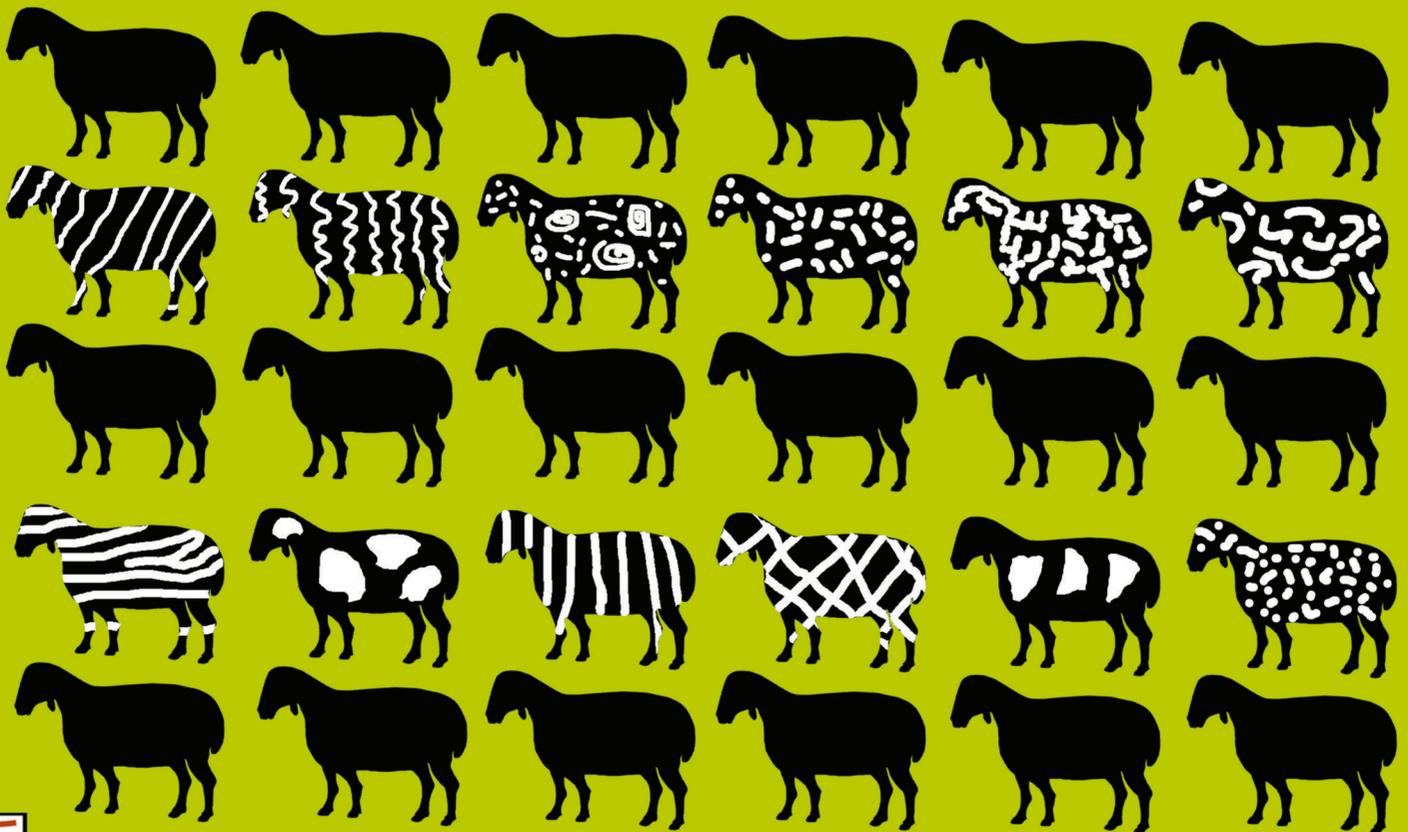


Año 2  
NÚMERO 3  
AGOSTO  
DE 2012

Buenos Aires  
Argentina

---

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA  
**DEFENSA PÚBLICA**  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

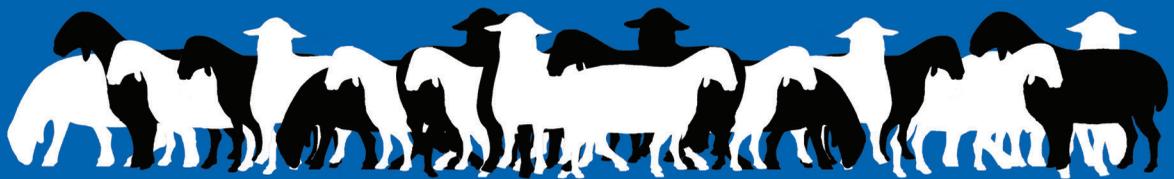


“Rebaño: diversidad”, Francisco Elias Iskandar, MMXII.

#### Escriben

Dr. Damián Loreti  
Dr. Edgardo Alberto Donna  
Dra. María Angélica Gastaldi  
Dr. Andrés Harfuch  
Dr. Abel Fleming  
Dr. Javier Esteban de la Fuente  
Dr. Sebastián Tedeschi  
Equipo de Psicólogos del Cuerpo de Mediación

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA  
**DEFENSA PÚBLICA**  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



“Rebaño” - *collage* digital, MMXII.

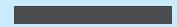
Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. Combate de los Pozos 155 (1079).

El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

ISSN 1853-5828

Año 2  
NÚMERO 3  
AGOSTO  
DE 2012

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



**DIRECTOR**

MARIO KESTELBOIM

**COMITÉ EDITORIAL**

DR. VÍCTOR ABRAMOVICH

DRA. BETTINA CASTORINO

DRA. GRACIELA CHRISTE

DR. ARÍSTIDES CORTI

DR. ISRAEL PEDRO GALIN

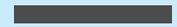
DR. ROBERTO GUINNEY

DR. MARIO LANDABURU (†)

DRA. ALICIA OLIVEIRA

DR. ALEJANDRO SLOKAR

DR. RICARDO SMOLIANSKI





## ÍNDICE

---

### 7 EDITORIAL

11 **Dr. Damián Loreti.** Homenaje a Mario Landaburu.

### ARTÍCULOS

19 **Dr. Edgardo Alberto Donna.** “La responsabilidad penal puesta en crisis.”

27 **Dra. María Angélica Gastaldi.** “La segunda modernidad y los desafíos a la Justicia.”

33 **Dr. Andrés Harfuch.** “La carrera de la Defensa Pública. Hacia la definitiva independencia de la Defensoría del poder político.”

51 **Dr. Abel Fleming.** “¿Puede admitirse la iniciativa probatoria del juez en el proceso penal?”

59 **Dr. Javier Esteban de la Fuente.** “Alternativas a las penas cortas privativas de la libertad.”

75 **Dr. Sebastián Tedeschi.** “El acceso a la vivienda es justificable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC.”

91 **Equipo de Psicólogos del Cuerpo de Mediación - Secretaría Jurisdiccional.** “Método Alternativo de Resolución de Conflictos. Una mirada interdisciplinaria.”

### ANEXO DOCUMENTAL

105 **Fallo de la Corte Suprema de la Nación "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo."**

143 **AGENDA**



## EDITORIAL

---

**Mario Kestelboim**

Defensor General de la CABA

La aparición del tercer número de la Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires se produce a meses del deceso del Dr. Mario Landaburu, prestigioso jurista y militante consecuente por los Derechos Humanos, defensor de presos políticos en los años '60s y '70s, ex defensor ante la Cámara Nacional de Casación Penal y destacado operador jurídico en la defensa de los derechos de los más vulnerables y marginados de nuestra sociedad.

En sus últimos años, participó en el Comité Editorial de esta publicación, compartiendo generosamente su tiempo y sugerencias, aportando ideas y entusiasmo para que el emprendimiento se concretara y tuviera continuidad, enseñándonos en cada encuentro su profunda vocación y compromiso con la justicia.

Lamentando hondamente su fallecimiento, lo recordamos dedicándole este número y publicando un sentido artículo de homenaje de su discípulo y amigo Dr. Damián Loreti, quien evoca diversos aspectos de la personalidad y enseñanzas de un verdadero maestro y referente para quienes trabajamos en la Defensa Pública.

En lo personal, me resultan imborrables los días de privación de libertad que compartimos en el penal de Villa Devoto, a disposición del poder ejecutivo dictatorial del “gobierno que nadie eligió” en julio de 1969.

En este número 3 de nuestra Revista, contamos con participaciones de magistrados de diversos puntos del país, lo cual brinda un grato carácter federal a la publicación. En tal sentido, agradecemos las participaciones de la Dra. María Angélica Gastaldi, presidenta de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, del Dr. Abel Fleming, ex Presidente de la Federación de Magistrados de la Argentina y Juez de Cámara en lo Criminal N° 1 de la provincia de Salta —quien nos recibiera tan cordialmente en la reciente visita a dicha provincia— y del Dr. Andrés Harfuch, Defensor General de San Martín, provincia de Buenos Aires. Sus artículos representan importantes colaboraciones en el propósito de consolidar una publicación que pueda dar cuenta de diferentes temas, preocupaciones y problemáticas de la Defensa, con una perspectiva pluralista y diversa.

Respecto de la acuciante cuestión del derecho a la vivienda, decíamos en el editorial del segundo número —aparecido en diciembre del año pasado—, que se había *“abierto la esperanza de un pronunciamiento significativo para el derecho a la vivienda en nuestra Ciudad por parte del máximo tribunal de la Nación”*, en ocasión de publicar los textos del Recurso Extraordinario Federal ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad y del Recurso de queja interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa de Sonia Quisberth Castro. La sentencia del más Alto Tribunal de la Nación se dictó en el pasado mes de abril, abriéndose una nueva perspectiva para el desarrollo del derecho a la vivienda en nuestra Ciudad y en el país. Se abre, también, un importante debate y la producción de artículos y comentarios que espe-

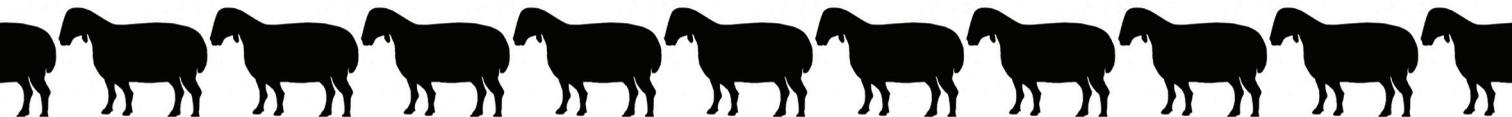
ramos publicar en sucesivos números, dada la intensa actividad desplegada por los Defensores Públicos de la Ciudad durante años, para llegar a semejante logro. En el presente número, el Dr. Sebastián Tedeschi, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, da el puntapié inicial, brindándonos agudas reflexiones sobre el tema. El fallo completo de la CSJN se publica en el anexo documental.

La temática penal se hace presente con los artículos del Dr. Javier de la Fuente —ex titular de la Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 11 de la Ciudad de Buenos Aires y actual integrante de un Tribunal Oral en lo Criminal de la misma ciudad— y del Profesor Dr. Edgardo Alberto Donna, quienes con sus colaboraciones de alto nivel conceptual prestigian nuestra publicación. Por último, el Equipo de Psicólogos del Cuerpo de Mediación, dependiente de la Secretaría Jurisdiccional, desarrolla una de las dimensiones disciplinarias relevantes del campo de la mediación, campo que interesa a nuestra Revista desde su primer número.

Con estas distinguidas y generosas participaciones, que estimamos serán de interés para nuestros lectores, abrimos el intervalo hasta el próximo número.

---





## *Landaburu*

---

Cuando la conversación con el maestro y amigo ha sido intensa, su desaparición nos conmueve una y otra vez. Sentimos como si nunca se hubiera ido. Aunque uno no quiera, se siguen contestando cuestiones que habían quedado planteadas. Quizás por egoísmo. Por querer que el amigo y maestro siga con nosotros.

¿Qué decir de quien fue amigo, mentor y maestro? No se puede ni se debe querer ser objetivo en una crónica de homenaje. No se trata meramente de recuerdos hilvanados ni de una biografía. Es otra cosa. Esto es como escribir sobre el viejo de uno, lloriqueando sobre el teclado.

A “Landa” lo conocí en el ‘82. Yo cursaba segundo año de Derecho y empezaba a militar con un compañero de facultad que trabajaba en el mítico estudio de la Av. Rivadavia 2625. De hecho, lo conocí en el ascensor de ese mismo edificio cuando inopinadamente se metió en la conversación que llevábamos con otro amigo que me acompañaba.

No recuerdo el detalle preciso, pero creo que estábamos hablando de algún político de la época y él, tras mirarnos, soltó algo así como: “De ese, Jauretche decía que era un tilingo”.

Cuando luego de entrar al estudio, mi amigo que trabajaba allí me lo presentó, no podía salir del asombro. Una cosa era conocer al Dr. Landaburu por su nombre y su fama. Pero de ahí a que me diera la mano, era otra cosa.

Luego lo volví a encontrar en el año ‘86. Una auxiliar de cátedra de Derecho a la Información de la Carrera de Ciencias de la Comunicación —aún no existía la facultad de Ciencias Sociales de la UBA—,

me invitó para que, en lugar de ir de oyente como había hecho hasta entonces, me sumara a la cátedra, ya que necesitaban docentes.

Entonces fue que me citó en el estudio de Av. Corrientes y Talcahuano. Me cambió la vida. En un rato me contó cosas de la militancia, del derecho y —en particular— de las causas de Derechos Humanos en las que estaba interviniendo.

Generosamente me ofreció, en más de una oportunidad, firmar con él alguna defensa. Y, desde las tareas propias de la cátedra, compartí con él horas y horas que hubiera querido no terminaran nunca, pero a las que él alguna vez ponía fin. Hablar con “Landa” era tener el testimonio vivo, en cada momento, de la historia y la prehistoria de los Derechos Humanos, de las causas y de las pasiones populares. Las agachadas lo sacaban de quicio. Era más fuerte que él. Se le cruzaba la gente que él pensaba que había hecho una flojera y no había modo de que la perdonara. Olvidar, imposible.

Hablaba muy poco de sí mismo. Salvo de cuando era joven y estudiaba o empezaba a trabajar en el fuero civil. Pero sus relatos y anécdotas no tenían límite. Cuando uno pensaba que ya tenía alguna idea aproximada de algo, Landaburu daba aún más detalles de cómo habían sido las cosas.

La historia de Vallese, la Federación Gráfica Bonaerense, la temporada en Devoto, Walsh, la Gremial de Abogados y Trelew —que hoy lo tendría en el juicio como observador y testigo privilegiado—, los sesenta y setenta, la CGT de los Argentinos. No había modo de no zambullirse de cabeza en sus relatos y juntar trozos hilvanados de la historia de la militancia y de la resistencia.

Pero “Landa” era tan modesto que no había forma de sentarlo a escribir o grabar sus memorias. Y le molestaba mucho, hasta la exasperación, que lo reconocieran por lo hecho.

Dos anécdotas lo pintan: cuando la AABA hizo el homenaje a la Gremial de Abogados, Landaburu no quería ni hablar, ni estar en primera fila. Casi tuvieron que obligarlo. La segunda es todavía más increíble. En el edificio de la ya creada Facultad de Ciencias Sociales de la UBA se inauguró en marzo de algún año una placa en homenaje a Rodolfo Walsh con un acto en el que hablaron varias personas. Un alumno presente se acercó a Landaburu, que estaba conmovido como pocas veces lo vi, y le preguntó: “¿Usted lo había conocido?” Y la respuesta de quien fuera el abogado de Walsh fue un rotundo “No”.

La otra vez que no pudo contenerse fue cuando se hizo el homenaje a su amigo Díaz Lestrem, en el edificio de la Defensoría. Esa tarde, entre lágrimas, homenajeándolo, hizo una exposición sobre el rol del abogado que abraza las causas populares, como dudo que alguna otra vez se vaya a pronunciar.

El tipo era de una pieza, y tenía algunas pasiones que compartía con pocos. Tanguero hasta la médula, le apasionaban Fiorentino y Arolas. Junto con Lidia Tanti, su compañera, hacían interminables recorridas por las librerías de Av. Corrientes y Avenida de Mayo. Coleccionaban libros insólitos para regalar. Recuerdo dos hallazgos que me entregó. “La información como derecho”, de Desantes Guanter, primera edición, libro fundacional de la materia. Inconsequible. Y un libro sobre el FBI traducido y prologado por Rodolfo Walsh.

Otras pasiones que lo describen: Artigas, de quien tenía una frase escrita a máquina en el escritorio de la Defensoría de Casación, la murga uruguaya y Nicolino Locche, a quien adoraba.

Con Lidia compartían todo. Pero todo era eso mismo: hasta las menores memorias de la militancia y las discusiones entre Lidia y Pocho Rearte. Cómo ella lo retaba y lo hacía entre carcajadas. Las recorridas por Av. Corrientes, hasta sus últimos tiempos y los largos cafés en "Ouro Preto".

Atahualpa Yupanqui acuñó una frase que reconoce a los buenos amigos y que dice: “no son turistas de la amistad”, dando a entender que los turistas solo conocen las cosas de visita. Landaburu era nacido y criado en la amistad. Hablar con él era un homenaje para quien compartía la charla. No había forma de no salir encantado. Y él tributaba a los encuentros y se enojaba con las cosas que lo distraían de la posibilidad de encontrarse con sus afectos. Entre ellos, corriendo el riesgo de equivocarme en menos, el Zambo Lombardi, Ricardo Pérez Vélez y el Negro Giráldez. Creo que con Pérez Vélez se trataron de usted hasta hace poco. No había encuentro en que no me contara que había estado con ellos o sus novedades. Y de Villa Mercedes, su pago, en la provincia de San Luis.

Había arreglado con “Landa” juntarme el martes 7 de diciembre a almorzar. La familia me contó unos días después que el médico lo había mandado a hacerse análisis ese mismo día a la Academia de Medicina y que no había otra fecha disponible. De allí lo internaron. Pero no quería ni ir a hacerse los análisis. Le dijo un par de veces a Lidia “tengo que almorzar con Loreti” y engranaba cuando le decían que se quedara tranquilo que seguramente lo iba a entender.

Lo vi en el sanatorio a los pocos días. Andaba con un libro sobre Castelli y otro de Agamben. Y mientras por tercera o cuarta vez se disculpaba porque no había podido venir a almorzar se le escapó un tuteo. “Uy, disculpe... Bueno, ¿podríamos empezar a tutearnos, no?, me dijo. “Y, la verdad que va siendo hora”, le contesté. “Landa” era —es— como mi viejo. Me conoció hace treinta años y me trataba de usted “por respeto y no por distancia”, según dijo.

Dos minutos después estaba explicándole a la enfermera alguna cosa de la historia reciente y la piba levitaba. “Landa” sabía toneladas de derecho. Podía tener discusiones de horas sobre la nulidad de una prueba, pero no era eso lo crucial.

Amigos de mi edad compartieron mesas con él, en mi casa. Pedían hacer la reunión de nuevo para volverlo a encontrar. Los sub cuarenta

y cinco quedaban maravillados. Los que tenían algunos años más no entendían cómo aún **no había escrito sus memorias. Es que se las contaba a sus amigos todos los días.**

Pocas cosas lo definen como aquel episodio en la Iª Reunión Nacional de Abogados, realizada en agosto del '72 en la Federación Argentina de Box, donde se eligió como "presidentes honorarios" a los abogados presos por razones políticas. Allí nomás, en la apertura, Landaburu definía nuestro rol: "Existen abogados a quienes solo sirve su título profesional para colocarlos al servicio del imperialismo colonizador y de la explotación degradante del hombre". Y agregaba, "esos que completando el círculo de la entrega saltan de un estudio jurídico rentado por el capitalismo nacional o internacional, a un juzgado o una cámara, para cumplir el papel que les está asignado. Frente a esos hay un modelo que debemos defender, el del profesional próximo 'al pueblo y a sus luchas', el abogado comprometido". Establecía así una clara e irrefutable diferenciación respecto de aquellos que están al servicio del poder y de los poderosos. Él nunca me habló de ese discurso.

Con "Landa" se nos fue un imprescindible.

*Damian Loreti\**

---

\* Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Ex director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (2002-2006) y vicedecano de la misma casa de estudios (2006-2010). Autor de varios libros y numerosos artículos sobre Derecho a la Información para publicaciones especializadas de Argentina y del exterior.

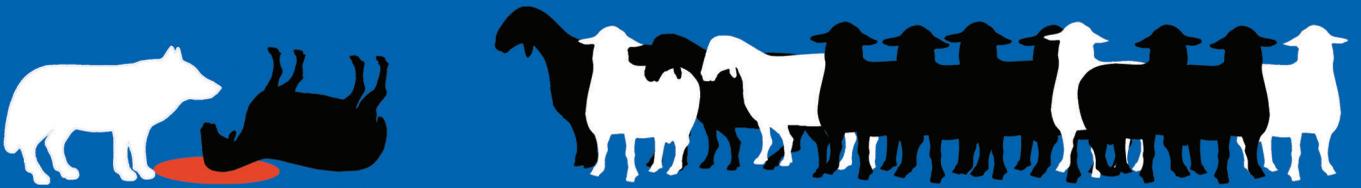




---

Artículos

---



“La indefensión” - *collage* digital, MMXII.



---

**Dr. Edgardo Alberto Donna**

---

Dr. honoris causa, Dr. Profesor Derecho Penal Universidad de Buenos Aires.  
Ex becario Fundación Humboldt

## ***La responsabilidad penal puesta en crisis***

La actual es una época que se caracteriza porque sus sociedades se han transformado —según algunos autores, entre ellos Ulrich Beck— en sociedades de riesgo. Ello ha llevado a que una parte de la doctrina sostenga —y creemos de manera errada— que el Derecho penal se debe adecuar a estas nuevas ideas, dejando de lado sus principios básicos. En esta adecuación, los fundamentos del Derecho penal liberal, sin duda, deberían entrar en crisis, especialmente el principio de responsabilidad personal, tanto en el ámbito penal, como civil.

Estamos, pues, en presencia del resurgimiento, entre otras tantas instituciones, de los llamados delitos de peligro, y más especialmente, de los delitos de peligro abstracto. La idea central es que frente a la existencia de riesgos, se exige la protección de los derechos frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos. Los incendios, el medio ambiente, la salud pública, el mismo fraude en masa, son todos tipos penales en los cuales la idea de riesgo está presente.<sup>1</sup> A ello se suman nuevas ideas procesales, donde la búsqueda de la verdad real se suple por la “solución del conflicto”, que puede o no tener base en esa verdad, y en última instancia se desentiende del principio de

inocencia. Un ejemplo es el de la expulsión de personas de las casas y edificios, en investigaciones por la probable comisión del delito de usurpación.

