreto representó un serio avance del Ejecutivo sobre los restantes poderes del Estado, al obviar el trámite de ley imprescindible para un equilibrio político y para colocar un freno al posible “favoritismo presidencial”.

Como segundo caso paradigmático, cabe mencionar la situación respecto la actual Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó. En un contexto de duro cuestionamiento a la funcionaria por parte del actual gobierno y los grandes medios de comunicación, se expresó desde el oficialismo en varias oportunidades la intención de apartarla del cargo. Lo cierto es que, ante la imposibilidad de hacerlo mediante el procedimiento constitucional que implica un juicio político, por no contar con las mayorías calificadas en el Parlamento, se comenzó a barajar la posibilidad de removerla por Decreto, y asimismo se envió un proyecto de ley³² para reformar la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal que compromete gravemente la independencia de ese órgano.

No obstante la intención del Gobierno Nacional en diciembre de 2015 de elaborar un Decreto Nacional para remover a Gils Carbó no se concretó, la voluntad política de apartar del cargo a la funcionaria no se vio mitigada, y al cierre de este informe, sucedieron dos hechos puntuales que terminaron sellando la voluntad del oficialismo.

En fecha 20 de octubre de 2017 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°9³³, declaró la inconstitucionalidad del art. 76 de la Ley 27.148 que establece el procedimiento de juicio político como mecanismo para

30 Constitución Nacional, artículo 99 *“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.”*

31 Constitución Nacional, artículo 99 *“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.”*

32 Expediente n°5-PE-2016.

33 24971/2017 *“Sera justicia y otro c/ en y otro s/ proceso de conocimiento”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal 9.

remover al/la titular del MPF.

La decisión del juez Pablo Cayssials – susceptible de ser apelada- dejó entreabierta la puerta para que el Gobierno Nacional reavivara la posibilidad de remoción de la Procuradora por decreto. Sin embargo, tan sólo diez días después del mencionado fallo, el Ejecutivo Nacional logró su cometido pero por otra vía. En fecha 30 de octubre, Alejandra Gils Carbó presentó oficialmente su renuncia, con efectos a partir del 31 de diciembre del corriente.

Según la propia funcionaria, la decisión fue tomada con la intención de disuadir reformas que pudieran afectar la independencia y autonomía del órgano³⁴. Pese a ello, la expresión de deseos de Gils Carbó se vio frustrada ya que efectivamente tras su renuncia se anunció un nuevo proyecto de reforma del MPF que constituye un riesgo para la división de poderes y amenaza con debilitar la figura del/la próximo/a Procurador/a.

Según el art. 120 de la CN, el MPF es un órgano independiente de los tres poderes del Estado, cuya misión es promover la actuación del Poder Judicial en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, para lo que cuenta con autonomía funcional y autarquía financiera. Es decir que se trata de un órgano independiente que se constituye como un cuarto poder, autónomo a la división clásica y tripartita de los poderes, como impulsor del actuar de la Justicia y como actor fundamental del juego democrático de las instituciones republicanas.

En consonancia con la normativa local, la CIDH recomienda a los Estados parte *“adoptar medidas con el fin de garantizar su independencia institucional y mientras tanto asegurar su independencia funcional y en el manejo de su presupuesto”*³⁵.

Exclusivamente en lo que hace a la afectación de la independencia funcional del titular del MPF –y dejando de lado consideraciones sobre vulneraciones a otras normas constitucionales-, entendemos que el proyecto afecta seriamente la autonomía del órgano, en tanto se elimina la exigencia de remoción a través del juicio político, estableciendo un mecanismo endeble que requiere sólo una mayoría absoluta en ambas cámaras del Congreso de la Nación. Asimismo, habilita a que el Poder Ejecutivo Nacional inicie el proceso de remoción mediante resolución fundada y que, a partir de ello, se suspenda de oficio al titular del cargo, lo que en conjunto lo vuelve una herramienta de presión inadmisibles³⁶.

34 Carta de renuncia de Gils Carbó dirigida al Presidente de la Nación Mauricio Macri. Disponible en: <https://www.google.com.ar/search?q=renuncia+de+gils+carbo+a+macri&oxq=renuncia+de+gils+carbo+a+macri&aqs=chrome..69i57.8339j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

35 *“Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas”*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44 5 diciembre 2013. Pág. 108.