Este nuevo Derecho penal, —y procesal— habida cuenta de esta noción de riesgo, debería renunciar a la idea de bien jurídico, aun considerado en su función dinámica y hasta funcional, en aquellos ámbitos que tienen relación con la garantía de futuro. Se debería, entonces, de acuerdo a esta posición, someter a una revisión, en base a los actuales los instrumentos legales convencionales, ya que los problemas del siglo XXI no pueden ser resueltos con las mismas herramientas del siglo XVIII.<sup>2</sup>

En este sentido es donde aparece la víctima. Contrariamente a como sucede con el imputado, que es el centro del procedimiento penal —todo gira en torno a su culpabilidad—, el ofendido es una figura marginal. Esto contrasta con el proceso civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como demandante; en el procedimiento penal, por el contrario, es reemplazado por el fiscal.<sup>3</sup>

Esto ha cambiado o intenta cambiarse, especialmente en Alemania en donde no existía la figura del querellante. Sin embargo este renacimiento de la figura de la víctima, puede ser prometedor, en tanto no disminuya los derechos y garantías del imputado; pero queda sin resolver el problema de la ubicación de la víctima en la teoría del delito y de la pena. El riesgo que se corre es que una mayor consideración de la víctima desembocaría en una tendencia hacia una “privatización del Derecho penal”.<sup>4</sup> En este punto llama la atención cómo autores que se dicen contrarios al

Derecho penal liberal, privatizan el Derecho tanto penal, como procesal.

Además, una mayor participación de la víctima en el proceso penal y en definitiva el reemplazo del proceso penal regido clásico, por uno nuevo, el cual se termina convirtiendo en un proceso de partes, que lleva a la introducción, por ejemplo, de nuevos conceptos, como ser la mediación, implica —aunque los autores no se den cuenta— el renacimiento de la pena privada<sup>5</sup> y con ello nuevamente la venganza. En consecuencia, es el regreso a las penas de las enmiendas del derecho germano.

La aplicación de estas ideas llevó a que todo daño sea resarcido, de modo que de a poco, primero en el ámbito civil y luego en el penal, se empezó a dar un desarrollo hacia la responsabilidad objetiva, sin ningún componente subjetivo. Esto llevó a sostener, por vías de una idea de solidaridad, mal entendida, que “todos somos responsables de todo”, lo que culminó, en el ámbito civil, con la reforma del Código Civil, por vía del Decreto Ley 17.711, hace tiempo, para algarabía de algunos juristas y tristeza de otros, que en aquel momento vimos que se iniciaba un proceso que no iba a terminar bien, que se iba a agudizar hasta límites impensados.

La consecuencia de ese Derecho penal moderno, y diría de todo el Derecho, es que contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos a favor de la “generalidad”. La crisis es producto de construir un Derecho penal sobre conceptos sociológicos, esto es, sobre discursos del “ser”. De modo que desde lo que “es” se construye lo normativo, esto es, se deja de lado la “distinción entre ser y deber ser”. Con ello se logra ampliar la res-

ponsabilidad a costa de los principios básicos del Derecho penal, —que están en el ámbito del deber ser—, como el de legalidad y de culpabilidad que de esa forma han entrado en crisis, y es más, han comenzado a diluirse. Esto es notorio en los discursos actuales que afirman: “bueno, como ya existe, debemos regularlo”. El error conceptual es más que obvio: como existe el abuso de menores, siguiendo la lógica, debemos regularlo y no castigarlo.

Cornelio Prittwitz lo ha dicho en mejores palabras:

“Ha surgido un Derecho Penal del riesgo que lejos de aspirar a conservar su carácter fragmentario, se ha convertido en un Derecho Penal expansivo, hecho que aunque no es irremisible y aún no se ha valorado, sí es empíricamente apreciable. El término expansión, aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capitales o la promoción de la posición del mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible —por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal— y finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico y la peligrosidad para el mismo. Situándonos aun en un plano descriptivo, este Derecho penal del riesgo se caracteriza, además, porque el comportamiento que va a ser tipificado no se considera

previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al Derecho penal medioambiental *in toto* y puede apreciarse también en el Derecho penal económico, y conduce —en ámbitos distintos a los conocidos, y criticados con razón— a una revitalización de la creencia en la fuerza conformadora de costumbres del Derecho penal. La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que sólo, cuando se analizan superficialmente, resultan inofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que por el contrario contravienen con frecuencia una moral lejana mucho menos relevante en la conformación de conductas”.<sup>6</sup>

Y agrega:

“...ello anuncia la funcionalización del Derecho Penal no sólo en pro de los fines de minimización del riesgo sino también (y de modo mucho más prometedor) en aras de la seguridad subjetiva. Traducido a terminología penal lo anterior significa que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento arriesgado, está en juego a largo plazo —y no precisamente de forma casual— la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo”.<sup>7</sup>

## La expansión del concepto de responsabilidad<sup>8</sup>

La idea esencial de la responsabilidad a partir de la Ilustración, se basa en tres ideas fundamentales: a) que una infracción ha sido cometida; b) que el autor conocía la norma; c) que el autor podía actuar de otra manera, esto es, que era dueño de sus actos.<sup>9</sup> Esta idea de responsabilidad tenía como base la idea de la imputación al sujeto libre y, con ello se reconocía, la dignidad del sujeto. En consecuencia, solo podía imputar resultados cuando el sujeto hubiera actuado con dolo o con imprudencia.<sup>10</sup>

Sin embargo, este esquema de responsabilidad, que funcionó bien, siempre que se aceptaran sus bases, ha ido sufriendo en el tiempo un cambio, tanto en el Derecho civil, como en el Derecho penal, que ha llevado a la ruptura de estos límites y en consecuencia a la ampliación de la responsabilidad. La evolución —si se toma esta palabra en sentido neutro y no valorativo— de la idea inicial, lleva a la ruptura de los tres puntos antes referidos, que terminan en una vuelta a la “responsabilidad objetiva”, con la idea general de que “alguien debe responder”, situación que, más aún en el Derecho penal, se torna dramática, porque está en juego no solo el patrimonio del sujeto, sino la libertad, el honor, y en algunas legislaciones la propia vida de las personas. Debe agregarse a este punto la introducción de las ideas de la neurociencia, que rechazan el concepto de un “Yo” que dirija al ser humano y con ello la libertad del sujeto actuante, para entender más el problema. Bien dice Ricoeur que “toda la historia contempo-

ránea de lo que se llama el Derecho de la responsabilidad, en el sentido técnico del término, tiende a hacer sitio a la idea de responsabilidad sin falta, bajo la presión de conceptos tales como los de solidaridad, seguridad y riesgo, que tienden a ocupar el lugar de la noción de falta”.<sup>11</sup>

Parte del problema es que se ha introducido en el lenguaje jurídico el concepto de riesgo, que suplanta al de infracción, y la dialéctica propia de este pensamiento acaba por minar las bases del sistema liberal que tenía el Derecho en general y más el penal, hasta hace no mucho tiempo. La crisis comenzó cuando se desplazó el problema del autor a la víctima y se puso la atención en ella, de modo que se la colocó en el lugar de exigir reparación. Bien se ha dicho con referencia a las leyes de este tipo —en este caso de tipo laboral, pero que en última instancia hace a nuestro tema—, que la “evaluación objetiva del perjuicio tiende así a obstruir la apreciación del lugar subjetivo entre la acción y el autor. La idea de responsabilidad sin falta nace de ahí”.<sup>12</sup> Este es el peso que ya soportaron otras ramas del Derecho, pero que ahora entra a jugar en el Derecho penal. Lo que se busca, si se analiza bien el tema, es la responsabilidad objetiva, es dejar tranquila a la población en su búsqueda legítima de seguridad; resolver el conflicto a cualquier costo.

Esto implica en el fondo un problema que no ha sido visto en profundidad y no repara en sus consecuencias. Es el efecto dañino de este desplazamiento:

“...que son alentados por la extensión increíble de la esfera de riesgos y por su cambio de escalada en el espacio y en el tiempo; al final, toda incapacidad adqui-

rida, percibida como un daño sufrido, puede abrir un Derecho de reparación en ausencia de toda falta probada. El efecto perverso consiste en que, a medida que se extiende la esfera del riesgo, más se hace presente y urgente la búsqueda de un responsable, es decir, de alguien, una persona física, capaz de indemnizar y de reparar. Todo ocurre como si la multiplicación de las circunstancias de victimización suscitara una exaltación de la acusación. La paradoja es enorme: en una sociedad que no habla más que de solidaridad, en la preocupación de forzar efectivamente una filosofía del riesgo, la búsqueda vengativa del responsable equivale a una reculpabilización de los autores identificados de los daños”.<sup>13</sup>

Estas afirmaciones significan, ni más ni menos, una modificación del concepto de responsabilidad. Existe pues una ampliación desmedida del concepto de responsabilidad. Como se ha sostenido, la primera inflación del Derecho de la responsabilidad está dada por la idea “del dominio de los riesgos, accidentes e incertidumbres invocados por las víctimas en una sociedad donde todo daño suele requerir indemnizaciones. Ahora bien, como decíamos, los efectos perversos, esta misma inflación sitúa a la opinión pública ante la búsqueda de responsables susceptibles de reparar e indemnizar”.<sup>14</sup> Lo que se puede notar, sin duda, en los últimos textos de Derecho penal, y en las sentencias de tribunales que deben ser tenidos como referentes, aceptando valorativamente este desplazamiento<sup>15</sup> —y no como una observación de tipo sociológico—, que la idea del riesgo ha conquistado el espacio entero del Derecho de la responsabilidad,

que terminará como única obligación.<sup>16</sup> La idea esencial es asegurarse contra todo riesgo; luego, la sanción vendrá solo por el riesgo causado. Así el jurista tiende una mano en dirección del moralista bajo el signo de la prudencia preventiva.<sup>17</sup> Obsérvese esta última afirmación, en donde se hace entrar en el Derecho la idea de solidaridad, una especie de responsabilidad del otro casi por todo, porque todos somos responsables de todo, de modo que lo que ha comenzado a cambiar es el concepto de sujeto que se hace responsable de la acción y del resultado.<sup>18</sup> La idea es demasiado fuerte, ya que se sintetiza en la idea de que se llega a ser responsable del daño, porque en el fondo se es responsable del prójimo.<sup>19</sup> Y otra vez la confusión entre religión y Derecho. Es posible que "La Parábola del buen Samaritano" sea uno de los textos éticos más importantes de nuestra civilización y, porque no, de la fundamentación de los Derechos Humanos, pero, en Derecho penal solo es posible castigar a la persona que siguió su camino sin atender al otro, si esto está tipificado en el código penal.

La respuesta que se puede dar a la pregunta de cuál es el límite de la responsabilidad de cada uno es que “la responsabilidad se extiende a tanta distancia como nuestros poderes lo hagan en el espacio y en el tiempo”.<sup>20</sup> Esto significa que existe, en materia de responsabilidad, una trilogía que consiste en “poder-perjuicio-responsabilidad”. La responsabilidad individual se extiende hasta donde llegue el dominio del hecho, de acuerdo a lo que se sabe en cuanto al concepto de autor.<sup>21</sup> Si se deja esta idea de “poder-perjuicio-responsabilidad”, se torna difuso quién es

el autor del daño, lo que obliga a recurrir a la idea del riesgo-responsabilidad objetiva, dejar de lado al autor individual y buscar la responsabilidad de los entes que permanezcan en el tiempo, con lo cual es necesario recurrir a la responsabilidad de la persona jurídica, que es sin duda uno de los engendros más monstruosos de la responsabilidad penal. En Derecho penal esto se nota más, porque se trata de criminalizar ámbitos que son propios del Derecho administrativo y más aún, se crea un Derecho penal sin víctimas. No se ha analizado bien todavía, la última reforma sobre el delito de terrorismo, como agravante que va en esa dirección y es contraria a las Convenciones existentes sobre ese tema. Hasta el libramiento de un cheque puede llegar a tipificar el agravante —en la idea del legislador—, si aterroriza a la población. Peor redacción imposible.

Si se analiza más a fondo aún, se trata de la vuelta a la responsabilidad solo por la causalidad natural, propia del positivismo de su época, que no tiene fin y en donde el sujeto termina siendo responsable de todo y a la vez de nada.<sup>22</sup> Por esta razón se puede afirmar que el paradigma de la responsabilidad ha cambiado y se pasa de la responsabilidad de lo que se ha hecho, a la responsabilidad prospectiva y entonces la cuestión entra en el campo de la prevención. Como ha señalado Robert Spaemann:

“...hacerse cargo de todos los efectos es trocar la responsabilidad en fatalismo, en el sentido trágico de la palabra, como en el caso de la denuncia terrorista: ‘¡Es Ud. responsable de todo y culpable de todo!’”<sup>23</sup>

Claramente se puede ver esta nueva idea de responsabilidad, en el ámbito

civil, en palabras de uno de los autores más importantes del Derecho civil. Mosset Iturraspe expresa, al comentar el art. 1067 CC, que:

“...la aparición de la doctrina del riesgo, como factor objetivo —meramente creado o bien riesgo-provecho—, se produce a comienzo del siglo XX y tiene como ámbito específico los accidentes de trabajo. La lógica era que el empresario fuera responsable de pleno derecho, independientemente de toda culpa de su parte, de los accidentes acaecidos con motivo de dar trabajo a sus obreros y empleados. Quien crea con su actividad un riesgo del cual se desprenda un daño, carga con sus consecuencias”.<sup>24</sup>

Estas ideas, signadas por la sociología, van en aumento y de seguro terminarán convirtiéndose en leyes penales y procesales, con el aplauso de la mayoría. Claro, cuando la tragedia toque a la puerta de sus creadores o de sus entusiastas seguidores, de seguro se acordarán del viejo Derecho penal liberal, que protegía a los inocentes y no a los delincuentes, en una expresión desafortunada de von Liszt. Pero, y espero equivocarme, será tarde. El tiempo de la quema de las brujas ha regresado.

## Notas

<sup>1</sup> BECK, Ulrich, *Politik in der Risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991.

<sup>2</sup> HIRSCH, Hans Joachim, “El Derecho Penal y Procesal Penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad” en Hirsch, *Derecho Penal, Obras Completas*, Tº II, pág. 67 y ss., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2000.

<sup>3</sup> ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima”, en Albin Eser, *Nuevos Horizontes del Derecho Penal*, recopilación y prólogo de Edgardo Donna, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 268

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried “Rücksichten”, pág. 88; Eser, *op.cit.* pág. 300

<sup>5</sup> SESSAR, Klaus; BEURSKENS, Andreas; BOERS, Klaus, “Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma” en *Kriminologisches Journal*, 1986, pág. 86/104

<sup>6</sup> PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Coordinadores ARROYO ZAPATERIO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO, Adán pág. 261 /263, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003.

<sup>7</sup> PRITTWITZ, Cornelius, *op. cit.*, pág. 263

<sup>8</sup> LUDERSSEN, Klaus, “Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?”, en BÖLLINGER, Lorenz; LAUTMANN, Rüdiger «Vom Guten, das noch stets das Böse schafft», cit. por Silva Sánchez, en *La expansión del Derecho Penal*, pág. 117, nota 199, Cuadernos de Civitas, Madrid, 1999.

<sup>9</sup> RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Colección Esprit, Traducción de Agustín Domingo Moratalla, Caparros Editores, Madrid, 1999, pág. 63

<sup>10</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho Penal*, Parte General, Tº I, pág. 29 y ss., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2006.

<sup>11</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 63

<sup>12</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 64

<sup>13</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 65

<sup>14</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 67

<sup>15</sup> En este sentido es paradigmática la sentencia del BGH de Alemania en el caso del *spray* para cueros, BGHst, 37,106. Véase un amplio comentario de esta sentencia en Gimbernat Ordeig, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tº L, pág. 5 y ss. en especial, pág. 48 y ss., MCMXCVII, Ministerio de Justicia Madrid 2000. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia, 1995.

<sup>16</sup> Toda la teoría de la imputación objetiva parte de esta idea de aumento del riesgo. Cualquiera de las teorías existentes hablan del riesgo creado. Así Roxin, “un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la

conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto” (ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, Tº I, B, I, a, nm 39, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997).

<sup>17</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 67

<sup>18</sup> Esta posición se puede ver en el Caso Lederspray del BGH del 6 de julio de 1990; el caso Repsol del Tribunal Supremo de España del 23 de marzo de 1992, y la ampliación desmedida que ha cobrado la idea de omisión impropia. Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sind die bisherigen dogmatischen Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils geeignet, dem heutigen Stand der Kriminalität, der Strafzumessung und des Sanktionensystems zu genügen?”, en *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?* HIRSCH, Hans Joachim, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pág. 151

<sup>19</sup> RICOEUR, *op.cit.* pág. 68

<sup>20</sup> RICOEUR, *op. cit.* pág. 69

<sup>21</sup> DONNA, Edgardo: *La autoría y la participación criminal*, pág. 13 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, 2ª edición.

<sup>22</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho Penal*, Parte General, Tº I, *op. cit.*, pág. 63

<sup>23</sup> SPAEMANN, Robert, «Nebenwirkungen als moralisches Problem», pág. 82, “Philosophisches Jahrbuch”, 1975, citado por Ricoeur, *op.cit.* pág. 71; Donna, *Derecho Penal*, Parte general, Tº I, *op cit.*, pág. 63

<sup>24</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Código Civil Comentado*, “Responsabilidad Civil”, art. 1066 y 1137, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, pág. 24

---

**Dra. María Angélica Gastaldi**

---

Presidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Miembro de la Comisión Directiva de AMJA (Asociación de Mujeres Juezas de Argentina). Autora de diversas publicaciones sobre temas jurídicos. Disertó en numerosos congresos y jornadas. Fue docente de grado y posgrado en la UCA y de grado en la Univ. Nac. del Litoral y Univ. Nac. de Rosario. Fue Legisladora Provincial y Defensora del Pueblo de la Provincia de Santa Fe.

## *La segunda modernidad y los desafíos a la Justicia*

En el cúmulo de situaciones que debemos enfrentar como responsables del Poder Judicial de Santa Fe siempre hay alguna cuestión que nos preocupa con más intensidad. Como titular de la Corte Suprema santafecina me quiero referir a una de esas cuestiones, que nadie ignora, y que es uno de los problemas más severos: el incremento notable de la litigiosidad, un tema al que se refirió recientemente el Dr. Ricardo Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema de la Nación.

Trataré de abordar la problemática desde una perspectiva que explica en buena medida esa creciente litigiosidad —que, por otra parte, es un fenómeno mundial— en la sociedad argentina. Si entendemos algunos aspectos del ser del derecho, y ayudamos a emprender acciones concretas para desactivar la espiral de conflictividad presente en los miles de litigios, podemos encarar las soluciones de un modo mejor y de un modo tal que pueda ayudar a las personas que viven estos conflictos. Evitaremos así, en alguna medida, que situaciones de violencia que anidan en la sociedad se traduzcan en nuevos circuitos de agresión más graves

y contribuyendo a la concreción de uno de los objetivos primordiales del derecho.

Ciertos aspectos del modo de ser del derecho y de la institucionalidad política en las sociedades actuales explican la nueva significación de los poderes judiciales modernos, y también las fuentes de conflictividad que en nuestros tiempos vienen a recalar en los estrados judiciales. Propongo desarrollar la problemática desde este punto de vista, con la pretensión de que se comprenda mejor hacia dónde vamos y qué medidas deberíamos potenciar para enfrentar esta situación.

Así, para que se comprenda qué es lo que verdaderamente puede esperarse de los tribunales y qué es lo que realmente debemos y podemos hacer todos nosotros, sus operadores, es necesario reparar por un instante en la profunda relación entre la democracia y el derecho.

### Una realidad distinta

---

La democracia tiene el doble desafío de hacer posible que todos podamos vivir en la libertad más amplia, a la vez de asegurarnos la convivencia pacífica. Y ese es el rol que se ha asignado al derecho desde siempre: proteger a los individuos, al mismo tiempo que posibilitar el orden social.

La democracia da por sentada la idea de un orden autoimpuesto, partiendo de la suposición imaginaria de un “pacto fundacional asociativo” en el que se comparten beneficios. El común disfrute de derechos es la razón del pacto que nos aleja de volver al temible estado de naturaleza.

Pues bien, lo que ocurre en nuestras sociedades actuales, y que influye en el

valor que asignamos al derecho tal como este se vive efectivamente, es que, pese a todos los avances, no podemos dejar de ver que hay sectores respecto a los cuales podríamos preguntarnos: **¿Qué parte de la legalidad y de los derechos les compete?** Creo que **es harto visible** para todos que muchísimas personas están en una situación que bien puede definirse — en términos de Alejandro Slokar — como *ajurídica*, ignorados por la realidad de los derechos. Es la situación en la que se encuentra una amplia capa de la población, integrada por aquellos a los que solemos denominar “los excluidos”.

**Pensemos por un instante** si serán iguales las percepciones e ideas que tenemos del derecho **quienes estamos familiarizados, por distintos motivos, con él** y las de aquellas personas que no tuvieron nunca una sola seguridad jurídica, de nada: ni de vivienda, ni de trabajo; nunca contrataron y difícilmente, de persistir en esa situación, firmen alguna vez un contrato; ni adquirirán otros bienes más que los de subsistencia, tampoco van a tramitar, por cierto, ninguna licencia para conducir automotores, ni van a viajar, entrar o salir del país; ni expresarán opiniones o publicarán sus ideas en la prensa... Lo que sí es probable es que muchas de esas personas terminen atrapadas en el sistema penal.

Debemos reconocer que las palabras consagratorias de derechos que se declaran como fundamentales **distan de las vivencias de inmensos sectores de la población; y no se trata de disfuncionalidades individuales, sino colectivas y masivas**, y por ende sociopolíticas, que van a repercutir diariamente sobre la judicatura.

**También hay toda una inmensa conflictividad de orden político que está implicada en los fenómenos de inestabilidad y de penurias económicas,** de inseguridad laboral, con todas las repercusiones en las vidas de las personas, impotentes para reencauzar sus vidas, con la vergüenza a costas por las pérdidas de bienes difíciles de reemplazar, como las obras sociales o las escuelas de sus hijos; divorcios, violencia y enfermedades de por medio. La inseguridad económica origina conductas autodestructivas que repercuten sobre todo el entramado social.

Aun aquellos que gozan de cierta estabilidad en sus vidas, como quienes tienen empleo, sufren una permanente sensación de intranquilidad; como de que algo imprevisible les puede ocurrir. Si observamos los índices de rotación en el trabajo, advertimos que buena proporción de los empleados se ven en la necesidad de cambiar de trabajo cada tres años, generándoles de esta manera otra forma de inseguridad que alimenta las situaciones básicas para la aparición de conflictos.

## Cómo actuar

**Ante todo esto,** que está en la base de los miles de casos que llegan a los tribunales, **¿actuamos como autómatas aplicadores,** sin fijarnos en las realidades en las cuales operamos?, ¿o reflexionamos éticamente sobre cómo hacemos para cumplir con los cometidos del derecho y buscamos soluciones prudentiales que no sean fruto de la mera discrecionalidad y se resguarden al mismo tiempo otros importantes valores que se asignan al derecho, como el de la

previsibilidad de las decisiones judiciales?

Estas son las cuestiones que están involucradas en el rol de los jueces en la actualidad y **los magistrados, enfrentados a lo real,** en sus decisiones judiciales ya **no pueden acudir a dogmatismos establecidos en búsqueda de certezas.** El derecho ya no se ve como un sentido único y uniformador de las conductas sociales, sino como algo maleable, y en cierta forma, proveedor de soluciones individualizadas. **Esta es la complejidad del derecho, que alienta la litigiosidad. ¿Y cómo podemos evitarlo?**

**Además, lo que muchas veces no se quiere ver es que la efectividad del derecho y las soluciones concretas no dependen solo de lo que digan las palabras. Nadie podría quitar valor a las palabras de las leyes,** pero, así como ocurre con el lenguaje, con palabras podemos designar o representar cosas que están presentes, pero **podemos hacer presentes cosas que nos están creando realidades ilusorias.**

**Muchísimas de las normas fundamentales parecen prometer protecciones y seguridades vitales incondicionadas: “Todos tienen derecho al empleo, a la salud, a la vivienda digna y a un ambiente sano”. ¡Y las solas palabras nos convencen a todos de su verdadera efectividad!** Pero todos sabemos que estas seguridades dependen de los canales del debate democrático y de políticas públicas atinentes a la distribución de los bienes sociales. Mientras ello no ocurra, en la impotencia de sus privaciones, muchos ciudadanos buscan caminos individuales que por multiplicadas vías recalcan en los tribunales.

También ocurre que el idioma de los derechos fundamentales y la declarada

operatividad inmediata de muchos de ellos, anima a las personas a buscar satisfacciones individuales para sus significados. Pero hoy, por imperativo de estas declaraciones de derechos, en los litigios que vienen a los tribunales ya no sucede como en otras épocas, cuando los conflictos versaban sobre lo que las leyes contemplaban o pudieron haber explicado los juristas, supuestamente esclarecidos. Y esto también es una fuente de litigios, que en parte obedece a que la democracia nos autoriza a todos a cuestionar los sentidos del orden mismo. Así, aunque el derecho necesita del saber de los juristas, en democracia las ideas del bien se multiplican y el derecho resulta de una compleja trama cultural y de poderes sociales.

Paradójicamente, el derecho como se concibe en las democracias actuales, potencia a los poderes judiciales. Siempre se dijo que los jueces formaban un poder contramayoritario; es decir, se cuestionaba a los magistrados su no procedencia del voto, pero realmente la propia democracia fuerza al protagonismo de los jueces, y fuerza a que los poderes judiciales tengan la significación institucional que tienen en todos los países del mundo. Es probable que debieran haber habido cambios en aquellas instituciones. Y en este sentido, para que se adviertan los cambios que han sufrido los poderes judiciales, tenemos el claro ejemplo de las **mujeres** que reclamaban el derecho al voto: a ellas jamás se les hubiera ocurrido acudir al Poder Judicial para establecerlo. **Acudieron a la acción política y colectiva en busca de la legislación que lo consagrara.**

Ahora, en nuestras sociedades, **la visibilización de los reclamos** ya no se exte-

rrioriza mayormente a través de acciones partidarias o **de instancias donde se debata el interés general.** Los intereses de grupos y sectores se manifiestan hoy día acudiendo a los escenarios que brindan los medios de comunicación y en particular la televisión. La visibilización de las escenas de críticas y demandas de los individuos, al potenciarse, ofrece una imagen de representación colectiva **que, con discursos mayormente simplificados y exigencias de inmediatez, deslegitiman y corroen en forma imperceptible,** pero sostenida, los cauces tradicionales de la acción política. **Por lo que el desafío, desde mi punto de vista, para todas las autoridades institucionales, es hacernos cargo de estas nuevas situaciones.**

Ese contexto de impotencia de muchos individuos que ven insatisfechos sus derechos es el que los lleva, ante el naufragio de sus vidas, como alternativa última, a recalar en los tribunales. Considero, en coincidencia con algunos autores, que esto ha pasado a ser una especie de estrategia política de la ciudadanía que hay que analizar concretamente.

Al flujo de esta potenciación de la judicatura por las soluciones individuales, en el imaginario colectivo se instala y multiplica la idea de los tribunales como un lugar donde debería realizarse “la Justicia”, con mayúsculas. El Poder Judicial —como dice el famoso estudioso Antoine Garapon— se les presenta a los individuos como una instancia de concreción de una acción ciertamente más individual, pero más próxima, concreta y permanente que los propios mecanismos de representación política, donde a la persona se le hace muy difícil acceder.

Por otra parte, los juicios, además, parecieran dar a todos la ocasión para saldar las frustraciones y tragedias humanas, apareciendo entonces los tribunales como depositarios de significaciones imposibles de satisfacer.

Esta etapa de la llamada “segunda modernidad” nos obliga a repensar sus efectos y también asumir muchas de sus consecuencias. Es imposible que permanezcamos impotentes y no nos hagamos cargo de la grave conflictividad que anida en los procesos de exclusión y la violencia extrema que se desata alrededor de ellos.

Los excluidos no necesitan de nuestra compasión; no los salvará ni los sacará de esa condición nuestra conmiseración, como tampoco podrá hacerlo una democracia meramente formal. Como señala cierta literatura, la exclusión le presenta a nuestras sociedades el desafío de superar lo que otrora fuera la esclavitud; un enorme desafío, y hoy, para bien o para mal, el gran desafío de las sociedades —a nivel internacional, teniendo presente los fenómenos migratorios— se resume en esta pregunta: ¿Adónde van los excluidos? La cuestión es ¿cómo hacemos para reconstruir un mundo conjunto de significaciones que detenga los procesos de desintegración y violencia?

## Nuevas herramientas

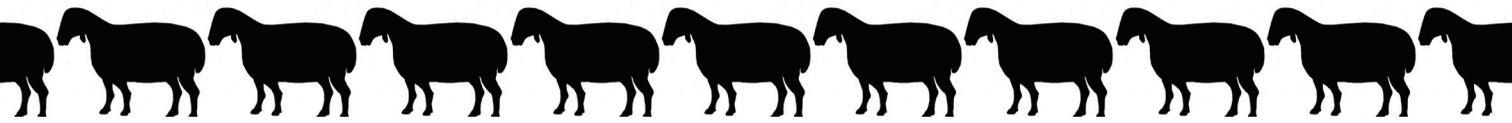
---

Lo que nos toca a los jueces, si hemos de cumplir con las misiones del derecho, es asumir que no podremos responder a la conflictividad que se nos presente con burocratización, dogmatismo o con más violencia que lleve a una espiral de frus-

traciones y conflictos. Por ello debemos potenciar toda nuestra inteligencia y todos los mecanismos disponibles que permitan negociar esta conflictividad en un sentido tal, que no la incrementemos y se profundicen sus efectos con secuelas de más y mayor violencia.

**Hay herramientas para esto. Una es la mediación penal, que venimos aplicando con marcado éxito en la provincia de Santa Fe. Porque la mediación es, como dice la Dra. Highton, una gran oportunidad para comprender la conflictividad humana y encauzarla. También hemos constituido, dentro de nuestro Centro de Capacitación Judicial, un instituto dedicado a la problemática de la mujer y de género para hacer frente a los nuevos desafíos de la judicialización de la violencia doméstica y la discriminación femenina.**

**Se trata, en definitiva, de valorar la institucionalidad, porque lo que hace la democracia es, en parte, desinstitucionalizar todos los poderes, lo que en algún punto es benéfico, pero en otro tiene un efecto que provoca desolación, desconcierto y violencia. Por eso considero imprescindible que revaloricemos las instituciones. Es el camino que estamos transitando en el Poder Judicial de Santa Fe.**



---

Dr. Andrés Harfuch

---

Defensor General de San Martín, provincia de Buenos Aires.  
Miembro del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

## ***La carrera de la Defensa Pública***

*Hacia la definitiva independencia de la Defensoría del poder político*

**Sumario:** *El INECIP ha presentado un Proyecto de Ley para la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires que contempla la autonomía de la Defensa Pública, el cogobierno entre el Defensor General y el Consejo de Defensores, la periodicidad de todos los cargos directivos, la separación estricta entre las funciones de defender y las de administrar y, una innovadora Carrera de la Defensa Pública destinada a terminar con las conexiones políticas como llave de acceso a los cargos de defensores y funcionarios.*

### **I. Introducción**

---

La provincia de Buenos Aires se encuentra en este momento discutiendo tres proyectos centrales en materia de justicia, que involucran a las tres grandes áreas que en ella intervienen: el juicio por jurados (Poder Judicial), la policía judicial (Ministerio Público Fiscal) y la autonomía de la Defensa Pública.

Respecto del último tema, los proyectos en danza se limitan simplemente a modificar la actual Ley de Ministerio Público Nº 12.061 (que regula a fiscales, asesores y defensores) e introducir un nuevo cargo: el de Defensor Provincial.

El INECIP, sin embargo, ha ido mucho más allá y ha presentado una ley íntegra de Defensa Pública que contempla no solo

la cuestión de la autonomía funcional, sino que va mucho más allá, hacia un modelo superador que recoge las más innovadoras tendencias iberoamericanas en materia de organización de los sistemas de justicia.

El presente artículo, más que una visión académica sobre los problemas de organización, es una invitación a debatir con amplitud nuevos horizontes y posibilidades en este largo proceso —todavía inconcluso— de desidentificación de la Defensa Pública de sus distorsiones “judicialistas”.

## II. Antecedentes: Superar el problema organizacional “reflejo”

La mayoría de las reformas judiciales en Iberoamérica han comenzado, en los últimos años, a enmendar un gran yerro inicial: el de creer que con solo reformar el código de procedimientos se iban a producir todos los efectos deseados del sistema acusatorio.<sup>1</sup>

La realidad indicó otra cosa muy distinta. La realidad mostró que el sistema adversarial es inviable si no se reforman las organizaciones de jueces, fiscales y defensores que en él intervendrán. Y prácticamente todas las reformas iberoamericanas de los '80 y los '90 cometieron el error —quizás por falta de visión, quizás porque no alcanzaba la fuerza política— de montar los nuevos códigos acusatorios y adversariales sobre las preexistentes organizaciones judiciales del sistema mixto inquisitorio.

Estas viejas estructuras —absolutamente vigentes a nivel federal, de la Ciudad Autónoma y de la mayoría de las provincias— han sido descritas por Julio Maier, brillantemente, como “*feudales*”. También las denominó como “*casta forense*”<sup>2</sup> y ellas, sin discusión, han sido la causa de frustraciones muy gran-

des que obligaron al movimiento reformista a poner en el centro de su preocupación el cambio, no solo del código mixto, sino también de sus retrógradas estructuras judiciales.

El problema empírico que se advirtió era muy curioso: desde hace quince años hay, entre los operadores judiciales, un entusiasmo muy grande por el cambio de código, por el abandono de la inquisición, por el juicio oral y público, por la investigación en manos de la Fiscalía, porque el juez de instrucción desaparezca y se convierta en juez de garantías o de control, etc. Pero tal entusiasmo desaparece súbitamente, y se torna en oposición cerril, cuando esos mismos operadores toman nota de que, además del código, deben cambiar por completo una organización perimida y disfuncional que agrupa de la misma manera a jueces, fiscales y defensores.

Lo que se advierte allí es la fuerza del sustrato cultural y la tendencia a aferrarse a lo único conocido. Cambiar el código, sí. Cambiar la estructura judicial, jamás.

El problema es que estas organizaciones conspiran contra el sistema acusatorio: son rígidas, inflexibles, están reunidas en compartimientos estancos, con formaciones fijas agrupadas en oficinas y con una planta propia de empleados y funcionarios. Fueron creadas adrede hace nueve siglos en Europa continental **para producir expedientes escritos** y para tramitar los casos en secreto.

¡Qué paradoja! El nuevo sistema requiere de una organización administrativa que produzca audiencias orales y públicas e, ingenuamente, se pensó que iría a funcionar con aquella destinada a hacer exactamente lo contrario.

El resultado fue —es— calamitoso e interpeló decisivamente al movimiento reformista para cambiar de orientación.

**A esta justicia se la ha llamado también “justicia de despachos”.** Por ejemplo: el Juzgado de Garantías N° 1, el N° 2, el N° 3, el Juzgado Correccional N° 1, el N° 2, el N° 3, el Tribunal Oral N° 1, el N° 2, el N° 3... y así con las Fiscalías y con las Defensorías. Como explica magníficamente Maier, estas oficinas:

“...sólo aplican sectores de reglas procesales determinadas (las de investigación preliminar, las de juicio, las de cada recurso) de manera tal que impiden, a un mismo tiempo, distribuir racionalmente el trabajo judicial según requerimientos del momento —alentando, por épocas, el ocio judicial de algunos oficios y la saturación laboral de otros— la formación integral de todos los jueces penales, que deberían practicar todas las reglas procesales, conocer todo el procedimiento penal y representar, en lo posible, una misma cultura jurídico-penal”.<sup>3</sup>

No podemos ocuparnos aquí del porqué de esta organización y de qué fines cumple. Esto ha sido largamente estudiado y explicado por los más brillantes juristas del país. Sintéticamente, diremos que este es el modelo de organización judicial piramidal, jerárquico, rígido e inquisitivo que hemos heredado de la colonia española y que, ya avanzados en el siglo XXI, todavía no hemos logrado superar (como sí lo han hecho prácticamente **todos** los países desarrollados y algunos latinoamericanos, que juzgan por jurados y que poseen organizaciones judiciales horizontales y democráticas de jueces, fiscales y defensores).

La Defensa Pública en particular ha sido enormemente afectada por este flagelo de múltiples maneras. La peor de todas ellas —superado el gran tema de la autonomía funcional merced al mandato del artículo

120 CN— es que la Defensa carece de una ley propia y sigue organizada, conjuntamente con la Fiscalía, replicando de modo exacto la organización de los jueces.

Si hay jueces de instrucción, hay defensores de instrucción. Si hay una Cámara de Apelaciones, hay un defensor ante esa Cámara. Si hay un Tribunal Oral, hay un defensor ante ese tribunal. Y así con la Casación, con la Corte y con la Justicia de Ejecución.

A punto tal llega la simbiosis, que hasta las escalas salariales en la Defensa Pública copia a la de los jueces y así, en los hechos, estructuran la única “Carrera de la Defensa” que se conoce.

La Carrera de la Defensa Pública es entonces una pirámide jerárquica en cuyo vértice se encuentra el Defensor General, luego el de Corte, luego los de Casación, luego los de Cámara. En la base, abajo de todos y con los salarios más bajos, están los defensores de instrucción y los de ejecución.

Lo que muy pocos se han preguntado es si esta organización, que es un calco de una organización judicial tan criticable, es la que se necesita para defender. ¿Cuáles son los beneficios de organizarse de la misma manera que jueces y fiscales? ¿Hay algún otro modelo superador para la Defensa Pública? Si lo hay, ¿puede este modelo ser más eficiente para la defensa de nuestros clientes y, a la vez, cambiar completamente los parámetros de la Carrera de la Defensa por fuera de las escalas jerárquicas y/o salariales?

### III. Los nuevos aires en materia de organización de la Defensa Pública

Ya existen muchas experiencias en el país que han comenzado a estructurarse de manera completamente diferente. Por

ejemplo el Colegio de Jueces del Chubut y Neuquén y, en materia de Defensa Pública, la Ley de Defensa del Chubut y la de Santa Fe. En todas estas provincias se ha introducido un concepto clave, que es el **principio de flexibilidad** y, en particular en Santa Fe, un nuevo hallazgo, crucial, como es que **todos** los cargos directivos de la Defensa Pública cesan a los siete años. La Ciudad Autónoma tiene esta misma previsión, pero solamente para el Defensor General.

El INECIP participó activamente en 1997 en lo que hoy es la Ley de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, N° 12061.

Ya en ese texto legal, de hace casi quince años, se introdujo el principio de flexibilidad para fiscales y defensores que permitió terminar con el sistema de formaciones rígidas y fijas; que autorizó al Defensor General departamental a armar y desarmar equipos de defensa según las necesidades del caso concreto, a descentralizar defensores y funcionarios a los territorios que los necesitaran, etc. En suma, concebir a la Defensa Pública no como un sistema piramidal y con compartimentos estancos, sino como un gran estudio jurídico centrado exclusivamente en la defensa del caso individual y de los Derechos Humanos y con la noción del trabajo en equipo.

Esta ley supuso un avance enorme en el mayor distrito del país, para terminar con uno de los peores flagelos que aquejan a la Defensa Pública, como es el de asistir “reflejamente”, a las necesidades organizativas de la caduca estructura judicial.

Ejemplo claro de esta anomia institucional: el defensor fijo por cada tribunal

de juicio, defensores fijos para la etapa instructoria, defensores fijos para la etapa ejecutiva y defensores fijos para la etapa recursiva. Un defensor público moderno latinoamericano no puede estar encorseado porque los jueces estén organizados de este modo. En la Provincia de Buenos Aires existen experiencias muy interesantes de defensores públicos que han roto con este corset y que llevan un caso individual desde que empieza hasta que finaliza, con la sola excepción del proceso en sede casatoria o de corte.

La situación ideal es que el mismo defensor público, que ha entablado una relación de confianza con el cliente, controle la IPP del fiscal, realice su propia investigación en busca de pruebas de descargo, litigue en las audiencias de la etapa instructoria, realice el juicio oral y público, efectúe el recurso ante las Cámaras o la Casación y litigue también en todas las cuestiones de ejecución penal.

Para sintetizarlo en pocas palabras: *en vez de estructurarse piramidalmente por “cargos”, los defensores públicos se organizan horizontalmente por “casos”*. Ese es el gran cambio de paradigma.

Esto sería imposible si una Ley de Defensa Pública no previera este principio de flexibilidad e insistiera con la opción feudo-medieval de las formaciones fijas como por ejemplo, “se concursa el cargo para defensor oficial ante el Tribunal Oral N° 1”.

Sentado esto, llevar adelante todos estos cambios y nuevos mecanismos es la gran tarea pendiente que le queda a la Defensa Pública en todo el país.

Todavía existen provincias sin Defensor General autónomo. Todavía existen provincias sin leyes de Defensa Pública,

reguladas conjuntamente con las de los fiscales. Todavía hay provincias en que los cargos directivos de la Defensa son a perpetuidad.

Sin embargo, ya hay algunas que han avanzado mucho en todos estos temas y muchas otras que están en pleno proceso de reforma.

Ahora bien, una vez que estas grandes tareas se consoliden definitivamente, ¿hay algo más para hacer a nivel organizativo?

La respuesta es, por supuesto, que sí. Independientemente de estos cambios centrales en los que falta mucho por avanzar, se ha empezado a discutir en la región un tema fundamental, que abarca no solo a la Defensa sino al resto de los participantes del sistema judicial.

Y este gran tema es la reformulación de la carrera judicial, como modo de cortar definitivamente con la manipulación política de los nombramientos de jueces, fiscales y defensores.

#### IV. El Código de Organización Judicial del Paraguay

La hermana República del Paraguay está discutiendo legislativamente desde el año 2009 un asombroso e innovador proyecto que supera todo lo conocido en materia de reforma latinoamericana y en el cual participa activamente el INECIP.

Ya su nombre lo indica todo. No se habla de Ley de Organización Judicial, sino directamente de *Código de Organización Judicial*. Se hace foco en la reorganización de las estructuras judiciales, ya que hace años se advirtió que ese era el nudo gordiano de la demora en los litigios, de su bajísima productividad y de su deslegi-

timación ante la sociedad. La estructura de los jueces y sus reflejos satelitales, la Fiscalía y la Defensa Pública, eran el *quid* de la cuestión que había que reformar imperiosamente.

Varios países americanos ya habían comprendido esto y habían logrado reducir enormemente la mora judicial sin aumentar presupuestos, sin exigencias de más jueces y sin poner, por ejemplo, defensores y fiscales fijos a cada tribunal<sup>4</sup>. ¿Cómo lo habían hecho? ¿Cuál era el secreto?

La investigación de campo más importante que se haya hecho sobre este tema (intervinieron expertos de los veintiséis países americanos) concluyó “que la reestructuración del tribunal puede ser más importante que el aumento presupuestario para aumentar la productividad”<sup>5</sup>.

La pregunta que cualquier ciudadano se haría entonces, es ¿por qué no se reestructuró el tribunal si esa era la solución?

La respuesta es simple. Dos siglos y medio de juzgados-feudos y de organización judicial colonial e inquisitiva —sin ningún otro patrón cultural organizativo de referencia— no se borran tan fácilmente. Dejan profundas huellas de una cosmovisión cultural que impide siquiera razonar sobre otro modelo. Los autores que comenzaron a introducir estos temas, hace ya treinta años, reconocen que hablar de un modelo alternativo de organización judicial, de fiscales o de defensores era lo más parecido a hablarle a una pared o a predicar en el desierto. Espinosa lo dice mucho mejor: “Las mayores dificultades parecen residir en el punto de vista cultural. Aquí el reto es sin duda mayor, quizás porque allí se encuentran incrustados los más profundos sustratos

de una cultura que aún juega a las escondidas con los verdaderos significados de la democracia”.<sup>6</sup>

Paraguay es uno de los países que ha decidido avanzar a fondo en esta línea. Su Código de Organización Judicial viene a cerrar el círculo de su reforma previa del sistema de enjuiciamiento, que pasó a ser acusatorio y que proyecta juicio por jurados en materia penal, en materia civil y en materia de daño ambiental. Pero la reforma más impresionante es su adopción del modelo horizontal y democrático del *pool* de jueces (donde todos los jueces desempeñan todas las funciones judiciales sin pertenencia fija a un “juzgado de garantías, o a un tribunal oral, etc.”) y la elección definitiva de la Carrera Judicial, como llave de acceso a los cargos de juez.

## V. Proyecto Ley de Defensa Pública de la Provincia de Buenos Aires del INECIP

A gran parte de ese trabajo se refiere el proyecto del INECIP de Ley de Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires. El estudio comparado de los procesos de reforma de la Justicia Penal de principio de los años '80, con amplias bases de respaldo empírico, permiten hoy contar con una enorme “caja de herramientas”, llena de experiencias aprendidas, de errores y desaciertos, de aciertos y fortalezas.