36 Comunicado del Centro de Estudios Legales y Sociales. *“Ministerio público fiscal: un nuevo intento de reforma que vulnera su autonomía e independencia.”*. Publicado el 7 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2017/11/ministerio-publico-fiscal-un-nuevo-intento-de-reforma-que-vulnera-su-autonomia-e-independencia/>

5. Consideraciones finales

El panorama brevemente relatado en estas páginas da cuenta de una problemática que se ha visto agravada en nuestra sociedad con el correr del tiempo, y que no es más que el reflejo de un conflicto de intereses.

Los avances del poder político sobre la administración de justicia se suceden en un atropellado devenir de actuaciones y medidas que desesperadamente intentan alinear el accionar de los tres poderes del Estado, olvidando por completo el mandato del sistema de división de poderes.

En efecto, los gobiernos de turno –tanto provincial como nacional- han pretendido forzar el curso del Poder Judicial para lograr el acompañamiento de las y los magistrados a las nuevas políticas de gobierno implementadas, que en gran medida implican un radical cambio de dirección respecto gestiones anteriores.

Sin embargo, estas embestidas contra la independencia judicial parecen olvidar que uno de los valores más preciados del Estado de Derecho es la división de poderes, que a su vez garantiza el respeto de valores democráticos y la plena vigencia de los derechos cada ciudadano/a. Las instituciones y sus garantías constitucionales de independencia y autonomía operan como resguardo contra la arbitrariedad, y aseguran la vigencia del Estado de Derecho, basado en el respeto a las leyes y por tanto alejado de la mera voluntad del gobierno de turno.

El Poder Ejecutivo, como administrador y ejecutor de la voluntad popular a la cual representa, puede y debe responder a las coyunturas socio-políticas de un momento determinado. Por su parte, el Poder Judicial, encargado de impartir justicia en una sociedad mediante la aplicación de las normas y principios jurídicos en la resolución de conflictos, debe atenerse estrictamente a lo dictaminado por el ordenamiento jurídico vigente. Una administración de justicia que cambie de criterio según las presuntas exigencias sociales del momento, no hace más que debilitar la institucionalidad del sistema republicano y democrático.

Finalmente –sin desconocer las diversas falencias que existen en la administración de justicia y el legítimo reclamo de la sociedad porque se resuelvan cuestiones relativas a la inseguridad- entendemos que proyectos de reforma de la magnitud de los mencionados en este acápite, deben respetar la autonomía y la función propia de cada Poder del Estado, y fundamentalmente deben ser pasibles de control ciudadano, garantizando la participación de la sociedad civil y demás actores políticos en el pertinente debate.

Sólo de esta forma se garantizará la legitimidad de cualquier reforma, y se lograrán cambios con proyección de perdurabilidad en el tiempo, que redunden en mayor beneficio para los integrantes de la sociedad toda y en la plena vigencia de sus derechos fundamentales.

SALUD Y DERECHOS HUMANOS

Derechos de las Personas con VIH en la Provincia de Mendoza

RENZO GASTÓN MOLINI ACIAR¹

RAJAP - RED ARGENTINA DE JÓVENES Y ADOLESCENTES POSITIVOS

1. Introducción

Los avances en los tratamientos y en la atención sanitaria han hecho del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) una infección crónica. Actualmente, la calidad de vida de las personas con VIH ha mejorado significativamente, tanto que hoy puede ser igual a la de cualquier persona. Sin embargo, la percepción social del VIH no ha avanzado tanto como la medicina.

El estigma y la discriminación que rodean al VIH generan diversas consecuencias que afectan al desarrollo de la epidemia y de los tratamientos personales, reforzando las desigualdades sociales existentes, en especial las relacionadas con el género y la sexualidad. Las consecuencias no son solo para las personas con VIH, sino también para la sociedad en general.

La discriminación real o percibida en el ámbito laboral puede llevarnos a las perso-

¹ Área de Integración Comunitaria, Secretaría de Extensión Universitaria, Universidad Nacional de Cuyo.

nas con VIH a tener barreras de acceso al trabajo, y en caso de conseguirlo, retrasar las visitas a los servicios de salud dificultando el tratamiento de la infección, para evitar comunicar la causa de estas visitas. A esto se suma el miedo a ser vistas/os en las salas de espera de los servicios de infectología o el temor anticipado a los efectos secundarios de algunas medicaciones.