En tal sentido, el proyecto se aparta de los esquemas habituales de cómo se concibe a la Defensa Pública, y así se lo expresa en su Exposición de Motivos:

- permite estructurar al Servicio de Defensa bajo una lógica absolutamente diferente de la organización

refleja de los modelos tradicionales del Poder Judicial, que equiparan instancias procesales con jerarquías funcionales y que establecen a los funcionarios de los nuevos organismos como accesorios de los oficios judiciales (v.gr. Defensor ante la Corte, Defensor de Cámara, Defensor de Instrucción, etc.);

- evita entronizar a perpetuidad al Defensor Provincial, al de Casación y Recursos Extraordinarios y a los Defensores Generales Departamentales. Sus cargos serán temporarios pero, si ya pertenecían a la Defensoría, vuelven a su función original, sin resignar su salario (luego veremos cómo se materializa esto);
- evita regular cuestiones relativas a la organización institucional de la “Defensa Oficial” dentro de los códigos de procedimiento, a la vez que regula cuestiones de estricto procedimiento dentro de las leyes de organización (tanto del Ministerio Público como del Servicio Público Provincial de Defensa);
- supera para siempre el modelo de “defensores de pobres”, enraizado en una concepción filosófica de tipo paternalista, en la que se concibe al defensor “asesor” como un representante de incapaces, donde se equiparan como “causas” u origen de dicha incapacidad a la pobreza, la minoridad o la discapacidad física o mental;
- permite organizar el gobierno del servicio público de defensa bajo una jefatura autónoma e indepen-

diente de cualquier otro poder del Estado, en consonancia con el art. 120 CN;

- libera a la Defensa Pública provincial de su ubicación institucional dentro del Poder Judicial, utilizando sistemas únicos y novedosos de acceso y carrera, lo cual ha demostrado su ineficacia hasta la actualidad.

## VI. La Carrera de Defensa. Niveles y grados.

Es imposible hablar sobre todos estos cambios en el marco de este artículo, pero sí destacaremos una de las mayores innovaciones. Se trata del diseño de una auténtica Carrera de Defensa, con varios grados —independientes, por completo, del cargo que se ostenta—, que permite a los miembros de la Defensoría avanzar profesionalmente, y por concursos periódicos, a través de los méritos en el desempeño laboral y la participación en las actividades de perfeccionamiento, además del mero transcurso del tiempo.

Para sintetizarlo en una sola pregunta abarcativa de la cuestión: **¿puede un defensor público, sin cambiar de cargo o de función, avanzar salarialmente durante todo su desempeño laboral hasta poder llegar a ganar como un Defensor General?** La respuesta es afirmativa. **¿Cómo se hace?** Participando en la Carrera de la Defensa que prevé esta ley, que sujeta el progreso salarial **exclusivamente** al desempeño, a los méritos profesionales y académicos expuestos en exámenes periódicos y al paso del tiempo. Ya no tendrá que “escalar una pirámide” que lo obligue, además del concurso, a

una penosa negociación política de su nombramiento, impropia de un sistema de defensa que se proclame verdaderamente independiente.

Básicamente, la carrera no solo dignifica a sus miembros: también mejora fuertemente la calidad del servicio y sujeta definitivamente a la organización de la Defensa Pública a la lógica de los **incentivos profesionales**. Progresar quien tiene capacidad, **no contactos políticos**. Progresar quien quiere, ya que la carrera no se le impone a nadie. Esto es lo verdaderamente revolucionario de estas nuevas experiencias que se van abriendo camino en América Latina, para fortalecer la independencia judicial.

La carrera está estructurada en cinco niveles de Abogado (I, II, III, IV y V), cinco de Defensor (I, II, III, IV y V) y tres de Consultor (I, II y III).

**Cada nivel supone un escalón superior en la remuneración salarial.** Nuestra costumbre indica que el que tiene mejor salario es quien más arriba se encuentra en la pirámide, lo que “refleja” que, desafortunadamente, la mayoría de la Defensa Pública del país ha copiado este esquema de los jueces. Nunca nos hemos preguntado verdaderamente por qué, por ejemplo, debe ganar más un defensor de juicio que uno de instrucción.

Se da por sentado que esto es así, “porque así es desde siempre”. Tampoco es posible en este trabajo describir las razones secretas de esta patológica ceguera institucional, pero es innegable que ha moldeado la cultura de los ascensos en la organización de jueces, fiscales y defensores. Dentro de este esquema, el que lógicamente quiera avanzar en esa pirámide

deberá esperar la vacante, someterse a un concurso y, en la absoluta mayoría del país, deberá negociar políticamente su nombramiento, con funestas consecuencias para la independencia judicial.

El problema no termina allí. Una vez que una persona accede a un cargo de, por ejemplo, defensor de instrucción, ya no tiene obligación **legal** de seguir perfeccionándose; lo cual, por supuesto, no quiere decir que no lo haga. Pero sujetar la continua capacitación a la vocación individual de la persona o a su interés en acceder a un cada vez más distante “cargo superior” es un grave error institucional. La posibilidad de acceder a esos mal llamados “cargos superiores” de la pirámide es prácticamente imposible por dos obvias razones: están todos ocupados y son muy pocos. Por ende, la mayor parte de los defensores carece de todo incentivo para aspirar a ellos y, para mejorar sus salarios, deberán resignarse al paso del tiempo (antigüedad) o a una ocasional mejora por actualización. Por mucho que se esfuerce el Defensor General en poner capacitaciones obligatorias, falta el componente fundamental de cualquier organización competitiva, que es el incentivo profesional. Y, si no hay incentivos a la vista, cae el estudio, cae la capacitación y se resiente el nivel profesional de la Defensoría Pública, que debe ser siempre de excelencia.

**La Carrera de la Defensa rompe absolutamente con esta lógica. Se puede ser defensor público recién nombrado y, al cabo de los años, por el desempeño y por los sucesivos exámenes que le tomarán los directivos de la carrera, puede llegar a ganar igual que el Defensor Provincial ¡sin cambiar su función y sin cambiar de cargo!**

Veremos ahora solo algunos aspectos destacables de la Carrera de la Defensa. Al final del artículo transcribimos la parte pertinente del Proyecto de Ley, que explicará por sí solo el resto de las cuestiones, a quien le interese (por ejemplo, quiénes son los docentes, los directores de la carrera, cómo se los nombra, etc.).

## VII. Funcionamiento

La diferencia de los cargos de Abogado y Defensor para acceder al cargo, luego de un concurso que entrega una terna por estricto orden de mérito, mediante designación del Gobernador y acuerdo del Senado, lo que les otorga la misma inamovilidad que a los jueces y a los fiscales.

La diferencia entre los Defensores y los Consultores radica en que éstos —si bien también pueden litigar como defensores— están capacitados para desarrollar cargos de conducción (Defensor de Casación, Defensor General Departamental y Director de Formación y Capacitación).

Debe destacarse que el cargo de Defensor Provincial es el único que, por su eminente carácter político, netamente gerencial y sin labor procesal, no exige la pertenencia a la Carrera de Defensa (además, por supuesto, del Administrador y todo el cuerpo técnico auxiliar).

Es dable destacar que **este diseño permite separar completamente la Carrera de la ocupación de cargos de conducción**: en efecto, un abogado puede ascender desde el nivel inicial (Abogado I) hasta el grado máximo (Consultor III) sin necesidad de ocupar cargos de conducción. Esto permite avanzar en la carrera a quienes no tienen condiciones de

liderazgo, pero son eficientes y dedicados defensores y, al mismo tiempo, permite otorgar los cargos de conducción con carácter temporal y no vitalicio —como lo exige una república—, sin afectar la estabilidad ni el derecho a la carrera.

Alcanzar los grados máximos (Consultor o Consultor Superior) no significa necesariamente un cambio de funciones: perfectamente puede un Defensor pasar de Defensor III, IV o V a Consultor sin dejar de conducir el mismo equipo de abogados. No cambia de tarea, sí de salario. Del mismo modo, cuando un Consultor pone fin al período por el que desempeñó un cargo de conducción, regresa, sin mella de su grado de carrera y su sueldo, al trabajo de Defensor que desempeñaba antes de la designación.

Por supuesto, quien aspire a la función de Defensor Provincial deberá haber alcanzado el grado de Consultor III. Similares requisitos se exigen para los demás cargos directivos.

Huelga decirlo, no se afectan derechos adquiridos de quienes actualmente se encuentran desempeñando las funciones de dirección previstas en esta ley.

### **VIII. Suplemento no remunerativo por cargo de conducción**

Los cargos de conducción devengarán un suplemento salarial que compense la dedicación completa (no pueden percibir compensación por horas extraordinarias), que será de carácter no remunerativo (no computable a los fines previsionales). Esto pretende desalentar la frecuente búsqueda de posiciones de mando al solo efecto de mejorar el haber jubilatorio, en el último tramo de la

carrera, aun sin vocación de conducción y cuando se ha agotado (si es que alguna vez se la tuvo) toda energía transformadora.

### **IX. Porcentualidad**

Otro punto notable de este proyecto es que establece las escalas salariales de los distintos grados de la carrera (y lo mismo para los cuerpos auxiliares técnicos y administrativos) como porcentajes, cuya base es el salario del Defensor Provincial. El método aparece como el más adecuado para evitar los frecuentes achatamientos de la pirámide salarial y para mantener una relación justa en las remuneraciones; sin necesidad de acudir a equiparaciones con cargos judiciales que, además de condicionar la autonomía de la Defensa que es el eje de esta ley, tiene la desventaja adicional de ser uno de los resquicios por los que volvería a filtrarse la cultura de la organización refleja antes aludida. Se ha preferido en este proyecto no proponer porcentajes, ya que es imposible hacerlo por fuera de una negociación paritaria.

### **X. Anticipo a previsibles críticas**

Un ojo crítico de esta propuesta podrá preguntarse: ¿no resultará inviable por caro un sistema en el que todos sus integrantes ganen como el Defensor Provincial? Es imposible que eso suceda, como se verá con solo leer la parte pertinente de la ley. En primer lugar, el sistema es voluntario. En segundo lugar, para acceder al grado de Consultor III se necesitan sortear muchas etapas, que llevan varios años. El sistema está pensado para que un funcionario sumamente dedicado, ca-

paz y que reciba constantes evaluaciones positivas de desempeño y supere los exámenes, pueda llegar, casi al final de su carrera, a gozar del haber máximo o de alguno inmediatamente inferior. De este modo, se garantiza un delicado y cuidadoso equilibrio presupuestario.

## **XI. Conclusión**

---

Quedan así expuestos los lineamientos de la Carrera de la Defensa Pública que el INECIP propone para la Provincia de Buenos Aires. Reiteramos: el artículo es una invitación al debate, seguramente polémico, acerca de cómo lograr la mejor estructura organizativa para defender. No basta con proclamar que la Defensa sea autónoma, independiente, extra-poder y todos los adjetivos que usualmente se emplean para caracterizarla. Lo real es cómo podemos garantizar **efectivamente** que el nombramiento de un defensor público esté libre de toda componenda política, cómo podemos lograr una organización con incentivos muy fuertes para que se capacite y sepa defender mejor que nadie. Cómo podemos abrir un panorama atrayente de progreso profesional para la inmensa cantidad de defensores públicos del país. Y luego, sí, debatir en profundidad la calidad del servicio que presta la Defensoría Pública en su defensa irrestricta del caso individual y de los Derechos Humanos.

## APÉNDICE

---

### Capítulo Cuarto La Carrera de Defensa

**ARTÍCULO 36. Finalidad.** La finalidad de la Carrera es lograr un cuerpo idóneo, estable e independiente de profesionales al servicio de la Defensa Pública, aptos para el ejercicio de la función de un modo permanente o transitorio.

**ARTÍCULO 37. Reglamentación.** Las disposiciones contenidas en este capítulo son de directa aplicación, sin perjuicio de lo cual el Consejo Provincial de Defensa podrá dictar los reglamentos necesarios para el buen funcionamiento de la Carrera sin contrariar lo aquí dispuesto. En particular, cuando sea necesario en función de las disponibilidades presupuestarias o el número de integrantes de cada categoría, podrá establecer condiciones adicionales para el pase de categoría, o grados mínimos para el desempeño de funciones específicas.

#### Sección Primera Estructura y principios de la Carrera

**ARTÍCULO 38. Categorías y grados.** La Carrera de la Defensa está dividida en tres Categorías: Abogado, Defensor y Consultor.

1. La categoría de Abogado es la inicial, que habilita para todas las tareas inherentes al ejercicio de la defensa técnica ante órganos jurisdiccionales de primera instancia, excepto la litigación de juicios orales y anticipos extraordinarios de prueba ante tribunales colegiados (incluidos jurados), salvo que un Defensor participe efectivamente como director del equipo de Defensa durante el debate.

2. La categoría de Defensor habilita para todas las tareas procesales inherentes a la defensa técnica ante cualquier tribunal de la Provincia. Los defensores podrán tener a su cargo equipos de trabajo de uno o más Abogados, a los que supervisarán en su labor profesional, les ofrecerán orientación y

consejo, y en casos especiales les impartirán instrucciones particulares de carácter vinculante.

3. La categoría de Consultor, además de las tareas propias de los defensores, habilita al desempeño en nombre del Servicio de la Defensa Técnica ante tribunales federales y supranacionales, y además permite ocupar cualquiera de los cargos de conducción dentro del Servicio, excepto los que correspondan al área de Administración.

**ARTÍCULO 39. Permanencia sin cargo.** Quienes pertenezcan a la carrera y no hayan sido nombrados en algún cargo del Servicio, ni contratado como Abogado Adscripto, o no se presenten a los cargos vacantes, integrarán la nómina de abogados suplentes y estarán obligados a suplir las ausencias de los Defensores y Abogados conforme el grado alcanzado, cuando por conflictos de intereses o por cualquier otra causa de fuerza mayor no hubiese posibilidades de prestar el servicio de defensa técnica con los miembros del Servicio. Los miembros de la carrera en esta situación, no tienen ningún tipo de incompatibilidad para el ejercicio libre de la Abogacía, o el desempeño de cualquier cargo público o privado ajeno al Servicio.

La permanencia sin cargo no devenga por sí misma la antigüedad en el ejercicio profesional que se requiere para acceder a los cargos establecidos en esta ley, como así tampoco ningún derecho a remuneración, sino tan solo el derecho a ser ubicado en el orden de mérito para las listas de aspirantes, según las normas reglamentarias.

Los miembros de la carrera en permanencia podrán mantenerse en el grado alcanzado e incluso ascender en ella, siempre que aprueben los cursos de actualización y perfeccionamiento que determine anualmente la Comisión de Carrera y las demás condiciones que establezca la reglamentación.

## Sección Segunda

### Ingreso y desarrollo de la Carrera de Defensa

**ARTÍCULO 40. Requisitos de Ingreso.** Para ingresar a la carrera se requiere poseer matrícula de abogado en cualquiera de los Colegios de Abogados departamentales de la pro-

vincia, contar con al menos veintiún años de edad y aprobar el examen básico de ingreso y la evaluación psicofísica que determine la Comisión de Carrera.

**ARTÍCULO 41. Impedimentos.** No podrán ingresar a la carrera:

1. quienes se encuentren afiliados a partidos políticos u ocupen cargos partidarios, mientras dure la afiliación o el cargo;

2. los militares o miembros de las fuerzas de seguridad, activos o en situación de retiro;

3. los miembros de la carrera diplomática o científica;

4. los sacerdotes o ministros de algún culto religioso;

5. los que estén al servicio de un gobierno extranjero, mientras dure ese servicio;

6. quienes hubieran sido sancionados por faltas graves, de un modo reiterado, en el ejercicio de la abogacía.

7. quienes hubieran sido condenados por su participación en delitos de lesa humanidad, o se encuentren sometidos a proceso por tales causas.

**ARTÍCULO 42. Programa de Formación Inicial.** El Programa de Formación Inicial se extenderá a lo largo de dos cuatrimestres como mínimo, y constituirá la primera instancia de la Carrera de la Defensa. Quienes cumplan con todos los requisitos de aprobación del Programa acceden al primer grado de la categoría de Abogados, e integran el orden de mérito para aspirar al ingreso al Servicio, sea con carácter permanente como Abogado Auxiliar o bajo contrato como Abogado Adscripto.

Mediante acuerdos con las universidades se podrá establecer que uno de esos dos cuatrimestres se curse junto con el último año de la carrera de Abogacía. Este curso será dictado por las universidades una vez homologado por la Comisión de Carrera, y bajo la supervisión del Director de Formación y Capacitación.

Quienes acrediten cinco años de ejercicio profesional como abogado, magistrado, fiscal, defensor oficial o funcionario letrado de la Justicia, el Ministerio Público o la Defensa Oficial de la provincia, podrán acceder a la carrera judicial mediante un curso especial, de un cuatrimestre de duración,

que a propuesta del Director de Formación y Capacitación, homologará la Comisión de Carrera.

**ARTÍCULO 43. Cupo de admisión. Becas.** La Comisión de Carrera fijará anualmente el cupo máximo de aspirantes que podrán ingresar a los cursos. La selección, cuando sea necesaria, se realizará tomando en cuenta los antecedentes y calificaciones obtenidos durante la carrera de Abogacía.

La Comisión de Carrera ofrecerá un sistema de becas, totales o parciales, para quienes hayan obtenidos las mejores calificaciones en el grado y carezcan de medios económicos para la realización del curso. En los demás casos fijará un arancel que se utilizará exclusivamente para el financiamiento de las becas.

**ARTÍCULO 44. Grados de Carrera.** Los grados de la Carrera de Defensa para cada una de las categorías son:

1. Abogado o abogada I;
2. Abogado o abogada II;
3. Abogado o abogada III;
4. Abogado o abogada IV;
5. Abogado o abogada V;
6. Defensor o defensora I ;
7. Defensor o defensora II;
8. Defensor o defensora III;
9. Defensor o defensora IV;
10. Defensor o defensora V;
11. Consultor o consultora I;
12. Consultor o consultora II;
13. Consultor o consultora III;

Las remuneraciones correspondientes a los distintos grados de la Carrera se fijarán luego de una negociación paritaria, como porcentajes del salario del Defensor Provincial y con los límites previstos en los artículos anteriores, según la categoría de la función.

**ARTÍCULO 45. Ascenso de Grado.** Cada tres años se realizarán las promociones y ascensos de grado, según las evaluaciones que realice la Comisión de Carrera.

Para el ascenso se tendrán en cuenta las evaluaciones de

desempeño, la antigüedad, y las actividades de perfeccionamiento y de capacitación realizadas por el aspirante, así como las sanciones disciplinarias y los apartamientos reiterados por pedido de los usuarios, todo conforme a la reglamentación que se dicte.

**ARTÍCULO 46. Promoción de Categoría.** Sin perjuicio de las condiciones adicionales que pueda disponer el Reglamento de Carrera y la Comisión de Carrera, las condiciones mínimas para la promoción entre categorías dentro de la Carrera de Defensa serán las siguientes:

1. para lograr la promoción a la categoría de Defensor, los miembros de la carrera deberán haber revistado al menos durante tres años en la categoría de Abogado III, y aprobado el curso especialmente fijado al efecto por la Comisión de Carrera. La obtención de estos requisitos habilita a la postulación en los términos del artículo 29 de esta ley. Entretanto, podrá aspirar al ascenso al grado siguiente de la categoría de Abogado. Si accede a la designación como Defensor Público, ingresará de inmediato y de pleno derecho al grado I de la categoría de Defensor;

2. para lograr la promoción a la categoría de Consultor, los miembros de la carrera deberán haber revistado al menos durante tres años en la categoría de Defensor III, y aprobado el curso especialmente fijado al efecto por la Comisión de Carrera.

**ARTÍCULO 47. Remoción de la Carrera.** El incumplimiento notorio de las reglas de perfeccionamiento de la carrera, la existencia de incompatibilidades o el haber cometido faltas disciplinarias o éticas graves constituyen motivo para la remoción de la carrera. Esta remoción es independiente de la pérdida del cargo, sin perjuicio de que la Comisión de Carrera solicite la remoción del cargo ante el organismo correspondiente.

#### Sección Tercera

#### Los órganos de la Carrera de la Defensa

**ARTÍCULO 48. Órganos de la Carrera.** El gobierno, desarrollo, mantenimiento y perfeccionamiento de la Carrera

de la Defensa estará a cargo de:

1. la Comisión de Carrera;
2. el Director de Formación y Capacitación de la Defensa.

**ARTÍCULO 49. Conformación de la Comisión de Carrera.** La Comisión de Carrera está conformada por:

1. un miembro del Servicio de Defensa que reviste en el grado máximo de cada categoría;
2. un miembro del Servicio de Defensa que goce de retiro jubilatorio y que no ejerza la abogacía;
3. dos profesores o profesoras regulares de Universidades Nacionales cuya sede central se encuentre radicada en el territorio de la Provincia, que no pertenezcan a la Carrera de la Defensa;
4. un abogado o abogada en ejercicio libre de la profesión con no menos de diez años de antigüedad en la matrícula y que no pertenezca a la Carrera de la Defensa, que designe el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Los miembros 1 a 3 de esta Comisión serán nombrados por votación uninominal para cada categoría, por todos los miembros de la Carrera que al momento de la elección tengan una antigüedad superior a un año. Durarán seis años en su cargo, y podrán ser reelectos. La Comisión se renovará por mitades cada tres años.

**ARTÍCULO 50. Atribuciones de la Comisión de Carrera.** La Comisión de Carrera tiene las siguientes atribuciones:

1. efectuar las calificaciones y promociones de los miembros de la carrera;
2. confeccionar el proyecto de Reglamento de Carrera que será aprobado por el Consejo Provincial de la Defensa, y proponer su reforma y actualización siempre que lo entienda necesario;
3. actuar como jurado para la selección del Director de Formación y Capacitación del Servicio Provincial de Defensa Pública;
4. aprobar a propuesta del Director de Formación y Capacitación, el Programa de Formación Básica y los Programas Anuales de Actualización y Perfeccionamiento para la Carrera de la Defensa;
5. homologar, a propuesta del Director de Formación y

Capacitación, los cursos y toda otra actividad de capacitación interna o externa que resulten de interés para la Carrera, y asignarles puntaje conforme el Reglamento;

6. proponer al Defensor Provincial la Declaración de Interés de la Defensa Pública respecto de eventos académicos que se consideren relevantes para el Servicio;

7. dictaminar sobre los pedidos de Licencia Especial por Actividad Académica que superen los cinco días corridos de duración, y proponer las condiciones de contraprestación que se estimen apropiadas;

8. resolver en audiencia pública la remoción de la carrera de alguno de sus miembros, conforme el reglamento.

La Comisión de Carrera adoptará sus decisiones por mayoría de sus miembros.

**ARTÍCULO 51. Director de Formación y Capacitación.** El Director de Formación y Capacitación es el responsable de diseñar y ejecutar los programas de Formación Básica y de Actualización y Perfeccionamiento, de seleccionar y supervisar los planteles docentes y auxiliares responsables de los mencionados Programas, y de gestionar y supervisar los acuerdos y convenios necesarios para la ejecución de los programas.

**ARTÍCULO 52. Designación.** El Director de Formación y Capacitación será nombrado por el Defensor Provincial en concurso público de oposición y antecedentes, administrado por la Comisión de Carrera, durará en sus funciones cinco años. Si el postulante es miembro de la carrera, deberá haber alcanzado la categoría máxima de Consultor.

El Director deberá presentar un informe anual de actividades que deberá ser aprobado por el Consejo Provincial. La falta de aprobación del informe implica su remoción.

**ARTÍCULO 53. Instituciones Académicas.** Al menos un tercio de las actividades de capacitación deberán ser prestadas por instituciones académicas nacionales o extranjeras. A tal efecto, una vez fijada la planificación anual se convocará a concursos de ofertas. La evaluación de la calidad de esos cursos o actividades estará a cargo de la Comisión de Carrera.

## Notas

<sup>1</sup> Cfr. esta riquísima discusión entre los referentes de la reforma iberoamericana en la *Revista Sistemas Judiciales* editada por el CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas).

<sup>2</sup> MAIER, Julio B. J., “*Juicio por jurados en el proceso penal*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 12 y 13

<sup>3</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J., “*Derecho procesal penal II. Parte general. Sujetos procesales*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 482

<sup>4</sup> Chile, Venezuela, Uruguay.

<sup>5</sup> Cfr. POPKIN, Margaret: «Efforts to enhance judicial independence in Latin America: a comparative perspective» en el informe llamado “Guidance”, pág. 100, publicado por USAID, 2001 y extractado de la *Revista Sistemas Judiciales* N° 5 editada por el CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), Buenos Aires, 2003, pág. 7

<sup>6</sup> Cfr. ESPINOSA, Aldo: “*Variaciones alrededor de una estructura*”, *Revista Sistemas Judiciales* N° 5 editada por el CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), Buenos Aires, 2003, pág. 19

---

**Dr. Abel Fleming**

---

Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral. Juez de Cámara en lo Criminal N° 1 de la provincia de Salta. Vicepresidente 1° de Argentina Justicia (ARGENJUS). Presidente de la Fundación Marqués de Beccarria. Presidente saliente de la Federación Argentina de la Magistratura (FAM). Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Salta y en la escuela de abogacía para graduados de Salta. Autor de los libros *Garantías del Imputado* y *Las Penas*. Es autor de numerosos artículos sobre justicia y temas jurídicos en periódicos y revistas especializadas.

## ***¿Puede admitirse la iniciativa probatoria del juez en el proceso penal?***

No por viejos, los repetidos homenajes que se tributan en el altar de la verdad, justificaron y pretenden justificar un desplazamiento de las partes en la construcción de la verdad en el proceso. El avance del juez, enarbolando la potestad de la iniciativa probatoria, en algunos modelos procesales, deja a las partes sin espacio, y a la contradicción como anhelo, o como nostalgia. Es que si el juez no está en su sitio, —que claramente es el de la neutralidad—, y ocupa todo el espacio, serán entonces las partes las que no tendrán espacio en el proceso.

Los recurrentes argumentos históricos para adjudicarle al juez iniciativa probatoria han sido dos: por un lado, el de la sacrosanta búsqueda de la verdad, de la que la jurisdicción sería su garante en tanto tiene que decirla en la sentencia; por otro lado, y relacionado con este primer argumento, el segundo ha sido el de la ineficacia de las partes para lograrla. Ya sea por impericia, desidia, o simplemente por la visión sesgada e interesada, tanto de la

acusación como de la defensa, en función del interés representado en la gestión de su respectivo rol.

En un importante trabajo sobre la prueba, el gran maestro Michele Taruffo,<sup>1</sup> hablando del *story-telling*, —con cita de Twining—, nos recordó que las *historias* son a la vez necesarias y peligrosas. Las historias y narraciones son necesarias, tanto en los contextos judiciales como extrajudiciales, porque son los medios principales por los cuales fragmentos de información y “piezas” de sucesos que están dispersos, pueden ser combinados y organizados como un conjunto de hechos coherentes y significativos; las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen de esquemas del mundo, pueden ser entendidas como elaboraciones interpretativas de los sucesos, que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes. Ellas, las narraciones, proveen una “heurística”, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió.

Sin embargo, como se señaló, siendo necesarias las historias o narraciones, para asignar coherencia y posibilidad de inteligir los hechos, implican a su vez su relativización, ya que los mismos, al ser contados desde posiciones, visiones, e intereses diferentes, se definen como posibilidades. El menoscabo del valor de estas “posibilidades” estaría entonces en relación directa con la gravitación inicial del interés representado por la parte, que se acerca a los hechos desde una posición no neutral. Si esto es así, el interés más parcial sin duda sería el de la Defensa, que solo tiene que representar y gestionar el interés de su pupilo. Frente a ello, el Ministerio Público de la Acusación todavía puede pretender

que la representación de los intereses generales de la sociedad no afectan necesariamente su deber de objetividad.

La más interesante derivación de lo apuntado por Taruffo es que en la construcción de las historias y de las narraciones, los hechos no necesariamente preexisten y están a la vista, en forma evidente. Por el contrario, los hechos son buscados y logrados, en cierta forma, a partir de la necesidad del guion del relato. Así la Defensa no busca, ni debe buscar, aquellas piezas que afiancen la narración de la acusación, ni el fiscal buscar las que soportan el relato de la Defensa. La derivación de estos razonamientos está servida: solo la neutralidad del juzgador garantiza la objetividad de la historia. Solo el juez, al introducir el último relato, “la narración de la sentencia”, estaría a salvo del contaminante que tiñe de parcialidad a la actuación de las partes.

Pero lo que no se dice es que es precisamente la neutralidad del juez la que se afecta cuando este construye su narración, —no sobre los hechos que le proponen las partes—, sino sobre los hechos que fueron buscados por la propia jurisdicción. Porque allí, es el juez el que busca las piezas que le faltan, también desde una “heurística” que puede ser acusadora o defensiva, conforme sea la parte que suplante en lo que entiende su inacción o su impericia. Pero todos sabemos que por detrás de estas pretendidas razones, también se encuentra en la base de la disputa una cuestión de poder. Puesta esta cuestión de poder en los términos más contundentes, puede resumirse en la negativa de la jurisdicción a ser colocada en la inmovilidad de la neutralidad —como espectadora de una dinámica que no le pertenece—, y que por momentos coloca a

los jueces como escribanos de las partes, limitando con su acción o inacción su otrora omnímodo poder.

Este punto tiene una importantísima gravitación, sobre todo en estas latitudes, donde hasta hace muy poco imperaban de modo extendido modelos procesales autodefensivos, de marcada herencia inquisitiva en la vigencia de los códigos de herencia española, y también en los del proceso mixto.

En el examen de los modelos adversariales disponibles en el Derecho Comparado, sobre todo teniendo en cuenta los modelos vigentes en la cultura anglosajona, respecto de los vigentes en la Europa continental, pueden verificarse dos posiciones claramente distinguibles, que se admiten como satisfactorias del sistema acusatorio; por un lado, están quienes señalan que dicho sistema requiere de una exclusiva iniciativa de las partes en materia probatoria. Frente a ello se dice que a lo que en realidad aspira el sistema es a que, como regla, se verifique un predominio de las partes, y que no se encuentra vedada en esta materia la intervención del juez. Se indica en este sentido que el papel del juez debe ser necesariamente activo y que su misión consiste en: estimular el contradictorio para que se torne efectivo y concreto; suplir las deficiencias de los litigantes para superar las desigualdades y favorecer la *par conditio*, para que en modo alguno pueda abandonarse la suerte del proceso a la plena disponibilidad de las partes en materia de prueba.<sup>2</sup> En este aspecto cabe decir que, como ocurre en muchos órdenes de la vida, el pasto del vecino parece lucir más verde, pues en tanto la tendencia hacia el acusatorio

en América Latina se pretende efectuar acentuando la abstención de un tribunal hasta ahora omnipresente, en el derecho norteamericano se pretende apelar al ejemplo de la justicia criminal de la Europa continental para refinar las posibilidades de realización de justicia.

Estas tendencias deben ser evaluadas, teniendo siempre presente que la independencia e imparcialidad de los jueces en el mundo anglosajón aparece infinitamente más asegurada que en Sudamérica, región todavía signada por tiempos recientes de altísima inestabilidad política, débil institucionalidad, y diluida división de poderes. A la par, la Europa continental, en su giro hacia un modelo acusatorio, todavía tiene un camino por recorrer en el acercamiento a la idea del proceso como combate judicial, con un juez neutral. Quedan demasiados componentes de autoridad o de perfil desicionista en el proceso europeo, difíciles de remover en la transición hacia el cambio ideológico. Este tipo de cuestiones torna más bizarra la discusión, extremándose las posiciones en uno y otro sentido. Y así hay quienes ven naufragar el sistema con la más inocente intervención del juez en la prueba, mientras que otros avizoran idénticas catástrofes por la menor iniciativa del juez en la tarea de la acreditación de los hechos.

La posición que intenta involucrar al juez en la búsqueda de la verdad, más allá de la actividad de las partes, superando los límites impuestos por el *adversarial system* anglosajón, se apoya en el postulado de un Estado social de derecho en el que no sería admisible una actitud pasiva y conformista del juez, derivada de principios esencialmente individualistas. Se entiende

desde esta óptica, que lo que debe prevalecer en el proceso es la noción de justicia y que para ese fin el tribunal cuenta con plenos poderes para ejercitar una actividad correctiva allí donde lo demande un desempeño deficiente de alguna de las partes en pugna. Para esta posición existirían límites al activismo jurisdiccional respecto de la adquisición probatoria, derivados de la necesidad de respeto del contradictorio —lo que impone la participación de la partes en la incorporación de la prueba— o condicionamientos provenientes de la obligación de motivación y de la legalidad. Esta última postura descuida una cuestión innegable, consistente en que la actividad que ponga al juez a la cabeza de la producción de una prueba, implica tomar partido por alguna de las fuerzas que dan sustento al proceso.<sup>3</sup> Las pruebas no son neutras, sino que sirven para convalidar o desvirtuar la hipótesis en que se basa la acusación, y por tal razón cuando el tribunal decide, *motu proprio*, producir una determinada diligencia, no está haciendo otra cosa que suplir la insuficiente actividad del órgano requirente o de la Defensa, con lo que se inmiscuye, quebrando el sinalagma y afectando su imparcialidad. Esta afirmación no es gratuita porque es una verdad innegable que, todo esfuerzo propio es más digno de reconocimiento que el ajeno, lo que implica que un juez que toma sobre sí la labor de probar el hecho, estará más dispuesto a reconocer los frutos de esa acción propia. Aunque resulte en apariencia excesivo, en este aspecto no se puede andar con medias tintas, pues un mínimo de relativización de la imparcialidad puede conducir al naufragio de la garantía. Por lo demás, toda la cuestión analizada gira en torno a un pre-

supuesto fundamental, consistente en determinar cuál es la finalidad del proceso penal; si se entiende que el objetivo es el descubrimiento de una verdad pretendidamente “real”, no cabrá más alternativa que reconocerle al juez todas las potestades que se orienten a la consecución de esa meta. Ocurre, sin embargo, que genéticamente asociada a la garantía de imparcialidad del tribunal se encuentra la idea de que el proceso solo tiende a que se produzca en un marco de equilibrio o igualdad de partes; un pronunciamiento jurisdiccional sobre hechos tal y como fueron objeto de concreta alegación y prueba en el juicio. En consecuencia, para el juez no hay otra alternativa que conformarse con un conocimiento del caso tal y como le ha sido expuesto en la interlocución entre acusación y defensa, lo que generaría el desplazamiento de la pretendida adquisición de la verdad absoluta o histórica de la que tanto se ha venido presumiendo, por una acreditación plausible de veracidad. Y veracidad no de los hechos, ya que como históricos no pueden ser traídos al presente, y menos reconstruidos. La veracidad que puede ser pretendida en el proceso es la verdad de lo que se afirma respecto de los hechos.

Para complicar más las cosas, o si se quiere, para dar un golpe todavía más contundente y certero contra la omnipotencia judicial, la verosimilitud de lo afirmado respecto de los hechos, tiene que ser lograda con observancia estricta del marco de garantías vigente. Es muy preciso Luigi Ferrajoli al abordar esta temática:

“(…) las garantías procesales que circundan a la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognositivo aseguran la obtención de una verdad mínima, en or-

den a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por contra, el proceso decisionista, y típicamente el inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como verdad máxima, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas, y al mismo tiempo no vinculada, sino discrecional, aunque sólo fuera por que la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatorias reclaman más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa".<sup>4</sup>

Mal puede entonces ser la "verdad absoluta" el norte a alcanzar por ser una actitud meramente voluntarista que tarde o temprano termina en actitudes autoritarias. También lo ha expresado con claridad Claus Roxin al decir:

"El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado".<sup>5</sup>

Hay en el proceso penal, lo decimos en honor a la justicia, una pretensión real de alcanzarla, pero lo que en definitiva debe primar, como sustento del pronuncia-

miento jurisdiccional, es el producto formal de la actividad de las partes, que en un plano de absoluta igualdad han de disponer de todos los medios para sustentar o controvertir la acusación. El propósito de perfeccionar ese resultado, normalmente en pos de evitar la impunidad, desquicia inevitablemente el sistema de garantías en tanto no enfoca al acusado como beneficiario de un principio de inocencia debidamente dimensionado. Por el contrario, puede suceder que el imputado pueda verse doblemente amenazado: por la actividad natural del órgano requirente y por la función coadyuvante del tribunal, que se supone debe actuar de manera imparcial, custodiando la plena vigencia de las garantías que asisten al imputado.

Lo que no se dice, es que el propio proceso —en tanto actividad selectiva, sujeto a pasos y procedimientos más o menos determinados, tendientes al ejercicio de un poder y adquisición de un saber de indudable contenido valorativo—, funciona como un obstáculo epistemológico en relación a la pretensión de adquisición de la verdad. Esta maquinaria selectiva —que incluye y excluye aspectos con pretensión quirúrgica, y que a su vez depende de la mediatización de la información, no solo por el carácter histórico del hecho, sino por la recreación de aportes a cargo de terceros ajenos al mismo—, construye una verdad acomodada teleológicamente a su propósito, definida de antemano por la función que la política criminal le asigna. La verdad —si es que ella existe—, queda en cierta forma irremediablemente afuera. La verdad —como dice Carlos Edwards en su obra sobre la figura del defensor penal—, es como la estrella al navegante, guía su rumbo pero es inalcanzable.

Todo lo hasta aquí dicho no cancela la más elemental fuente de legitimación que puede y debe pedírsele a una sentencia condenatoria: que repose en un saber con pretensión de verdad. Y esto porque el más amplio consenso no convierte lo falso en verdadero. Durante siglos la humanidad estuvo convencida de que el sol daba vueltas alrededor de la tierra. Tan difundida y evidente verdad, comprobada todos los días por la observación empírica, no convirtió esa falsedad en verdad, como quedó demostrado muchos años después por Galileo Galilei.

La garantía de verdad debe ser buscada sabiendo que, a la par de fuente irremplazable de legitimación para la condena, encuentra a su vez en el proceso, el mayor obstáculo. Es el proceso y sus reglas de producción y recorte del conocimiento, el mayor problema epistemológico para acercarse a la verdad, por lo que lejos de ser deducida, solo puede ser inferida. También estos razonamientos son los que deben disparar la mayor preocupación deontológica del juez: entender que opera con un saber provisorio, por tanto con un saber que siempre es progresivo y solo probable. Esto lo obliga a buscar la perplejidad como virtud, porque solo desde la perplejidad es posible superar el propio conocimiento. Allí donde no hay perplejidad sino certeza, no cabe el nuevo conocimiento. Vanos serán los esfuerzos de las partes; sus razones campanas de palo frente al juez obcecado en su propia obra y sordo a la voz ajena. Por eso, la neutralidad debe ser buscada como condición no solo del estatus del juzgador, sino como parte del andamiaje estructural del proceso. Y en ello también se explica que cuando la

imparcialidad está prevista, con preceptos procesales que prohíben al juez toda iniciativa probatoria, igualmente la jurisdicción encuentra resquicios para reinstalarla, con utilización de “preguntas aclaratorias”, introducciones oficiosas de elementos de la investigación penal preparatoria al debate, cuando no con inapropiadas sugerencias a las partes.

La iniciativa probatoria de las partes, desarrollada a través de proposiciones y refutaciones mediante un método adversarial, en el que las partes, a partir de una historia en cierto modo hipotética, desde una narrativa que pretende articular en un todo coherente los hechos fragmentarios, buscan las piezas faltantes del rompecabezas que pretenden armar —que no es precisamente el rompecabezas que quiere armar la contraria— garantiza el mejor diseño para asegurar la imparcialidad del juzgador. El juez, desde la neutralidad asegurada, no se limitará a declarar cuál de las narraciones es la que tiene mayores aportaciones de verdad. El juez tendrá siempre a su cargo el establecimiento de la verdad: en la calidad mínima que le es exigida para condenar; en la absolución por calidad deficiente, como solución predeterminada; en la ley como derivación obligada por la duda. En cualquier caso el juez siempre deberá buscar la verdad en los elementos que se le aporten y no en su propia obra.

## Notas

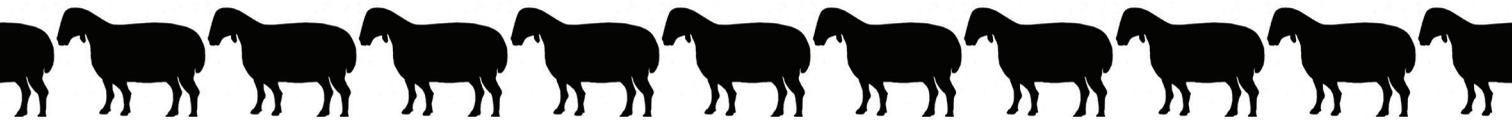
<sup>1</sup> TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Traducción de Laura Manriquez y Jordi Ferrer Beltran, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 188

<sup>2</sup> Se trata de una visión clásica que cabalga sobre el denominado principio de investigación integral; ver JAUCHEN, Eduardo M., “La Prueba en el Proceso Penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, págs. 26 y 27

<sup>3</sup> Debemos recordar que la esencia de la función jurisdiccional es la de juzgar y decidir sobre la culpabilidad o no del acusado, a través de una sentencia en base a las pruebas aportadas, descartando la posibilidad de que el tribunal deba buscar los elementos convictivos primero, y luego juzgar sobre su eficacia. Ya fundadamente ha sostenido la mejor doctrina, que ello significa una verdadera inversión de roles, puesto que el fiscal, que debe investigar, se limita a controlar la investigación y el juez que la debe controlar, investiga personalmente”, en CAFFERATTA NORES, José, MONTERO, Jorge R. (h), *El Imputado. Estudios*, Editorial Mediterránea, s/d, 2004, pág. 132

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997 (pág. 540 y 541)

<sup>5</sup> “No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio” en ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 191



---

**Dr. Javier Esteban de la Fuente**

---

Profesor adjunto regular en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Juez de Cámara ante el Tribunal Oral en lo Criminal N° 27. Anteriormente se desempeñó como titular de la Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 11 de la CABA.

## *Alternativas a las penas cortas privativas de la libertad*

### **I. Introducción: el problema de las penas privativas de la libertad de corta duración.**

---

Existen importantes cuestionamientos a las llamadas penas cortas privativas de la libertad. Por un lado, la exigua duración de la ejecución de esta clase de sanciones impide aplicar cualquier tratamiento penitenciario que resulte “efectivo”. Es decir, no existe tiempo material para que los responsables de los organismos técnicos del centro de detención puedan diseñar e implementar un programa de tratamiento que favorezca el objetivo de reinserción social que se debe buscar a través de la ejecución de las penas.<sup>1</sup> Pero al mismo tiempo, la privación de libertad puede generar en el condenado efectos contraproducentes, tanto en sus relaciones familiares y sociales como también en sus actividades laborales. A ello, se deben agregar todos los problemas y consecuencias perturbadoras para la vida de la persona, que se producen como consecuencia de su ingreso a un establecimiento carcelario.

Al respecto, sostiene Gracia Martín:

“Por lo general se entiende por penas privativas de libertad de corta duración las inferiores a seis meses de cumplimen-

to continuado. Como es bien sabido, desde finales del último tercio del siglo pasado se ha ido forjando un convencimiento general acerca de que la pena privativa de libertad de corta duración es no sólo ineficaz, sino que es, además, considerablemente perturbadora (...) Las penas privativas de libertad de corta duración no sirven para alcanzar los fines de la re-socialización, pues debido a su corta duración no dejan margen temporal alguno para poder desarrollar una intervención adecuada sobre la persona del condenado; exponen además a éste a la contaminación carcelaria; y, por otro lado, colapsan y sobrecargan el aparato estatal de ejecución de las penas”.<sup>2</sup>

Para evitar los inconvenientes que generan esta clase de condenas es que los sistemas penales procuran establecer diversas sanciones alternativas a las penas cortas privativas de la libertad.<sup>3</sup> En este sentido se afirma que “la razón más acogida para defender las alternativas a la prisión ha sido su asumida capacidad para conseguir fines de prevención especial o rehabilitación”. Se defiende la idea de que “las alternativas a la prisión deben servir como instrumento para reducir el uso de la prisión, esto es para hacer efectivo el principio de ‘la prisión como último recurso’”.<sup>4</sup> Además, con razón se aclara que la búsqueda de alternativas se ha orientado a proponer penas distintas de la cárcel y no meramente instituciones que se limitan a acortar su duración.<sup>5</sup>

En Argentina, pese a que la regulación de las alternativas a las penas cortas privativas de libertad ha sido verdaderamente escasa,<sup>6</sup> existen algunas disposiciones que evidentemente se relacionan con

dicha finalidad. Más allá de eso, es importante señalar que para que estos institutos sean realmente efectivos, no es suficiente con incluirlos en la ley, sino que además se deben procurar los medios necesarios para su correcta implementación.<sup>7</sup>

A continuación realizaré un análisis muy sintético de las medidas alternativas a las penas de corta duración que se contemplan en nuestro sistema legal.

## II. La condena de ejecución condicional

El art. 26 del CP establece:

“En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”.