Ocultar el estado serológico puede provocar estrés y otros efectos negativos en la autoestima o el estado anímico de las personas, debilitando el sistema inmunológico. El rechazo social y la discriminación pueden dificultar la motivación de quienes tenemos VIH para asumir pautas correctas de cuidado personal y de adherencia al tratamiento antirretroviral.

Es por ello que se vuelve importante conocer los derechos que tenemos las personas con VIH, para poder tener un acceso integral a ellos y de esta manera reducir los efectos producidos por el estigma antes mencionado. Para ello es imprescindible conocer los aspectos locales en lo respectivo a la realidad legal y social del VIH.

En base a estos factores abordaremos los aspectos jurídicos, institucionales y socioeducativos del VIH y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (sida).

2. Aspectos jurídicos

En determinadas circunstancias los derechos que todas las personas tenemos deben ser reforzados por leyes especiales, como es el caso del VIH y Sida. En ese contexto, detallamos a continuación un listado de normas referidas al derecho a la salud, particularizando en aquellas directamente relacionadas con la vida de las personas con VIH:

Ley Nacional de Sida (Ley 23.798)

En el año 1990 se sancionó la Ley Nacional de Sida 23.798, reglamentada con el Decreto 1244/914. En su art. 1º, la ley declara de interés nacional la lucha contra el Sida y tiene por finalidad impulsar la investigación y detección de sus agentes causales, garantizar el diagnóstico y el tratamiento, y promover su prevención a través de la educación de la población. Esto implica que el Estado argentino queda obligado a garantizar el acceso al tratamiento integral del VIH y el sida, como así también de todas las patologías derivadas. Como es una ley nacional, rige para todo el país y para todos sus habitantes.

El Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Dirección de Sida y ETS, controla el cumplimiento y tiene a su cargo la ejecución de la norma. Los principios de esta ley son:

Accesibilidad: implica que todas las personas tenemos derecho a la atención de su salud. En este caso, se trata del acceso gratuito, voluntario y confidencial al diagnóstico, al tratamiento antirretroviral y a la asistencia integral de la salud, tanto física como psicológica.

Sin embargo, en nuestro territorio provincial no siempre es posible que esto se cumpla en su totalidad. A través de las denuncias realizadas por personas con VIH

hemos podido ver que en diversas ocasiones la burocracia, el desconocimiento de la legislación vigente y otras acciones dificultan el acceso integral al tratamiento. En la mayoría de los casos la atención psicológica no es ofrecida y por lo tanto hay barreras para poder hacer uso de la misma.

Respeto a la dignidad humana y no discriminación: indica que el contenido de esta ley (y cualquier otra norma que sea complementaria) no puede afectar la dignidad humana. No podemos producir con ella marginación, estigmatización, degradación o humillación, de la misma forma en la que no podemos transgredir la privacidad de ninguna persona.

En este punto hemos podido observar en Mendoza casos de profesionales de la salud que permiten que sus creencias personales y/o religiosas interfieran en el ejercicio de sus tareas y, de este modo, se ha visto afectada la dignidad de algunas personas en diferentes ocasiones. Es por ello, que se hace necesario capacitar y sensibilizar al personal de la salud, personal administrativo y otras personas relacionadas a la atención de las personas con VIH para disminuir la posibilidad de que se produzcan estos hechos.

Información: las personas tenemos el derecho a conocer todo lo referido a nuestro estado de salud y esto debe incluir el diagnóstico, los riesgos y beneficios del tratamiento, las alternativas terapéuticas, etc.

Aun así poder acceder por completo a la información se convierte en un desafío. En la actualidad aún existe una relación jerárquica donde quienes vamos a una institución de salud estamos sujetas/os a la autoridad indiscutible de quien nos atiende. En consecuencia, a veces no se brindan todos los datos referidos al tratamiento, sino que se apela a la simple prescripción de las pastillas.

Confidencialidad: La ley también protege la confidencialidad en cuanto al estado de VIH de una persona; en todos los casos, se aplica el criterio del principio de la bioética de la confidencialidad, incorporado también en la Ley de Derechos del Paciente, Ley 26.529. Asimismo, se remite a todos los ámbitos de la vida privada de la persona, no sólo a los servicios de salud.