Se trata de un régimen históricamente aceptado en nuestra legislación, que permite suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, cuando concurren determinadas circunstancias. A pesar de

que se impone en la condena una pena de prisión, la ley establece que el condenado puede permanecer en libertad, aunque queda sometido al cumplimiento de ciertas exigencias legales. Mediante esta disposición se procura fundamentalmente evitar los efectos negativos que generan las penas cortas privativas de libertad en autores primarios.<sup>8</sup>

Para que la condenación condicional resulte procedente, deben cumplirse algunos requisitos mencionados expresamente por la ley:

1. Debe tratarse de una primera condena, es decir, el sujeto no puede haber sido condenado con anterioridad. Sin embargo, teniendo en cuenta que nos hallamos frente a un mecanismo previsto específicamente para las penas privativas de la libertad, únicamente impiden la aplicación del art. 26 del CP las condenas anteriores a esa clase de pena y no, en cambio, a multa o inhabilitación.<sup>9</sup> Por otra parte, es claro que no obstan a la suspensión de la ejecución de la pena, las condenas anteriores cuya caducidad registral haya operado (art. 51, CP), sencillamente porque una vez producida la caducidad, desaparecen todos los efectos de la pena.<sup>10</sup>

Cuando la condena anterior que registra el autor haya sido de ejecución condicional (art. 26, CP) y no estemos ante una reiteración de delitos dolosos, es posible volver a obtener la suspensión si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años, a partir de la fecha de la primera condena firme (art. 27, CP).<sup>11</sup>

2. Únicamente es posible la condenación condicional en penas de prisión y no de reclusión, lo que demuestra que en el sistema del Código Penal, aún subsisten

dos clases distintas de penas privativas de la libertad.<sup>12</sup> Si bien se ha unificado el régimen de ejecución de la prisión y la reclusión, en la ley perduran algunas diferencias significativas, como las relativas al tiempo de pena que se debe cumplir para obtener la libertad condicional o la escala penal que debe aplicarse para ciertos casos de tentativa<sup>13</sup> o de complicidad secundaria.<sup>14</sup> Tampoco resulta procedente la condenación condicional respecto de penas de multa o inhabilitación, porque así lo establece expresamente el art. 26 del CP.<sup>15</sup>

3. El monto de pena impuesto en el caso concreto no debe superar los tres años de prisión. Incluso en los casos de concurso de delitos (arts. 54 y 55, CP) es posible dejar en suspenso el cumplimiento de la pena, siempre que la sanción definitivamente aplicada no sea mayor a dicho período.

4. Deben concurrir en el caso razones preventivo especiales que tornen desaconsejable la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad. Esta exigencia se desprende claramente del artículo cuando establece que la decisión de dejar en suspenso la pena “deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad”. Dicha disposición debe ser interpretada con sumo cuidado, pues podría transformarse en un instrumento propio de un sistema de “derecho penal de autor”, lo que resultaría inválido constitucionalmente. Por tal motivo, de lo que se trata es simplemente de analizar si

de acuerdo a las circunstancias concretas del imputado resulta contraproducente aplicarle una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.<sup>16</sup>

Si bien la ley exige que la decisión de suspender la ejecución de la pena “deberá ser fundada”, ello no implica, como podría pensarse, que únicamente deban expresarse los fundamentos cuando se aplica el régimen de la condena de ejecución condicional; es claro que el juez o el tribunal tiene el deber de fundar también los casos en que dispone el cumplimiento efectivo de la prisión.<sup>17</sup> No estamos frente a una especie de “gracia” o decisión que en forma absolutamente discrecional puede o no otorgar el tribunal, sino que cuando concurren los requisitos correspondientes, se debe reconocer el derecho del imputado de acceder a este régimen.<sup>18</sup>

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas que genera la condena condicional, cabe efectuar las siguientes aclaraciones:

1. Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el tribunal debe disponer que el condenado cumpla, durante cierto plazo —entre dos y cuatro años—, alguna de las reglas de conducta previstas por el art. 27 bis del CP.<sup>19</sup> Según la ley, dichas reglas deben ser establecidas “en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos”. Esto implica que corresponde analizar la situación concreta del imputado e imponerle aquellas reglas que contribuyan favorablemente al objetivo de prevención especial que se persigue.<sup>20</sup>

2. Como consecuencia de esta exigencia legal, puede sostenerse que en la actualidad, el art. 26 del CP, no constituye simplemente un régimen que permite

suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, sino que en realidad se establece un mecanismo de “sustitución” de la prisión por sanciones que son de menor gravedad, pero que generan mejores efectos preventivos especiales. Desde este punto de vista, las reglas de conducta previstas por el art. 27 bis del CP también constituyen formas de pena y, por lo tanto, su imposición debe respetar todos los presupuestos de legitimidad de la sanción penal.<sup>21</sup> Es decir, rigen plenamente los principios de legalidad, prohibición de analogía<sup>22</sup> y, además, es imprescindible que este punto de la sentencia se funde debidamente<sup>23</sup> y haya sido objeto de discusión en el debate.<sup>24</sup>

3. El incumplimiento de las condiciones establecidas al momento de suspender la ejecución de la pena se encuentra expresamente regulado por la ley, de acuerdo a lo siguiente:

a) Si el condenado no cumpliera con alguna regla, de acuerdo a lo previsto en el art. 27 bis, último párrafo del CP, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento, todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Únicamente en caso de que se persista o reitere el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la pena, lo que implica que se debe cumplir la totalidad de la sanción impuesta con efectiva privación de la libertad.<sup>25</sup>

b) En caso de comisión de otro delito, la ley establece consecuencias que difieren según el tiempo que ha transcurrido desde la fecha de sentencia firme.<sup>26</sup> Si el delito se comete antes de transcurridos los cuatro años, corresponde la revocación de la condicionalidad y la unificación de

las penas —según lo dispuesto en el art. 58 CP—, estableciendo un monto de sanción única privativa de libertad que debe ser cumplido de manera efectiva. Cuando el nuevo delito es cometido después de transcurridos los cuatro años, pero antes de los ocho o de los diez años —en caso de reiteración de delitos dolosos—, no procede la revocación de la condicionalidad de la pena ni tampoco su ejecución, sino que el único efecto previsto es la nueva sanción impuesta que debe ser de cumplimiento efectivo.<sup>27</sup> Luego de los ocho años —si al menos una de las condenas es por un hecho culposo— o de los diez años —si ambas condenas son por delitos dolosos—, no solo no debe procederse a la revocación de la condicionalidad ni a la unificación de las penas, sino que además es posible conceder nuevamente el régimen de la condenación condicional (art. 27, segundo párrafo, CP).

### **III. El régimen de prisión discontinua y semidetención y su posibilidad de sustitución por trabajos comunitarios**

Una medida alternativa prevista para las penas cortas privativas de la libertad se encuentra especialmente prevista en la Ley 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (LEP), al contemplar el régimen de prisión discontinua y semidetención. Conforme al art. 35, inc. e), de la aludida ley, este régimen especial puede ser concedido —con el consentimiento del imputado— cuando: “La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento”.

Se trata de una modalidad de cum-

plimiento de la pena que pretende que pueda hacerse efectiva la ejecución de la sanción impuesta por la comisión del delito, pero procurando, al mismo tiempo, evitar los efectos perjudiciales que generan —en contra del objetivo de reinserción social pretendido— las penas cortas privativas de la libertad. Es decir, se intenta que a pesar del cumplimiento de la sanción, el interno pueda mantener sus relaciones familiares y sus actividades laborales o educativas.

Para lograr ese objetivo se contempla un cumplimiento “fraccionado” de la privación de la libertad: el condenado ingresa por ciertos períodos al centro de detención y de esa forma va agotando la sanción impuesta. En caso de disponerse estas modalidades, el juez o tribunal debe determinar específicamente en la resolución cómo será el plan de ejecución de la prisión discontinua o la semidetención, indicando los horarios en que el penado debe presentarse en la unidad y las normas de conducta que debe observar cuando se encuentre en libertad.<sup>28</sup>

La ley establece que durante los tiempos de detención el condenado debe participar de los programas de tratamiento que se establezcan<sup>29</sup> y la idea es que durante el período de libertad el interno cumpla con sus compromisos familiares, laborales y educativos, pero mientras no esté en la unidad no goza de una libertad absoluta, sino que debe estar supervisado y observar las normas de conducta que se hayan establecido en la resolución.<sup>30</sup>

En cualquier caso, estas modalidades de cumplimiento de la pena no pueden ser impuestas sin el consentimiento del condenado. Incluso la ley establece la po-

sibilidad de renunciar a este régimen una vez que fue dispuesto.<sup>31</sup>

Las alternativas que la ley prevé son las siguientes:<sup>32</sup>

### 1. Prisión discontinua

Este régimen permite cumplir la pena impuesta mediante la permanencia del condenado en un establecimiento o sección del establecimiento donde rija el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de 36 horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél (art. 36, LEP).

De acuerdo a la ley, el sujeto ingresa a la unidad durante ciertos períodos discontinuos de detención, fuera de los días laborales (por ejemplo, durante los fines de semana) y se debe computar un día de pena por cada noche de permanencia en la unidad (art. 38, LEP). Es decir, en la generalidad de los casos, este sistema puede ser asimilado a una especie de arresto o prisión de fines de semana y, como hemos visto, tiene como finalidad principal, que el interno pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones laborales, a pesar de la ejecución de la pena.

El art. 37 LEP, por su parte, prevé un derecho especial, al disponer que el juez competente puede autorizar que el condenado no se presente en la institución en la que cumple la prisión discontinua, por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses. Evidentemente esta disposición pretende cumplir una función similar a las salidas transitorias previstas en el régimen general de ejecución de la pena privativa de libertad, de modo que se trata de que la ejecución de la pena irroque

el menor perjuicio posible en las relaciones familiares y afectivas del interno.

### 2. Semidetención

Consiste en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, en la medida de lo posible, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento de sus obligaciones familiares, laborales o educativas (art. 39). Puede tratarse de una prisión diurna —el sujeto permanece en el centro de detención todos los días entre las 8.00 y las 17.00 horas (art. 41)— o prisión nocturna —ingresa a las 21.00 hs. y sale a las 06.00 hs. del día siguiente (art. 42)—.

El sentido de la disposición es que el condenado, durante el tiempo del día en que se encuentra fuera de la cárcel, pueda cumplir sus obligaciones familiares, laborales y educativas. Es decir, en los períodos de libertad el condenado no puede realizar cualquier actividad, sino que debe limitarse a cumplir con las referidas obligaciones y observar las directivas que se establezcan en la resolución judicial.<sup>33</sup>

De acuerdo al sistema de la ley, se debe computar un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado en la institución (art. 43 LEP). Además de ello, también en este caso se prevé que el juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución durante un lapso no mayor de 48 horas cada dos meses (art. 44 LEP).

### 3. Trabajos para la comunidad

El régimen de prisión discontinua y de semidetención puede sustituirse por trabajos para la comunidad, es decir, por tareas laborales no remuneradas en instituciones de bien público. Ello surge del art. 50 LEP, al disponer que:

“En los casos de los incisos c) y f) del artículo 35, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el juez de ejecución o juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses”.

Al respecto, es necesario señalar que si bien la citada norma alude “a los casos de los incisos c) y f) del artículo 35”, se trata en realidad de un error de técnica legislativa originado en la reforma que la Ley 26.472 realizó respecto del art. 35 de la Ley 24.660. En efecto, con anterioridad a dicha reforma, el supuesto que nos ocupa —penas privativas de la libertad que no superen los seis meses— se encontraba previsto en el art. 35, inciso f) y, actualmente, se encuentra incluido en el inciso e).

La conversión del régimen de semidetención o prisión discontinua en trabajos comunitarios no resulta “automática”, sino que debe ser fundada con arreglo a las circunstancias particulares del caso. Es decir, no toda pena inferior a los seis me-

ses de prisión puede ser cumplida bajo la modalidad de trabajos comunitarios, sino que el juez o tribunal debe acudir a la sanción alternativa aludida cuando existen especiales razones que justifican el pedido. En todos los casos, claro está, se exige además la expresa conformidad del condenado.<sup>34</sup>

Respecto de la modalidad de cumplimiento de esta sanción sustituta, la ley establece tres reglas que deben tomarse en cuenta: a) en primer lugar, se indica que los trabajos para la comunidad no remunerados deben ser realizados por el condenado “fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada”; b) también se prevé que corresponde computar seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión; y c) el plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución debe ser de 18 meses.

Resulta claro que las tres reglas aludidas deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar la cantidad de horas de trabajo que debe cumplir el penado. Desde este punto de vista, si en razón de la pena impuesta o la que resta purgar, los trabajos no remunerados no podrían ser razonablemente cumplidos en el término máximo de los dieciocho meses establecidos y fuera de los horarios laborales, resulta imprescindible autorizar una reducción de la carga horaria en cuestión.

Dicho de otro modo, la disposición que establece que deben computarse seis horas de tareas comunitarias por cada día de pena privativa de libertad, debe ser considerada solo un límite máximo, pero que puede ser reducido en función

de las características del caso, cuando el condenado se encuentre imposibilitado de cumplir con esa carga horaria en el plazo de dieciocho meses y fuera de sus horarios laborales.

Por otra parte, la ley establece que la organización y la supervisión de los trabajos deben ser confiados al Patronato de Liberados o a un servicio social calificado (art. 51 LEP), disponiéndose que en caso de incumplimiento, por única vez y mediando causa justificada, se puede prorrogar el plazo hasta seis meses más, pero de lo contrario el condenado debe cumplir la pena en establecimiento semiabierto o cerrado (art. 52 LEP).

Es importante señalar que la decisión de aplicar el régimen especial de la prisión discontinua o semidetención, y la eventual conversión de la pena en trabajos comunitarios, puede ser dispuesta por el tribunal de juicio, al momento llevar a cabo la determinación judicial de la pena (art. 40 y 41 del CP). En este sentido, cuando la ley establece que “la sentencia condenatoria fijará las penas” (art. 403 CPPN), es claro que no solo se alude al tipo y monto de pena, sino también a la modalidad de cumplimiento.

Una interpretación armónica de los arts. 40 y 41 del CP y de lo dispuesto por los arts. 35 y 50 de la Ley 24.660, permite sostener que nuestra legislación penal ha contemplado una sanción alternativa a ciertas penas privativas de libertad como es la obligación de realizar trabajos comunitarios. Y es claro que estamos ante una cuestión que puede ser objeto de discusión durante el debate y, por lo tanto, motivo de pronunciamiento en la sentencia.<sup>35</sup>

En este sentido, la posibilidad de apli-

car la conversión de la pena en trabajos comunitarios constituye una alternativa de fundamental importancia, pues permite que el condenado a una pena privativa de la libertad, de cumplimiento efectivo y de corta duración, pueda permanecer en libertad.

#### IV. La libertad asistida

---

De acuerdo al ámbito de aplicación que se le asigne al régimen de la libertad asistida, también puede funcionar como un mecanismo alternativo importante para las penas privativas de la libertad de corta duración.<sup>36</sup> Al respecto, corresponde efectuar las siguientes aclaraciones:<sup>37</sup>

1. Se trata de un instituto que fue pensado, fundamentalmente, para internos que se encuentren impedidos de acceder al régimen de la libertad condicional (art. 13 CP), por ejemplo, por haber sido declarados reincidentes (art. 14 CP) o por haberse revocado una libertad condicional anterior (art. 17 CP). A través de la libertad asistida, el legislador ha procurado fortalecer el objetivo de prevención especial positiva, que se persigue mediante la ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1, Ley 24.660), al establecer un período de libertad controlada y supervisada antes del vencimiento definitivo de la sanción.

2. No obstante, el contenido literal del citado art. 54 de la Ley 24.660 impide restringirlo a internos que se encuentren excluidos del régimen de la libertad condicional y a casos de penas privativas de la libertad de larga duración.

Una lectura del artículo analizado permite advertir que no se ha excluido expre-

samente a los internos que no hayan sido declarados reincidentes o a quienes no se les ha revocado una libertad condicional anterior, de modo que restringir la aplicación del instituto más allá de lo que dispone la ley implicaría una vulneración al principio de legalidad,<sup>38</sup> que no solo rige con relación a la determinación legal de la conducta punible, sino también de la pena. Es decir, esta regla constitucional exige indefectiblemente que el hecho delictivo y la correspondiente consecuencia jurídica se encuentren descritos con suficiente precisión y claridad en la ley previa.

En lo que aquí nos interesa, es claro que también se hallan sometidas al principio de legalidad todas aquellas disposiciones relativas a la ejecución de la sanción que, como ocurre con la libertad asistida, definen el verdadero sentido y hasta la duración de una pena privativa de la libertad. Desde este punto de vista, así como no es constitucionalmente posible castigar por analogía un hecho no previsto expresamente en la ley, tampoco es posible restringir o establecer limitaciones no contempladas expresamente, para un derecho que la ley prevé a favor del condenado y que sirve como límite al poder punitivo estatal.

Lo expuesto permite sostener que, en ciertos casos, un interno que no se encuentra excluido del régimen de la libertad condicional, puede acceder al instituto de la libertad asistida, cuando ello le resulte más favorable. Tal sería el caso, por ejemplo, de un sujeto condenado a la pena de diez meses de prisión, que podría egresar bajo el instituto de la libertad asistida a los cuatro meses, mientras que únicamente lograría su libertad condicional a los ocho meses.<sup>39</sup>

3. Sin embargo, el contenido literal del art. 54 de la Ley 24.660, sí permite establecer una limitación en la aplicación del instituto que no vulnera el principio de legalidad. Una interpretación razonable del citado artículo autoriza a sostener que el instituto de la libertad asistida resulta aplicable respecto de penas privativas de libertad que superen los seis meses de prisión. Cuando la sanción es inferior a dicho lapso, no existe posibilidad alguna de egresar “seis meses antes del vencimiento”, de modo que —en mi opinión— han sido excluidos del régimen de libertad asistida aquellos internos condenados a penas privativas de libertad inferiores a los seis meses.

Esta limitación, por otra parte, encuentra respaldo legal en el propio régimen de la Ley 24.660, pues para condenados a penas que no superen los seis meses de prisión se han contemplado modalidades especiales de ejecución como es la prisión discontinua y la semidetención (art. 35, inc. e), que a su vez, como hemos visto, pueden ser reemplazadas por trabajos comunitarios (art. 50).

4. Ahora bien, ese es el único recaudo que puede inferirse del texto del art. 54 de la Ley 24.660. En cambio, no resulta legítimo excluir del derecho a la libertad asistida a los condenados a penas superiores a los seis meses de prisión o reclusión, se encuentren o no habilitados para acceder al régimen de la libertad condicional. Dicho límite no surge de la ley y aplicarlo por vía de la analogía resultaría una solución contraria al principio de legalidad (art. 18 CN).

Ninguna duda existe en cuanto a que la ley penal, al igual que toda ley, requiere de la interpretación. Ya advertía Soler

que negar la necesidad de interpretar las leyes es como negarles aplicación o como creer que el acto del juez no es psíquico sino mecánico.<sup>40</sup> Y en la tarea puede el intérprete valerse de cualquier método —gramatical, sistemático, histórico, teleológico—, de lo cual se infiere que es perfectamente válido consultar el espíritu de la norma o la voluntad del legislador. Sin embargo existe un límite bien preciso que no puede ser traspasado y ese límite está constituido por el tenor literal de las palabras de la ley.<sup>41</sup>

De lo expuesto se puede deducir que el sentido literal del art. 54 de la Ley 24.660 impide excluir del régimen de la libertad asistida a los internos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad superiores a los seis meses, se encuentren o no excluidos del régimen de la libertad condicional.

## Notas

<sup>1</sup> Recordemos que, según el art. 1 de la Ley 24.660, “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

<sup>2</sup> GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 226

<sup>3</sup> Una visión crítica a las alternativas a las penas privativas de libertad efectúa CARLÉS, Roberto M., “Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal”, en *Revista de Derecho Penal*, Año 1, Número 1, Ministerio de Justicia - Infojus, Bs. As., 2012, pág. 3 y ss., quien expresa que “No creo que las medidas alternativas representen una real alternativa a la práctica del encierro y, mucho menos, a la lógica general de la respuesta punitiva y de la ideología correccional” (*op. cit.*, pág. 22). No obstante, señala que “las penas alternativas a la prisión deberían tener la eficacia declamada sólo si a ellas se uniera la decisión política de establecer cupos carcelarios, es decir, la decisión de no aumentar el número de presos ni construir más cárceles” (*op. cit.*, pág. 23). En la mencionada revista, por su parte, Di Giulio afirma que “Pensar la pena no sólo como respuesta y función del Estado sino también en consideración con el conflicto penal y la víctima conduce a una apertura de los límites que, en más o en menos, parece presentar la dogmática penal en variadas expresiones. Ello repercutirá favorablemente en penas alternativas a la prisión” (DI GIULIO, Gabriel H., “Alternativas a la pena de prisión en un modelo penal bilateral”, *Revista de Derecho Penal*, cit., pág. 75)

<sup>4</sup> CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 11 y ss.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pág. 17

<sup>6</sup> En el Anteproyecto de reforma del Código Penal, elaborado por una comisión designada en el ámbito del Ministerio de Justicia (Resoluciones MJ y DH N° 303 del 14/12/04 y N° 136 del 4/10/05, se contemplaba una gran variedad de penas alternativas. Concretamente, el art. 18 disponía que “Las penas alternativas a la prisión que podrán ser aplicadas como consecuencia del hecho punible son: a) la detención de fin de semana; b) la prestación de trabajos a la comunidad; c) la obligación de residencia; d) la prohibición de residencia y tránsito; e) el arresto domiciliario; f) el cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales; g) La multa reparatoria”. Ver respecto de ello, CIAFARDINI, Mariano, “Las penas alternativas en un proyecto de reforma integral de la legislación penal argentina”, en *Revista de Derecho Penal*, Año 1, Número 1, Ministerio de Justicia - Infojus, Bs. As., 2012, pág. 25 y ss.

<sup>7</sup> Los efectos preventivos que se buscan a través de estos institutos difícilmente puedan lograrse si no se establecen los recursos suficientes para la ejecución y control de estas medidas.

<sup>8</sup> Como lo afirma Righi, “Los efectos nocivos de la pena corta privativa de

libertad, que se traducen en la pérdida del empleo o actividad profesional, el alejamiento de la familia que normalmente queda en situación de desprotección económica, el reforzamiento de la estigmatización social que toda condena implica y el proceso de criminalización que genera el ambiente carcelario, son fácilmente apreciables en autores ocasionales que por primera vez han cometido un hecho punible, todo lo cual otorga sentido a que la condena de ejecución condicional esté destinada a delincuentes primarios” (Righi, Esteban, *Teoría de la pena*, Hammurabi, Bs. As., 2001, pág. 233 y ss.).

<sup>9</sup> Considera que procede la condenación condicional cuando el sujeto registra una condena anterior a una pena que no es privativa de libertad, Righi, *Teoría de la pena*, pág. 234.

<sup>10</sup> Al respecto, basta con tener en cuenta que una condena que caducó registralmente, ni siquiera debería ser informada por el Registro Nacional de Reincidencia, de modo que nunca podría ser un obstáculo para la concesión del régimen previsto por el art. 26 del CP. Por otra parte, tampoco puede tomarse en cuenta como impedimento la pena que hubiera caducado con posterioridad a la comisión del nuevo hecho, y antes del juicio, pues una vez producida la mencionada caducidad el antecedente desaparece y no puede ser tomado en cuenta.

<sup>11</sup> Como lo expresan Zaffaroni, Alagia y Slokar, “En síntesis, puede imponerse condicionalmente una pena de hasta tres años de prisión a quien no haya sido condenado con anterioridad a ninguna pena de prisión o a quien, habiendo sido condenado a esta clase de pena en forma condicional o habiéndola sufrido en cumplimiento efectivo, hubiese superado los plazos del art. 27 o los del art. 51. Es claro que lo único que puede obstar es una condena a pena de prisión y, en ningún caso, a pena de inhabilitación o multa, pues se trata de un instituto referido a la pena privativa de libertad y no a las restantes” (ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Bs. As., 2005, pág. 923). En mi opinión, también debe impedir la condenación condicional una condena anterior a pena de reclusión.

<sup>12</sup> Ver con más detalle, DE LA FUENTE, Javier E. y SALDUNA, Mariana, “El cómputo de la prisión preventiva en la pena de reclusión. Análisis del art. 24 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* N° 6/2006, junio, Lexis Nexis, pág. 1084

<sup>13</sup> El art. 44 del CP, al regular la escala penal de la tentativa, establece que “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años”.

<sup>14</sup> Conforme al art. 46 del CP, “Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años”.

<sup>15</sup> Sin embargo, con razón se sostiene que “Esto no significa que no pueda condenarse condicionalmente a prisión y, simultáneamente, en forma efectiva a multa o a inhabilitación, dado que, como se ha dicho, el cumplimiento de la condición no hace desaparecer el acto jurisdiccional, sino sólo la condenación a la pena de prisión” (ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *op.cit.*, pág. 924).

<sup>16</sup> En relación a ello se ha señalado “La expresión *personalidad moral* parece inadecuada, si se la atiende como una exigencia puesta en las virtudes morales del condenado, la que obviamente resultaría contraria al art. 19 constitucional... El correcto entendimiento de esta fórmula debe ser que para la condenación condicional basta con un pronóstico negativo, que indique que el encierro agravará más la *personalidad moral* del condenado, juicio en el que incidirán los demás requisitos, como la *naturaleza del delito* o los *motivos que lo impulsaron a delinquir*, que permiten valorar el real estado de vulnerabilidad que determinó su criminalización, tanto como los efectos desocializadores de un posible encierro, que en palabras del propio art. 27 alcanza a todas las *demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*” (ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *op.cit.* pág.. 924 y ss.).

<sup>17</sup> Al respecto se ha dicho que “Si bien surge del art. 26 del Código Penal el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga —con el fin de asegurar una debida defensa en juicio— a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión” (CSJN, S. 579. XXXIX. REX, “Squilaro, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario”, 08/08/2006, T. 329, P. 3006).

<sup>18</sup> Ver ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 924, quienes afirman que “cumplimentados los extremos formales y materiales requeridos por la ley, hay un derecho del procesado a la condicionalidad, puesto que lo contrario implicaría confundir la función valoradora del juez con una potestad arbitraria”.

<sup>19</sup> El artículo 27 bis fue incorporado al CP por la Ley 24.316 (B.O. 19/5/1994). Como posibles reglas de conducta se establecen las siguientes: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas. 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas. 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida. 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia. 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad. 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

<sup>20</sup> Según la situación particular del imputado, el tribunal incluso se encuentra habilitado a no imponer tales reglas, cuando carezca de razones preventivas especiales. Como lo expresa Cesano, “El artículo 27 bis no obliga al tribunal a imponer, en todas las situaciones, una regla de conducta. Por el contrario, esta disposición sólo se torna imperativa, en tanto la aplicación de alguna de las obligaciones que establece la nueva norma, resulte adecuada, en el caso concreto, para prevenir, en el autor, la comisión de nuevos delitos” (CESANO, José D. *Las reglas de conducta del artículo 27 bis y la condena de ejecución condicional*, Alveroni, Córdoba, 1996, pág. 70).

<sup>21</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar las consideran “penas de naturaleza accesoria en el supuesto de condenación condicional o, lisa y llanamente, penas privativas de derechos distintas de las originarias” (ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *op.cit.* , pág. 926). Nuestro máximo tribunal nacional ha resuelto que constituye una transgresión al principio de irretroactividad de la ley penal, la imposición de algunas reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del Código Penal —texto según Ley 24.316— si, más allá del fin preventivo

que persiguen, incluyen modalidades de aplicación y ejecución de la pena de prisión de cumplimiento condicional restrictivas de los derechos del condenado que no se encontraban vigentes al momento de los hechos de la causa (CSJN, M 190 XXX; “Miño, Leandro Ariel y Miño, Leonardo Gastón s/ robo en poblado y en banda en grado de tentativa” — causa N° 102/92”, 10/08/1995, T. 318, P. 1508).

<sup>22</sup> Respecto del carácter “taxativo” de las reglas de conducta enumeradas en el art. 27 bis, véase CESANO, *op.cit.*, pág. 30 y ss.

<sup>23</sup> En cuanto a la necesidad de motivación del acto jurisdiccional y las pautas que deben tomarse en cuenta al momento de establecer las reglas de conducta, ver CESANO, *op. cit.*, pág. 38 y ss.

<sup>24</sup> De ello se deriva algo muy importante. Estas reglas de conducta —que constituyen en realidad sanciones penales— no pueden ser impuestas “de oficio” por el tribunal, sino que siempre deben haber sido solicitadas por la parte acusadora, de forma tal que la Defensa haya tenido oportunidad de expedirse sobre la cuestión. En caso contrario se violaría el principio de imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio.

<sup>25</sup> Como lo explica Cesano, “El sólo hecho de que se verifique un incumplimiento, no es causal suficiente para revocar el beneficio de la condicionalidad. Por el contrario, la ley ha establecido una serie de alternativas que el tribunal deberá utilizar con carácter previo a la posibilidad revocatoria: modificar las reglas impuestas en caso de imposibilidad de cumplimiento justificada; intimar a que el beneficiario las satisfaga, sin imponer ninguna sanción por la inobservancia incurrida y, por fin, descontar, todo o parte del período de prueba, durante el cual se verificó el incumplimiento. De esta manera, queremos enfatizar que la posibilidad de revocación, solo debe ser utilizada como ‘última ratio’, cuando los incumplimientos, por su reiteración o persistencia, son reveladores de una manifiesta voluntad del autor de sustraerse al plan de conducta que se le impuso” (CESANO, *op.cit.*, pág. 72).

<sup>26</sup> En lo que respecta al cómputo de estos plazos, la ley establece que “En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario”.

<sup>27</sup> La ley establece expresamente que “La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito” (art. 27, primer parte, CP).

<sup>28</sup> Conforme al art. 45 LEP, “El juez de ejecución o juez competente determinará, en cada caso, mediante resolución fundada, el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente”.

<sup>29</sup> El art. 47 LEP dispone que “El condenado en prisión discontinua o en semidetención, durante su permanencia en la institución, participará en los programas de tratamiento que establezca la reglamentación, en la que se consignarán las obligaciones y limitaciones que deberá observar”. Por su parte, el art. 46 LEP prescribe que “si el condenado se encontrare privado de libertad, previo a la ejecución de la resolución judicial, participará del programa de prelibertad, establecido en el artículo 30, con una duración máxima de treinta días”.

<sup>30</sup> Según el art. 49 LEP, “En caso de incumplimiento grave o reiterado de las normas fijadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 45 y previo informe de la autoridad encargada de la supervisión del condenado, el juez de ejecución o juez competente revocará la prisión discontinua o la semidetención practicando el cómputo correspondiente. La revocación implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado”.

<sup>31</sup> El art. 48 LEP establece que “El condenado podrá, en cualquier tiempo, renunciar irrevocablemente a la prisión discontinua o a la semidetención. Practicado el nuevo cómputo, el juez de ejecución o juez competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en establecimiento penitenciario. En tal supuesto la pena se cumplirá en establecimiento semiabierto o cerrado”.

<sup>32</sup> De acuerdo a consultas efectuadas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal no existe un establecimiento específicamente destinado al cumplimiento de esta modalidad de sanción, por lo que el interno debería ser derivado a una unidad donde rija el principio de autodisciplina, como —por ejemplo— la Colonia Penal de Ezeiza (U.19), la Casa de Pre—egreso “Dr. José Ingenieros (U.18) o el Instituto Abierto de Pre—egreso “Nuestra Señora del Valle” (U.33).

<sup>33</sup> Por ello, el art. 40 LEP dispone que “El lapso en el que el condenado esté autorizado a salir de la institución se limitará al que le insuman las obligaciones indicadas en el artículo 39, que deberá acreditar fehacientemente”.

<sup>34</sup> Conforme al art. 53 LEP, “El condenado en cualquier tiempo podrá renunciar irrevocablemente al trabajo para la comunidad. Practicado el nuevo cómputo, el juez de ejecución o juez competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en prisión discontinua, semidetención o en un establecimiento penitenciario”.

<sup>35</sup> Ello no implica que en otros casos sea el juez de ejecución quien deba decidir la aplicación de estas modalidades alternativas de cumplimiento de la pena, cuando la cuestión, por ejemplo, no haya sido planteada ni discutida durante el juicio, es decir, cuando el interno o su defensa recién soliciten la aplicación de estas disposiciones, una vez firme la sentencia.

<sup>36</sup> Conforme al art. 54 de la Ley 24.660, “La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico—criminológico y del consejo correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida. El juez de ejecución o juez competente podrá denegar la incorporación del condenado a este régimen solo excepcionalmente y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad”.

<sup>37</sup> En razón de los objetivos de este trabajo, no me ocuparé de los requisitos de procedencia de la libertad asistida, ni de las condiciones a las que debe someterse el liberado, sino exclusivamente a su ámbito de aplicación, es decir, solo aludiré al problema referido a qué clases de penas pueden incluirse en este régimen.

<sup>38</sup> Arts. 18 CN, XXV DADDH, 11 DUDH, 9 CADH, 9 y 15 PIDCyP y 13.3 CCBA

<sup>39</sup> En este sentido, se ha resuelto que: La libertad asistida —siempre, que se den las condiciones que hacen a su otorgamiento— también resulta procedente respecto de los reclusos no reincidentes, pues la norma no puede interpretarse

de modo tal que aquéllos, en ciertas ocasiones —art. 13 del CP—, se encuentren en mejor situación que éstos; y, será la especie y el monto de pena los que han de determinar cuál de los institutos (libertad asistida o libertad condicional) ha de otorgarse. Cuando la condena infligida a primarios o reiterantes sea superior a un año y seis meses de reclusión o, a un año y dos meses de prisión, ambas de cumplimiento efectivo, la libertad condicional precederá a la libertad asistida (en el caso de los condenados a reclusión o prisión a penas superiores a los tres años, los dos tercios del cumplimiento se producirán antes que los seis meses previos al agotamiento; y en los supuestos de condenas de cumplimiento efectivo superiores a un año y seis meses de reclusión o a un año y dos meses de prisión pero no mayores a tres años, respectivamente los doce meses y ocho meses de reclusión y prisión —piso que establece el art. 13 del CP para otorgar la libertad condicional— precederán a los seis meses faltantes para el agotamiento de la pena); cuando la condena impuesta a primarios o reiterantes sea de un año y seis meses de reclusión, o un año y dos meses de prisión, ambas de cumplimiento efectivo, el otorgamiento de la libertad asistida coincide con la del acceso a la libertad condicional (ídem piso del art. 13 CP); y, cuando la condena impuesta a primarios o reiterantes fuere inferior a un año y seis meses de reclusión o a un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, el otorgamiento de la libertad asistida precederá al de la libertad condicional (ídem piso art. 13 CP) (CNCP, Sala I, Registro N° 6377.1, “*Posadas, Sergio Alejandro s/recurso de casación*”, 4/12/03, causa N° 5037 —Rodríguez Basavilbaso, Catucci, Bisordi—).

<sup>40</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, Tº. I, pág. 145.

<sup>41</sup> Como bien indica Jescheck, “el sentido de la ley sólo puede expresarse en palabra. Estas son la materia básica de la interpretación y por eso debe respetarse en todo caso el ‘sentido literal posible’ como límite extremo. Lo que se ubica al otro lado de ese límite constituye ya una creación jurídica complementaria que metódicamente no puede seguir denominándose interpretación. El criterio del sentido literal posible es irrenunciable por razones provenientes del Estado de Derecho, pues representa el único elemento objetivamente constatable que permite saber con una cierta seguridad donde empieza la responsabilidad del juez por el Derecho de creación propia” (JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 112 y ss). En igual sentido señala Cerezo Mir que “...el sentido de la ley tiene que haber hallado expresión, aunque imperfecta, en su tenor literal. La interpretación ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto” (CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, 5ª edición, 3ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, T.º 1, pág. 171).

---

Dr. Sebastián Tedeschi

---

Abogado de la UBA. Master en Teoría Crítica del Derecho y la Democracia en la Universidad Internacional de Andalucía (España). Especialista en derechos económicos, sociales y culturales. Ha dictado cursos y conferencias sobre hábitat y Derechos Humanos en varios países de América Latina, España y Francia. Realizó investigaciones y publicó libros y artículos. Fue investigador y director del Programa América Latina de COHRE (Centre on Housing Rights and Eviction) desde 2004 a 2010. Actualmente es Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, y cumple funciones en la Secretaría General de Política Institucional en el área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## ***El acceso a la vivienda es justiciable***

*Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC.*

Hace ocho años, cuando analicé la jurisprudencia sobre derecho a la vivienda en Argentina,<sup>1</sup> reparé con entusiasmo en los avances que iban lográndose, en la práctica de los tribunales de primera y segunda instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Me refiero, entre otros, al caso exitoso de “Villa La Dulce”<sup>2</sup>, el fallo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) local en el caso de la inconstitucionalidad de los desalojos administrativos<sup>3</sup> y a algunos casos provinciales como “Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente c/ Provincia del Neuquén”<sup>4</sup>. Sin embargo, veía con preocupación el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Banco del Suquía” que revocó un fallo del TSJ de Córdoba que declaraba constitucionales las normas provinciales que protegían a la vivienda única y familiar<sup>5</sup>.

En ese tiempo me parecía que, frente a una jurisprudencia nueva y bastante loca-

lizada, el desafío era lograr que los tribunales comenzaran a considerar el derecho a la vivienda en todas sus dimensiones; que los tribunales pudieran evaluar otros estándares de derechos económicos sociales y culturales en los casos de vivienda que se presentan y se mejorase la calidad de la discusión judicial acerca de los derechos sociales, tomando en cuenta algunos otros criterios del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) tales como el principio de no regresividad, el control de razonabilidad de medidas regresivas particulares, el contenido mínimo del derecho a la vivienda, etc. Finalmente, esperaba que en el ámbito del Ministerio Público se dieran instrucciones para que los dictámenes, en casos de desalojos, utilizaran los estándares señalados en la Observación General Nº 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

A lo largo de estos años se sucedieron luces y sombras, pero la mayoría de estas expectativas se fueron cumpliendo, aun cuando algunos protagonistas de estas decisiones cambiaron su perspectiva. Así es que, mientras el activismo de la Defensoría y de la Asesoría Tutelar ante los tribunales Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, así como el de las ONGs y otros actores sociales aumentó el nivel de reclamos judiciales para garantizar el derecho a la vivienda, el TSJ local se volvió cada vez más reactivo a estas pretensiones. La única excepción a esta tendencia la representaron el Dr. Julio Maier, hasta su jubilación, y la Dra. Alicia Ruiz, quien continuó hasta la fecha con una línea de amplio apoyo a la exigibilidad de los derechos sociales. Este tribunal llegó a posicio-

nes extremadamente conservadoras en el caso “Alba Quintana”, que ahora está forzado a reconsiderar, teniendo en cuenta la doctrina del caso que aquí tratamos.

En el mes de abril de este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos dio una gran sorpresa, al dictar el fallo en la causa iniciada por la Sra. S.Y.Q.C. y su hijo. Las especulaciones previas sobre un fallo de la Corte en esta materia fueron muchas, y de lo más variadas. Aunque la coyuntura judicial indicaba un tiempo propicio para un pronunciamiento —recordemos la misión realizada por la Relatora Especial de la ONU sobre derecho a la vivienda en abril de 2011 y la mención del derecho a la vivienda en el discurso de apertura del año judicial de 2012—, junto con muchos otros colegas, no esperábamos una decisión tan rica en términos de doctrina sobre la exigibilidad de derechos sociales.

Era de esperar que la Corte eligiera una controversia que discutiera una situación extrema, dentro de las cuatro docenas de casos que tenía con recursos, y que aún esperan resolución. Ello suponía un pronóstico mediocre, en términos de que se esperaba poca doctrina y una línea argumental que girara elípticamente sobre “las especiales particularidades del caso”. Sin embargo, como veremos, la Corte nos sorprendió positivamente, sin sacar *los pies del caso*, pero abordando, de la manera más integral posible, el drama de la ineptitud de las políticas públicas en materia de vivienda en la CABA. Sin suficiente conciencia de ello, la Corte politizó la vida personal de la Sra. Q., de manera que podemos afirmar, que al menos en este caso y con las reservas que efectuaré más adelante, para la Corte y tomando

prestada la frase formulada por Kate Millet, “*lo personal es político*”<sup>6</sup>.

La audiencia previa a la decisión, celebrada el 15 de septiembre de 2011, fue fundamental para formar la opinión de los magistrados, y eso se retrató en los énfasis de los considerandos, especialmente el número 13 en el que la Corte analizó la adecuación de las políticas de la CABA respecto de la pretensión de la actora. Allí el máximo tribunal citó los dichos de la Ministra de Desarrollo Social en la audiencia, y los utilizó en un sentido contrario a la pretensión del Gobierno<sup>7</sup>.

### **1. El planteo de la Sra. Q., su suerte y fatalidad en las distintas instancias.**

La Sra. Q. demandó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en adelante “el gobierno local”, “la Ciudad” o “Buenos Aires”— por su propio derecho y representando a su hijo menor de edad, quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. En su demanda solicitó que la Ciudad cesara en su conducta ilegítima, de negarle la inclusión en los programas gubernamentales de vivienda y en no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo.

Para reparar esta violación de Derechos Humanos, la Sra. Q. solicitó una solución que le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, que preservara su integridad familiar. Para atajarse de lo que al momento de la demanda era una respuesta estatal insuficiente y previsible, la reclamante aclaró que, en el caso de que se decidiera

brindarle un subsidio, el monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto GCBA N° 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos.

El planteo de la Sra. Q. había prosperado en la primera y segunda instancia pero chocó contra el paredón, en el TSJ de la Ciudad. En las dos primeras se había decidido que:

“...frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06] (...) podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado (...) la demandada deberá proveer (...) un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Sin embargo esa decisión fue revocada por el TSJ local, que decidió reenviar la causa a la Cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados ya en la causa “Alba Quintana”<sup>8</sup>, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones se remitió.

Una de las cuestiones más relevantes para la justicia de la ciudad es que la Corte Suprema desarmó esta línea argumentativa que venía sosteniendo el TSJ, que utilizaba una interpretación sesgada de los estándares internacionales en materia de derechos sociales, de un modo tal que llegaba a negar su eficacia. Básicamente,

el tribunal local aplicó algo que podría ser enunciado como un “*principio contra hominem*”<sup>9</sup>: redujo la comprensión del “contenido mínimo” de las obligaciones en materia de derechos sociales; tradujo mal el término “*shelter*”; omitió la Observación General N° 4 del Comité DESC (específica sobre el contenido del derecho a la vivienda) y entendió la progresividad como una obligación a ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo<sup>10</sup>; arribó a la errática conclusión de que el gobierno local satisfacía el derecho a la vivienda de los reclamantes a través de las redes de albergues y paradores nocturnos, y por lo tanto rechazaba los amparos en esta materia.

## 2. El obstáculo de la falta de sentencia definitiva

Para abrir el recurso y poder resolver el caso, la Corte tenía que sortear un requisito que era frecuentemente utilizado por el TSJ de la CABA para rechazar los recursos extraordinarios que se le presentaban en estos casos: arguyendo que al haber devuelto el expediente a la segunda instancia, para dictar nuevo fallo, no se cumplía el requisito de “sentencia definitiva”.

Para la Corte, la sentencia apelada resultó equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que dio sustento al planteo de la actora había sido resuelta por el TSJ local y, en este punto, la decisión había quedado firme. Para nuestra Corte, el alcance que el supremo tribunal local otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa

de subsidios de la Ciudad, ya no podrían ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitaría a aplicar los criterios fijados por el TSJ, a las circunstancias fácticas de la causa. Es decir, en cuanto al derecho aplicable, estaba todo dicho. Por lo tanto, se puede considerar esta decisión como equiparable a una decisión definitiva, siguiendo una vasta jurisprudencia del máximo tribunal.

## 3. De la situación particular a la general. Los problemas personales son causados por las falencias de la política pública.

La Corte precisó con detalle las circunstancias personales de la Sra. Q. y su hijo, pero pudiendo restringir su consideración a este plano, aprovechó cada una de estas realidades para criticar de manera, a veces directa y otras indirecta, las políticas públicas en materia de vivienda de la Ciudad. Así, el texto de la sentencia remite a que la situación personal, económica y social de la Sra. Q., no le permite procurar medios para acceder a un lugar para vivir (Considerando 7 *in fine*); las condiciones edilicias del hotel, no eran las adecuadas para la patología del niño (Considerando 13), para luego pasar a afirmaciones tales como:

“No hay programas de vivienda para personas en situación de calle” (Considerando 13), y “este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora”.

Por fin, la Corte se anima a advertir, “...

que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio" (Considerando 15 *in fine*). Lo que equivale a concluir que por causa de la ausencia de planificación, el Estado paga más caro, es decir elige soluciones menos efectivas para la relación costo- beneficio.

Partiendo de ese diagnóstico, la Corte se refirió en términos generales a la "ausencia de plan de vivienda definitiva" en sintonía, aún sin mencionarlos, con varios informes de organizaciones de Derechos Humanos de los últimos años.<sup>11</sup> También aludió a la "imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la Ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000", lo que identifica todo el universo de personas que están por debajo de este nivel de ingreso, para luego afirmar que las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios, o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06, los que seguidamente pasó a impugnar.

En primer lugar, se refirió a los paradores señalando lo inadecuados que resultan para la patología del niño. Por sus condiciones edilicias estos albergues carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia. Para ilustrarlo, la Corte se basó en las informaciones provistas por el Defensor Oficial ante la Corte, quien retrató en forma pormenorizada, las graves afectaciones a la salud del niño y su desarrollo evolutivo, como

consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes.

En segundo lugar, analizó el programa "Atención para Familias en Situación de Calle", creado por el decreto 690/06, y consideró que tampoco brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación. La asistencia de dicho programa no solo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar, en situación de extrema vulnerabilidad, sino que se limita a brindar un paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente para atender a las necesidades del caso (Considerando 13).

Sobre estas mismas cuestiones, el voto del Dr. Petracchi va más allá y sostiene que:

"...los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires. Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda" (Considerando 14 Voto Dr. Petracchi).

Si bien el análisis de la Corte apunta a explicar —dentro del ámbito del "control de razonabilidad" que le incumbe, en tanto se trata de la violación de un derecho de "operatividad derivada"— que las políticas públicas de la Ciudad son insuficientes para evitar la situación de calle

de la Sra. Q., el análisis aborda aristas tan generales, que nada obsta para que se pueda aplicar el mismo análisis a la mayoría de las personas que, en situación de calle, reúnan algunas de las características del universo de grupos vulnerables. Pues la concurrencia de varios factores de vulnerabilidad, en este caso pobreza y discapacidad, son bastante frecuentes, aun con otras combinaciones, entre las personas sin techo de la CABA.