Las personas con VIH tenemos derecho a no revelarlo a nadie, aún en nuestro lugar de trabajo. Si queremos comunicar nuestro estado serológico a nuestro empleador, es recomendable hacerlo mediante telegrama laboral, poniéndolo en conocimiento de la protección legal de lo que significa, y la susceptibilidad a la reclamación de daños y perjuicios en casos de discriminación laboral. Existen excepciones al deber de confidencialidad y en dichas ocasiones la información podrá ser brindada:

- A la propia persona o su representante.
- A otro profesional médico por cuestiones de tratamiento.
- Al Sistema Nacional de Sangre.
- Al director de la institución cuando resulte necesario para su asistencia.
- A los jueces: mediante resolución fundada que lo establezca (en causas criminales o de familia).
- A los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes.
- Bajo responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información

para evitar mal mayor.

Prevención: la ley ordena que a través de los programas jurisdiccionales se lleve adelante el cumplimiento de la misma, para lo cual dichas autoridades deben desarrollar programas de prevención y educación, además de coordinar con la Dirección de Sida y ETS el acceso al diagnóstico y tratamiento.

Obligatoriedad de cobertura de las prestaciones de VIH, sida y drogadependencia (Leyes 24.455 y 24.754)

Estas leyes obligan a las obras sociales y a las empresas de medicina prepaga, respectivamente, a garantizar la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por cualquier retrovirus, incluido el VIH, y aquellas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes.

A pesar de la existencia de esta legislación, hemos observado múltiples problemas en la prestación de los distintos servicios de salud de parte de estos sistemas y lo ampliaremos en los aspectos institucionales de los derechos de las personas con VIH.

Ley de obligatoriedad del ofrecimiento de la prueba del VIH a toda mujer embarazada (Ley 25.543)

El VIH puede transmitirse durante el embarazo, el parto o la lactancia, de la mamá al bebé. En la actualidad existen tratamientos muy efectivos que reducen a menos del 2% esta posibilidad; es por eso que esta ley establece la obligación del equipo de salud de informar y ofrecer la prueba diagnóstica del virus de inmunodeficiencia humana a toda mujer embarazada. Es importante resaltar que la realización de la prueba se llevará a cabo siempre que la mujer embarazada preste su consentimiento previamente. Su decisión debe plasmarse en forma escrita en su historia clínica con firma de la mujer y del médico. Esto significa que *la obligación está en “ofrecer la prueba de VIH”, no en hacerla.*

Prohibición de incluir la prueba de VIH en los exámenes preocupacionales (Res. 270/2015 Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación)

Todas las personas tienen derecho a acceder a un trabajo sin discriminación. Como ya se dijo, la Ley Nacional de Sida N°23.798 establece que los equipos de salud no pueden revelar el estado de VIH de una persona (salvo pocas excepciones) y las personas con VIH tienen derecho a manejar esta información de acuerdo con su criterio y elegir con quién y cuándo compartirlo. La Resolución 270/2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación establece que la exigencia de realizar estudios de laboratorio con el fin de detectar el VIH en los postulantes a trabajador o trabajadora es violatorio de la Ley contra Actos Discriminatorios N°23.592, la Ley Nacional de Sida N°23.798 y de la Ley de Protección de Datos Personales N°25.326. La trasgresión a esta normativa puede ser motivo de denuncia.

Ley Provincial 7811: Creación del Pase Libre de Transporte para Personas con VIH

Según dictamina esta ley aprobada en 2007, se crea el “Pase Libre de Transporte” para

las personas con VIH y/o Sida, en las líneas de transporte público, de corta, media y larga distancia dentro del territorio provincial, con el objeto de garantizar la continuidad de los tratamientos y rehabilitación de los mismos. También contempla la posibilidad de, en caso de ser necesario, que quien es beneficiaria/o tenga un/a acompañante.

Es imperativo resaltar que este derecho no existe en otras provincias y en los casos en los que sí, no suele ser tan amplio.

Oras legislaciones relacionadas a nuestros derechos son:

Ley del Sistema Nacional del Seguro de Salud;

Ley de Derechos del Paciente;

Ley de medicina prepaga;

Ley de salud sexual y procreación responsable.

Proyecto de modificación de la Ley 23798

El proyecto de modificación de la ley 23.798 “*Ley de VIH, hepatitis virales y enfermedades de transmisión sexual*” (expediente 6139-D-2016) ha sido trabajado durante más de dos años en forma colectiva por el conjunto de las Organizaciones de la Sociedad Civil vinculadas a la temática, líderes en la respuesta al VIH en nuestro país, las redes de personas viviendo con VIH, como así también junto con la sociedad científica, el Estado Nacional a través de la Dirección Nacional de Sida y ETS, los Estados Provinciales a través de sus Programas de ITS y VIH-sida, además de las agencias internacionales y las Naciones Unidas, las que también acordaron al proyecto. Se trata de un proyecto participativo, consensuado y avalado por todos los actores, nacionales e internacionales, que participaron del proceso de construcción colectiva.

El proyecto de modificación define al objeto de la ley, el tratamiento integral (asistencial, médico, farmacológico y psicológico) de la infección por VIH, incluyendo la de sus patologías y efectos adversos derivado, y lo declara de interés nacional junto con la prevención, el diagnóstico, la investigación y el control; como así también la educación de la población en cuanto a medidas preventivas y la reducción del estigma, la discriminación y la criminalización de las personas viviendo con VIH.

También declara de interés nacional los medicamentos, vacunas y productos médicos para el tratamiento de VIH. En consecuencia, brega por una interpretación normativa que garantice el enfoque de Derechos Humanos, el cumplimiento de los tratados internacionales de la Constitución Nacional, y el Código Civil y Comercial de la Nación.

En respuesta a las necesidades específicas, uno de los puntos más importantes de este proyecto es la inclusión de políticas públicas para personas que nacieron con VIH, ya que en la ley de 1990 no fueron contempladas y hoy es una de las subpoblaciones con un alto grado de vulnerabilidad.

Se destaca la creación de la Comisión Nacional de VIH, Hepatitis virales y ETS. Integrada por representantes de las agencias estatales, del sector de personas viviendo con VIH y ETS, del sector de organizaciones con trabajo en VIH y ETS, y de las sociedades científicas. La integración de la misma se determinará garantizando la representación mayoritaria de las personas viviendo con VIH y ETS, y la representatividad federal

de las mismas. Para ello, se crearía el Fondo de Fortalecimiento de Organizaciones de Personas Viviendo con VIH y Hepatitis para garantizar el cumplimiento de los objetivos del presente proyecto de ley.

Además se trata el carácter de la prueba diagnóstica, la cual se establece debe estar acompañada de consejería pre y post test en forma individual y con participación prioritaria de personas viviendo con VIH. Toda prueba debe ser: voluntaria, gratuita, confidencial, universal y realizada en un marco que garantice la correcta vinculación de la persona diagnosticada con los sistemas de salud. Asimismo se prohíbe la obligatoriedad de una orden firmada por un médico para la realización y/o procesamiento de las pruebas para detección del VIH, bastando la simple solicitud y la firma del consentimiento informado y de las personas interesadas en cualquier lugar donde se realicen las pruebas. Se entiende por consentimiento informado a la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, beneficios, riesgos y consecuencias previsibles.

Así se hace mención a otras disposiciones, concernientes a derechos laborales, a la educación, a la seguridad social y al acceso a la vivienda.

Derechos y Condiciones Laborales: Se prohíbe en todos los casos la realización de la prueba diagnóstica de VIH en los exámenes pre-ocupacionales, así como también la realización hacia el trabajador o trabajadora de actos arbitrarios, hostigamientos, violación de la confidencialidad acerca del estado serológico, despidos u otra forma de discriminación en el ámbito laboral. En ese sentido se promoverá que sobre la base del diálogo social, empleadores, trabajadores y Estado desarrollen una Política Nacional sobre VIH y Sida en los lugares de trabajo, promoviendo la empleabilidad de las personas viviendo con VIH y ampliando el acceso universal para la prevención, asistencia integral y no discriminación.

Derecho a la Educación: Ninguna institución educativa, pública o privada podrá solicitar pruebas o dictámenes médicos sobre el VIH, a postulantes o alumnos o cualquier otro integrante de la comunidad educativa como requisito de ingreso, permanencia o promoción en la misma.

La autoridad de aplicación articulará con los diferentes organismos estatales y con la plena participación de las personas viviendo con VIH, con el fin de implementar políticas públicas tendientes a dar respuesta a situaciones de vulnerabilidad social que afecten el acceso integral al derecho a la alimentación, la salud, el trabajo, la educación y la vivienda, logrando la participación de los distintos ministerios en el desarrollo de una política nacional acorde (por ejemplo pases de transporte gratuito, programas alimentarios, pensiones no contributivas, programas de vivienda, entre otros).

3. Aspecto institucional

En la Argentina lo respectivo al VIH y/o Sida es abarcado y controlado por el órgano de aplicación dispuesto por la ley: la Dirección Nacional de Sida y ETS (DiNaSi), que

se encarga del diseño, implementación y control de las políticas públicas referidas al virus y los aspectos relacionados.

A su vez la DiNaSi actúa en el territorio a través de los Programas Provinciales y Municipales de VIH o Sida. En Mendoza se encuentra el Programa de Asistencia y Prevención de Sida (PAPSI), quien se encarga de la cobertura a las personas incluidas en el sistema público de salud. También existen en nuestra provincia programas municipales.

El órgano de control de las obras sociales e instituciones de medicina prepaga es la Superintendencia de Servicios de Salud, donde quienes tienen problemas con el acceso a los estudios médicos o tratamientos pueden acceder para realizar los reclamos correspondientes.

4. Aspecto socioeducativo

Como explicamos al principio del informe, la realidad actual del VIH nos plantea un paradigma que va más allá de la salud como se concibe en este momento, sino que invita a mirarla integralmente. No sólo somos cuerpos que alojan patologías, sino personas con diferentes características que nos componen. Además de la salud física es importante prestar atención a la emocional-anímica y social.

En el año 2013, el INADI y la Universidad Nacional de Cuyo elaboraron el Mapa de la Discriminación en Mendoza que arrojó como resultado que la discriminación por la serología está entre las primeras del país y la provincia, como refleja la siguiente tabla:

Principales tipos de Discriminación percibida		
Orden	Principales tipos de discriminación percibidos en Mendoza	Principales tipos de discriminación percibidos en la Argentina
1º	personas pobres	personas pobres
2º	sobrepeso/obesidad	sobrepeso/obesidad
3º	migrantes de países limítrofes	migrantes de países limítrofes
4º	personas LGBTTTIQ	VIH/Sida
5º	Afrodescendientes	personas LGBTTTIQ
6º	VIH/Sida	personas con discapacidad
7º	personas con discapacidad	afrodescendientes
8º	pueblos indígenas	pueblos indígenas

Estos resultados demostraron, en conjunto con otros indicadores, la necesidad de ampliar la perspectiva de la respuesta al VIH en nuestra provincia. Es por ello que en el proceso de garantizar los derechos de las personas que tenemos el virus han aparecido actores sociales importantes, de los cuales analizaremos algunos a continuación:

Programas relacionados a la salud y la sexualidad

En el abordaje integral de las estrategias para responder al VIH y al Sida, diversas áreas estatales han incluido en sus actividades una mirada más amplia acerca del mismo. Algunos de ellos son el “Programa Provincial de Salud Integral e Integrador en la Adolescencia”, el “Programa Provincial de Salud Reproductiva”, “Programa Provincial de Adicciones”, la “Dirección de Género y Diversidad de la Provincia”, los Programas Municipales de VIH de Guaymallén y San Martín, entre otros.

Organizaciones de la sociedad civil

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) se han convertido en grandes aliadas en la generación de políticas públicas con respecto a diversos temas. Las OSC se encuentran cerca del sector de la sociedad al que abarcan y conocen bien sus necesidades, incluso siendo integradas por las mismas personas a quienes afectan directamente las normativas o políticas de Estado.

En nuestra provincia el trabajo de las OSC relacionadas al VIH ha sido fundamental para la visibilización del virus, aunque aún la participación en el desarrollo de las planificaciones es limitada.

Algunas organizaciones que trabajan VIH en la provincia son:

- la Asociación Civil Red Argentina de Jóvenes y Adolescentes Positivas/os (RAJAP);
- la Asociación Civil Vida Infantil;
- la Fundación Rock & Vida;
- Vihvo Positivo;
- la Asociación Civil Redes Nueva Frontera

Del mismo modo, otras organizaciones que no tienen un trabajo particular en VIH, han contribuido por años a la capacitación y la reducción del estigma y la discriminación, como es el ejemplo de la Organización Mendocina de Integración (OMIN), dedicada al género y la diversidad sexual.

Instituciones educativas

En el abordaje sindémico del VIH, es decir, desde una mirada sociocultural y educativa en lugar de una estrictamente biomédica, nace durante este año (2017) en el interior de la Universidad Nacional de Cuyo el “Programa Comunitario de Integración de las Personas con VIH y/o Sida”. El mismo está integrado por la Universidad (a través del Área de Integración Comunitaria de la Secretaría de Extensión Universitaria), la RAJAP y el PAPSI.

Este programa se propone ir más allá de las medidas preventivas en relación a la profilaxis o los tests de detección del VIH, y apunta a abordar acciones tendientes a

evitar la marginación, estigmatización, degradación o humillación de cualquier persona que viva con VIH y/ Sida, y específicamente, en la población joven entre los 14 y 30 años.

Esto parte de una concepción integral de la Salud, la cual entendemos como el disfrute del bienestar físico, social y psicológico de las personas y las comunidades, por lo que trabajar para desterrar los imaginarios negativos de la realidad de la vida de las personas que viven con VIH y/o Sida se torna sumamente necesario ante la persistencia social de prácticas discriminatorias.

Se propone por lo tanto acciones hacia la comunidad universitaria en particular y la sociedad mendocina en general, que aborden específicamente aspectos sociales, culturales y educativos en el desarrollo de actividades de docencia, investigación, extensión y vinculación, coordinando acciones en común con otros organismos públicos y privados, nacionales, provinciales o municipales, e internacionales.

Se han realizado ya desde el Programa actividades relacionadas a la Comunicación Social, el Trabajo Social, la Educación y el reconocimiento de las organizaciones de la sociedad civil.

Es importante destacar que los programas previos que existen relacionados al VIH tienen un alcance diferente. Uno de ellos se encuentra en la Universidad Nacional de La Plata y abarca sólo el aspecto legal, otro se ubica la Universidad Nacional de Entre Ríos trabajando los tests e información preventiva, entre otros. Por ende, esta articulación enmarcada en el Área de Integración de la Secretaría de Extensión de la UN-Cuyo, representa un aporte innovador a la respuesta al VIH, y por primera vez integra a las personas que tenemos el virus en el proceso de creación, planificación, ejecución y control de las actividades académicas propuestas.

Profesionales sensibles a la temática

Es importante destacar que además de las instituciones y organizaciones antes mencionadas hay profesionales en la provincia amigables e interesadas/os en capacitarse continuamente para brindar un mejor servicio.

A pesar de los aspectos legales y los amplios aportes que el Programa de VIH de la Provincia ha venido realizando para la atención integral y no discriminación de las personas viviendo con VIH, aún se han vivido casos de discriminación. A continuación queremos resaltar un caso vivido recientemente:

“En diciembre de 2016 me dolía mucho la muela porque no tenía espacio, ya que estaba saliendo otra muela, que creo que era la del juicio, y fui a una sala que está cerca de mi casa, es un centro de salud de barrio a sacarme la muela. Como es un centro de salud de barrio no tenía los materiales para sacar una muela que era justo complicada con otra, entonces era para una cirugía más o menos. La chica me deriva a la 17, al centro de salud de Las Heras, ahí llego, me atiende una odontóloga, le digo que me voy a sacar la muela y me hace una radiografía. Me dice que no hay problema, que es bastante simple para sacar, me anestesia una vez, no me tomaba la anestesia, me inyectó otra vez y así hasta la tercera vez. En la tercera vez, no me tomaba pero yo le digo que me había agarrado la lengua la anestesia, entonces ella me dice que quería que me aga-

rrara el labio, entonces me vuelve a poner anestesia una cuarta vez. En eso, en la charla, yo le comento que tengo VIH, ella me dice ‘¿cómo que tenes VIH?! ¿por qué no me lo dijiste antes?!’, entonces yo le digo ‘¿pero cual sería el problema?’, y me contesta ‘lo que pasa que yo para vos tengo que separar un material especial, esperame que quiero ir a ver si un médico quiere lavar el material que yo voy a usar con vos’. Se va, más o menos unos 15 o 20 minutos, vuelve y me dice ‘te voy a hacer una derivación a tu hospital porque yo no te puedo atender porque tenés VIH’. En eso ella agarra un papel, me pregunta donde me hago atender, yo le digo que en el hospital Lagomaggiore. Nunca me preguntó si yo tomaba medicación o algo. En eso, en la derivación que ella me hace en el hospital, pone en grande, en grande HIV, con mi nombre y apellido, y eso no se puede hacer, sino con el código, y me dice que me vaya porque no me va a poder atender. Yo ahí me sentí bastante discriminado porque primero me dijo que era una muela sencilla para sacar, me pinchó cuatro veces la boca, fue una anestesia que me duró de las nueve de la mañana a las dos y media de la tarde, tres. En eso yo salgo del Centro de Salud, me voy para el Hospital, porque la verdad que era un dolor de una muela que me lo quería sacar. Los llamo a los chicos de la Red (por la Red Argentina de Jóvenes y Adolescentes Positivos), les cuento, yo ya estaba yéndome para el Hospital, allá me dieron un turno, me atendieron súper bien, me dieron un turno para la próxima semana, me sacaron la muela sin ningún problema. El material fue esterilizado, la verdad que no tuve ningún problema con el odontólogo que me sacó la muela.

El acto de discriminación que yo sentí con esa señora, era una señora grande, no lo había vivido a pesar que soy visible con mi diagnóstico, estoy en tratamiento. En eso que me siento discriminado, decido hacer algo por el acto que yo recibí ese día, porque era un paciente más que me estaba atendiendo. Decidí ir al INADI con la fotocopia de la derivación de ella. Al tiempo recibí noticias, tuvimos unas audiencias, no me acuerdo si eran dos o tres. Yo fui a las dos, ella no se presentó, nunca fue, solamente una carta de disculpas. Nunca fue, solo una carta. No me gustaría que esta mujer no deje su profesión pero sí que se capacite y no sea una disculpa y nada más, no está bueno que nos dejen para el último por ser personas con VIH, estaría bueno que nos atiendan como un paciente normal, porque los materiales siempre tienen que estar esterilizados independientemente si uno tiene o no VIH. Me gustaría que no nos dejen para el último, sino que nos atiendan como cualquier persona.”

5. Fuentes:

- Cuadernillo “VIH y derechos. Guía jurídica y de orientación para las personas con VIH en la Argentina”. Dirección de Sida y ETS, Ministerio de Salud de la Nación. Argentina, 2016.
- “Mapa de la discriminación en Mendoza” - 1a edición. INADI, Buenos Aires, 2014.
- Ley Nacional 23798 “Ley Nacional de Sida”, 1990.
- Ley Provincial 7811 de “Creación del pase libre para transporte de pacientes con HIV SIDA – Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”, 2007.
- INSTRUCTIVO PARA ACTIVISTAS SOBRE EL PROYECTO DE MODIFICACION DE LEY 23.798 “LEY DE VIH, HEPATITIS VIRALES Y ENFERMEDADES DE TRANSMISION SEXUAL”. Área de Asuntos Legales e Incidencia Política, Red Argentina de Jóvenes y Adolescentes Positivos, 2017.
- <http://www.uncuyo.edu.ar/extension/el-programa-integracion-de-las-personas-con-vih-yo-sida>

Somos una organización de la sociedad civil sin fines de lucro, integrada por profesionales y estudiantes de diversas disciplinas de las ciencias sociales que, ad honorem y en forma independiente de todo partido político e institución religiosa, trabaja en la promoción, capacitación, investigación, difusión y defensa de los derechos humanos.

Buscamos promover el respeto y garantía de los derechos humanos a través de la visibilización de graves vulneraciones, la defensa jurídica, la generación y transmisión de información y conocimientos con el objeto último de incidir positivamente en las políticas públicas adoptadas por el Estado.

Para llevar adelante nuestra misión y visión nos organizamos por áreas temáticas: Asuntos Constitucionales y Convencionales, Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Género y Diversidad, Niñez y Adolescencia, Pueblo Indígenas y Migrantes, Salud Mental, Seguridad Ciudadana y Violencia Policial.

Desde el 2009 realizamos un informe periódico de la situación de Derechos Humanos en la Provincia de Mendoza. Cada año este informe toma mayor relevancia e incluye nuevas temáticas y problemáticas. Este año los ejes temáticos son: "Memoria, Verdad y Justicia", "Violencia Institucional", "Penitenciarías", "Género y Diversidad Sexual", "Niñez y Adolescencia", "Pueblos Indígenas y Migrantes", "Medio Ambiente", "Derechos de las personas con discapacidad", "Derechos Humanos y Servicios Públicos", "Independencia Judicial y Responsabilidad Internacional del Estado", "salud y derechos humanos".



XUMEK
Asociación para la Promoción y
Protección de los Derechos Humanos

www.xumek.org.ar | (0261) 4582192 | contacto@xumek.org.ar

 facebook.com/xumek

 [@XUMEKDDHH](https://twitter.com/XUMEKDDHH)