En este punto vale recordar el compromiso que asumió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al suscribir las “Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”<sup>12</sup> que identifica como tal condición, entre otros, a los siguientes factores: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. Estos factores deben ser complementados con otros que puedan surgir de las normas internacionales, nacionales y locales, lo que amplía el rango de situaciones de vulnerabilidad que pueden ser usados como referencia para analizar en futuros casos.

Por otra parte, el fallo atiende a la situación particular de la Sra. Q., como mujer en una relación materno-filial, quien también debe ser sujeto de protección social para quien, el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe adoptar medidas que no interrumpen la relación y el contacto materno-filial y proveer asesoramiento y orientación para la superación de la emergencia (Considerandos 15 y 16).

Los jueces del supremo tribunal podrían haber aprovechado el caso para con-

textualizar la perspectiva de género que ofrecía el conflicto planteado, destacando por ejemplo cómo la situación de calle expone de manera desproporcionada a las mujeres a situaciones de violencia<sup>13</sup>. Sin embargo, aunque solo se destacó el rol materno como factor que activa la obligación del Estado y no su condición de mujer como sujeto de protección del Estado para garantizar una vida libre de violencia, el fallo abordó al menos parcialmente un aspecto personal de la peticionante. La Corte consideró los sufrimientos de esta mujer, en su lucha por buscar un lugar en donde vivir dignamente junto a su hijo, para tomar una decisión en donde imputaba la violación de sus derechos sociales por parte del gobierno local, a partir de su política de vivienda inadecuada. Con esto, la Corte le dio relevancia jurídica a un aspecto personal. Luego, al combinar esta consideración con la obligación del Estado en materia de política pública de vivienda, acabó politizando esa consideración de las circunstancias personales. Por eso como señalé al comienzo, para la Corte, al menos en este caso, “lo personal es político”.

#### **4. Los derechos sociales de los extranjeros**

En muchos medios masivos de comunicación se publicó la noticia enfocando la calidad de extranjera de la Sra. Q. Sin embargo, esto no fue motivo de análisis en el caso. La Corte fue clara al afirmar que:

“...no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus ra-

zonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral”.

### **5. La organización del sistema de fuentes en materia de derechos sociales**

El máximo tribunal de justicia de nuestro país se tomó el trabajo de componer un complejo sistema de fuentes para determinar el alcance del derecho a la vivienda. Aunque esta amplitud venía sugerida en fallos anteriores sobre derecho a la salud y a la seguridad social, la composición del marco jurídico aplicable en el caso de la Sra. Q., configuran la referencia más completa en materia de derechos sociales. El camino seguido por la Corte, en este sentido, consolida una interpretación integrativa del conjunto de normas constitucionales, de derecho internacional y de reglas locales, que permiten determinar el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales.

Los derechos que la Corte utiliza, con amplia fundamentación, son el derecho a la vivienda y el derecho a la protección de los niños con discapacidad, haciendo énfasis en las obligaciones y en la importancia de estos derechos, con relación a la salud del hijo de la Sra. Q.

En este sistema de fuentes, la Corte comienza con el derecho a la vivienda, protegido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, reconociéndolo como tributario de aquel art. 37 de la Constitución de 1949 (párr. 8.I), y dentro de los beneficios de la seguridad social que tienen carácter integral e irrenunciable. Complementa su

contenido con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Carta Magna en la reforma de 1994, haciendo énfasis en la obligación de adoptar medidas para asegurar su efectividad (25 de la DUDH, 11 PIDESC, 27.1 y 27.3. CDN (Considerando 8 II), art. 31 y 17 de la Constitución CABA ) (Considerando 8 IV).

Con relación a la obligación de promover medidas de acción positiva para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de niños con discapacidad, menciona los arts. 75, inc. 23 de la CN (párr. 8º I) y 7. 1, 7.2., 28.2. d) de la Convención de Derecho de las Personas con Discapacidad y 3 de la Convención Interamericana de Derechos de las Personas con Discapacidad (Considerando 8 II y III).

Una mención clave se lleva la Ley 3706, de protección integral de personas en situación de calle, que además de destruir la tesis del tribunal superior de la Ciudad, en tanto considera que las personas que son albergadas en los paradores se consideran aun en situación de calle<sup>14</sup>, establece la necesidad de formular políticas frente a ellos (Considerando 8º II de la sentencia y Ley 3706).<sup>15</sup> Finalmente el fallo también menciona todas las normas internacionales y nacionales vinculadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El fallo es ejemplificador para todos los jueces que tengan que resolver conflictos, en los cuales están en juego derechos sociales, en tanto deberán utilizar este amplio espectro de fuentes para interpretar el alcance de las obligaciones jurídicas en juego.

## **6. El derecho a la vivienda es un derecho operativo, de operatividad derivada.**

La Corte afrontó una pregunta que implicaba ponerse de frente a ciertas tendencias que reinaban en la cultura jurídica con los derechos sociales, pero en particular con el derecho a la vivienda. La pregunta puede ser formulada de esta manera: ¿Es el derecho a la vivienda un derecho operativo?, es decir ¿Es un derecho autoexigible para todos?

Para resolverla, el voto de la mayoría (Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni) sostuvo que, los derechos que había retratado en el sistema de fuentes, son normas jurídicas con vocación de efectividad (Considerando 10) pero con operatividad derivada (Considerando 11).

Para la mayoría, la efectividad de los derechos se explica en tanto:

“...la Constitución Nacional reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe 'garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos' (Fallos: 327:3677; 332:2043) y 'garantizar', significa 'mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas', según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que

constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las 'condiciones de vigencia' de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”.

También, para el voto del grupo mayoritario esta operatividad no es directa “en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (Considerando 11), sino que se trata de derechos fundamentales que “consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es decir que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (Considerando 12). Para explicar lo razonable, el fallo recurrió a una cita de John Rawls, que más que aclarar, oscurece un tanto “el sentido de lo razonable” como lo oportuno de esa afirmación en esta fase de la argumentación. Tal vez en este punto, el tribunal podría haber presentado sintéticamente el verdadero contenido de su análisis de razonabilidad, como efectivamente utilizó en los párrafos 12 y 13 al analizar la “adecuación”, la “necesidad” y la “relación costo-beneficio” de las políticas implementadas.

El tema motivó también el voto por separado del Dr. Petracchi, quien fue más claro en este punto. En su argumentación, el magistrado, aun compartiendo el punto de partida del voto mayoritario, en cuanto a que:

“...el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado

de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad; sostuvo que esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC” (Considerando 10, Voto Petracchi).

Para evaluar esta adecuación, el juez propuso considerar:

“...a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes”.

Más allá de la posible inconsistencia que podemos ver en la argumentación del grupo mayoritario, lo cierto es que el control de razonabilidad que implementan es un gran avance y tiene un enorme potencial para el control judicial de otras políticas sociales, no solo las referidas al derecho a la vivienda. Si omitimos el primer enunciado, que no quita ni agrega al método de análisis de la Corte, las pautas que efectivamente utiliza para evaluar la razonabilidad, son de gran ayuda para evaluar la adecuación, la necesidad y las posibilidades de costo-beneficio de las diferentes políticas sociales que se implementen. Esto claro está, habiendo demostrado el encuadre de un caso en una situación de extrema vulnerabilidad, de la que no escapan millones de casos en nuestro país.

## **7. Las políticas públicas en materia de derechos sociales son revisables judicialmente**

Como explicamos en el punto anterior, la noción de operatividad derivada le sirvió a la Corte para sentirse habilitada a realizar una revisión judicial de las políticas públicas de vivienda, mediante el control de razonabilidad. Ahora, pasemos a describir en qué consistió esta revisión y en qué medida esto puede servir de base para futuros casos.

En primer lugar, la Corte incorpora la interpretación que vienen haciendo los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, siguiendo una pauta que ya había sido sentada en referencia con otros derechos sociales<sup>16</sup>. Para ello, se refiere a

las garantías mínimas del derecho fundamental como un límite a la discrecionalidad del Estado en las políticas públicas (Considerando 12). Sobre este aspecto la Corte afirma que:

“...En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

Seguidamente, la Corte pasa a realizar su examen de razonabilidad. Como punto de partida, el tribunal se pregunta si la respuesta dada por el Gobierno es adecuada para garantizar el contenido mínimo de los derechos (párr. 13<sup>o</sup>). Para responderla, analizará cada uno de los programas, en su capacidad de responder a las necesidades de la peticionante y su hijo. Para ser breve, me remito a lo expuesto en el punto 3 de este trabajo.

Frente al problema, la Corte se auto limita como poder con funciones de control (no de ejecución) y sostiene que “...no hay una manera de responder al derecho a la vivienda”, pero constata que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos

económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la Sra. S.Y.Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere”. Por ello, concluye que “las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (Considerando 13 *in fine*).

Finalmente, para el máximo tribunal:

“...es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total” (Considerando 15).

## **8. Los límites presupuestarios no sirven de excusa para incumplir los derechos sociales (Considerando 14).**

Uno de los argumentos centrales sobre el que hizo hincapié la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires era la “inelasticidad” del presupuesto, y que las presentaciones judiciales chocaban contra la limitación presupuestaria.

Aprovechando esta controversia, la Corte se avocó a la cuestión de los lími-

tes presupuestarios como excusa para incumplir los derechos sociales. Este es uno de los aspectos en los que la Corte hiló más fino y proveyó una valiosa herramienta para evaluar la idoneidad de los esfuerzos realizados por el Estado para lograr la efectividad de los derechos sociales. Aunque el análisis se circunscribe al caso, los indicadores son pautas que ya han sido propuestas a nivel internacional como criterios para medir la obligación del art. 2 del PIDESC en cuanto establece que el Estado “adopte medidas...” hasta el máximo de los recursos disponibles” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC.

Aun reconociendo que las obligaciones de hacer implican un costo<sup>17</sup>, la Corte, citando al Comité DESC de la ONU<sup>18</sup>, entiende que:

“...la disponibilidad de recursos condiciona las medidas a adoptar pero no modifica el carácter inmediato de la obligación. La obligación de satisfacer los derechos sociales sigue en pie. Los Estados tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad”.

Complementa este criterio, con un límite a la justificación basada en la escasez de recursos, válido aun para momentos de crisis económica. Así el tribunal sigue al Comité al sostener que:

“...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (Considerando 14).

Para poder determinar si el Estado está realizando el esfuerzo suficiente, la Corte propone, citando la mencionada declaración del Comité DESC, considerar: a) el nivel de desarrollo del país, b) situación económica del país al momento y c) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo (punto 10 de la Declaración del Comité DESC citada).

Por ello concluye que:

“...el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos” (Considerando 14 *in fine*).

Finalmente la Corte afirma que no importa el *precio* del servicio que paga el Estado sino la *calidad* en cuanto a la adecuación a las necesidades. La inversión debe ser adecuada. La idoneidad del gasto no está en el monto si no en su capacidad de superar la situación o paliarla (Considerando 15).

## 9. Conclusiones

Con este análisis pretendí destacar algunos principios, líneas de interpretación y contenidos que ofrece esta feliz decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Q.C., S.Y. no representa todo lo que aspiramos en materia de exigibilidad judicial del derecho a la vivienda, pero es un paso más que significativo y valioso que ha dado la Corte ofreciendo una rica gama de posibilidades para futu-

ros litigios, no solo en materia de vivienda sino en general, sobre derechos económicos sociales y culturales.

Recordemos, para concluir, que el fallo: i) ataca frontalmente el criterio que venía sosteniendo el TSJ local y obliga a replantear su noción de derecho a la vivienda; ii) traspasa el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la evaluación de las violaciones de los DESC en un caso concreto; iii) establece un nivel de exigibilidad judicial de los DESC cuando concurren factores de vulnerabilidad; iv) construye la noción de operatividad derivada, que archiva los argumentos de los derechos sociales como programáticos; v) ejemplifica cómo componer el sistema de fuentes, cuando un tribunal se avoca a la resolución de un conflicto en materia de derechos económicos sociales y culturales; vi) ofrece un criterio claro para realizar la revisión judicial de políticas sociales en un caso de personas en situación de vulnerabilidad; y vii) desvirtúa las excusas del Estado para incumplir sus obligaciones amparadas en la limitación de recursos presupuestarios.

Estos avances no son poca cosa en materia de derechos sociales y nos dan motivos para celebrar el logro conquistado. Aun cuando se presentan enormes desafíos para la implementación de la decisión de la Corte, lo que requerirá de esfuerzos no menores a los defensores de la Sra. Q, nos quedan también pendiente otros grandes desafíos, como ampliar la protección judicial a cualquier persona en condición de vulnerabilidad, sin necesidad de tener que concentrar la suma de tragedias para convertirse en sujeto

de protección judicial y aplicar otros estándares generales del Comité DESC, inclusive en las relaciones de derecho privado y en el derecho penal.

## Notas

<sup>1</sup> TEDESCHI, Sebastián: “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. Punto 5. Caminos nuevos y posibles para la jurisprudencia argentina”, Publicado en COURTIS, Christian y BOVINO, Alberto (compiladores) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales a diez años de la reforma constitucional*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág.22

<sup>2</sup> Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, Secretaría 9. “*Agüero, Aurelio E. C/ GCBA s/ Amparo*”, que culminó con la firma de un Acta Acuerdo el 7 de noviembre de 2001 homologada judicialmente. Allí el gobierno se comprometió a proveer a los vecinos la construcción de 86 viviendas, dentro de un plazo máximo de 60 días, en un terreno ubicado en la localidad de Villa Celina, Partido de La Matanza, que finalmente por acuerdos posteriores, se construyó en el Barrio de Villa Soldati de la CABA.

<sup>3</sup> Caso “*Comisión Municipal de la Vivienda C / Saavedra, Felisa Alicia y Otros S / Desalojo S / Recurso de Inconstitucionalidad.Expte. N° 1556/02, 07/10/2002*. En ese caso el TSJ de la CABA resolvió declarar inconstitucional el artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Cámara Civil del Neuquén, 03/09/2002. 18 de octubre de 2002. págs. 29-35. En el caso el tribunal ordenó al gobierno resolver el problema de vivienda para una niña que padecía una grave enfermedad.

<sup>5</sup> CSJN, “*Banco del Suquia SA c/ Juan Carlos Tomassini s/Ejecutivo*”, sentencia del 19/03/2002.

<sup>6</sup> En MILLET, Kate, *Política sexual*, Ed.Cátedra, Madrid, 1995.

<sup>7</sup> La Corte dijo: “...Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó que “...dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle...” CSJN, Q.C., S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, sentencia del 24/04/2012, Considerando 13.

<sup>8</sup> Sobre el contenido y la crítica a este fallo puede verse en: Constante, Liliana “Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso “Alba Quintana”, publicado en el Número 1 de esta revista, pág. 75 y en Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, publicado en *Jurisprudencia Argentina 2010*, abril, págs. 10 a 18.

<sup>9</sup> Utilizo esta denominación como un juego de palabras para referirme a una heurística que interpretaba el caso en contra de la vigencia de los derechos o de la forma menos favorable para la persona, en abierta contradicción con el principio *pro hominem*, que debería guiar la interpretación en estos casos.

<sup>10</sup> Esta errática interpretación de los DESC sigue la muy criticada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, considerandos 147 y 148. Para un análisis extenso y crítico del caso ver: Christian Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian Courtis,

Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, págs. 1 a 66.

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo: Centro de Estudios Legales y Sociales. *Derechos Humanos en la Argentina*. Informe Anual 2002 - 2003. Sin techo, sin derecho. Algunos casos que ejemplifican la ausencia de una estrategia de vivienda social en la Argentina. Editado por Siglo XXI, 2004; y TEDESCHI, Sebastián. *El derecho a la vivienda en Argentina*. Ed. Centre on Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2005, pág. 115, entre otros.

<sup>12</sup> Las reglas fueron aprobadas por Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el 6 de marzo de 2008 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifestó su adhesión a través de la Acordada N° 5/2009.

<sup>13</sup> Sobre este aspecto ver TULIANO CONDE, Romina y TEDESCHI, Sebastián en "Desalojos, vivienda y violencia contra las mujeres", publicado en Defensoría General de la Nación. *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ed. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012.

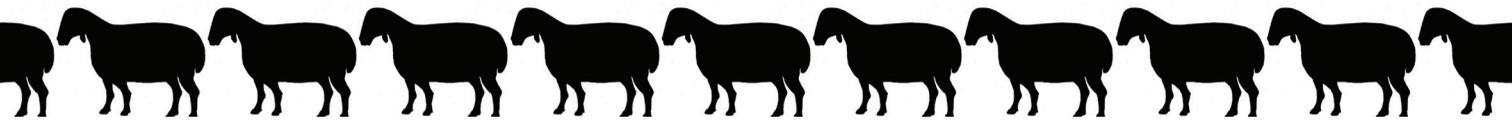
<sup>14</sup> Ley 3706, art. 2, inc. 1: A los fines de la presente ley se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno.

<sup>15</sup> Ley 3706, art. 4. Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: a. la promoción de acciones positivas tendientes a erradicar los prejuicios, la discriminación y las acciones violentas hacia las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle; b. la remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle, o en riesgo a la situación de calle, la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario; c. la formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado; d. propender a la realización de acuerdos interjurisdiccionales para el diseño y ejecución de acciones conjuntas; e. la promoción de una cultura y educación basadas en el respeto y solidaridad entre todos los grupos sociales; f. la capacitación y formación interdisciplinaria de los trabajadores dedicados a llevar a cabo la política pública sobre las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle; g. el acceso prioritario a los programas de desintoxicación y tratamientos para condiciones asociadas al abuso de sustancias, la salud mental y las discapacidades de acuerdo a las particularidades del sujeto que solicita el servicio, en el caso de personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle con discapacidad y adicciones; h. la orientación de la política pública hacia la promoción de la formación y el fortalecimiento de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle, e i. la participación plural, activa y democrática de las organizaciones de la sociedad civil integradas o no por personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle y organizaciones no gubernamentales, en la elaboración, diseño y evaluación continua de la política pública, entre otras.

<sup>16</sup> Ver CSJN, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley 9688 (21/09/2004). En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia.

<sup>17</sup> Me inhibo de plantear aquí la discusión acerca del costo de los derechos como un débito de las obligaciones de hacer, o de los derechos sociales que ya han sido ampliamente tratados por COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Victor en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta SA, Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002 y en HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. También omito discutir la noción de “recursos” en el sentido de que ellos no son solamente presupuestarios, sino también normativos y gerenciales. Para ser didáctico, podría decir que una buena distribución de los cuadros del Estado y normas impositivas progresivas pueden tener un efecto mucho mayor en la distribución de bienes, que una inversión directa del Estado, sin menospreciar su valor.

<sup>18</sup> La Corte reproduce el punto 4 de la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1.



---

Equipo de Psicólogos del Cuerpo de Mediación

Secretaría Jurisdiccional - Defensoría General de la CABA

## ***Método Alternativo de Resolución de Conflictos. Una mirada interdisciplinaria.***<sup>1</sup>

### **El conflicto**

---

El proceso de mediación es aquel que interviene cuando un conflicto humano no puede resolverse, sino a través de un tercero. Por su parte, ese conflicto se caracteriza por ser una situación en la que dos o más individuos tienen intereses contrapuestos y entran en confrontación, oposición o emprenden mutuas acciones antagónicas, estereotipadas, que cristalizan en una posición inamovible. El objetivo de esta confrontación es neutralizar, dañar o eliminar al rival —aun cuando el enfrentamiento no sea físico y solo intervenga la palabra—, para lograr la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación.

El conflicto es un “proceso interactivo” que se da en un contexto determinado; es una construcción social, y como tal es complejo, integrado por diferentes condiciones, herramientas y pensamientos.<sup>2</sup>

Asimismo, y específicamente los profesionales de la psicología consideran al conflicto como constitutivo del ser humano. Resulta así, interesante pensar cómo y por qué surge el conflicto, y la respuesta invariablemente remite a la interacción entre dos o más individuos. Siempre existe otro que puede ser diferente a uno, que piensa, siente o acciona de modo divergente,

cuestionando las propias matrices —modalidades relativamente estables de sentir, pensar o accionar en el mundo—.

A su vez, y retomando al conflicto como constitutivo del ser humano, si se lo aborda desde el punto de vista del psicoanálisis, se lo podrá encontrar en diversos sistemas o instancias, como por ejemplo, entre el Yo y el Ello, el Yo y el Superyo, y el Yo y el mundo exterior, donde no solo se enfrentan deseos contrarios sino también surge la atracción por lo prohibido.

El concepto de conflicto se puede ampliar a todo lo que se relaciona con el ser humano y su entorno. Estas pulsiones o tendencias internas pueden verse, de alguna manera, afectadas, contrariadas por el mundo exterior. Una persona que es denunciada puede sufrir angustias, crisis, sentir que chocan contra su mundo interno, todos estos sentimientos que resultan perjudiciales para ella y que pueden repercutir negativamente en el proceso legal que tiene por delante.

### **“Primera línea de defensa. Igualdad de armas”.**

Así, como la primera línea de defensa de los derechos de un ciudadano está conformada y garantizada por abogados, en el ámbito de la mediación se ha incorporado a profesionales de la salud mental.

Las funciones del abogado que vela por los derechos y las garantías del supuesto contraventor son claras para todos los actores. No lo es tanto la labor del psicólogo en este circuito, ya que su incorporación, aparte de ser novedosa, resulta de profundo interés.

El inicio de la intervención del psicólogo, en el marco de la tarea mencionada,

se produce al momento de la primera interacción entre el supuesto contraventor y su abogado. No debe perderse de vista que la persona a asesorar se encuentra allí convocada por la justicia, por un conflicto de carácter legal y que su abogado pretenderá elaborar la mejor estrategia de defensa posible.

Ahora bien, darle la mejor calidad de asistencia a una persona no solo es brindarle la mejor atención jurídica, sino también sumarle herramientas teóricas y prácticas que puedan colaborar con dicha defensa y, sobre todas las cosas, con la resolución del conflicto.

En esta línea, el denunciado podría estar en desventaja respecto del denunciante si aquel no pudiera comprender el proceso judicial en el que está involucrado, porque su conflicto interno y su culpa no juzgable le impiden la adecuada y esperable comprensión del hecho y el asesoramiento jurídico que su abogado le ofrece. Incluso el denunciante podría estar asesorado por un abogado particular. Entonces, para lograr la “igualdad de armas” que el sistema acusatorio del actual código exige, es productivo el apoyo psicológico en aras de equiparar por este medio, o al menos sopesar las diferencias, con el poder del Ministerio Público Fiscal.

Si bien el tiempo del que se dispone es muy breve, si se lo compara con el de un proceso terapéutico, se puede intervenir dando al asesorado herramientas para pensarse a sí mismo, para que pueda advertir cómo aparece involucrado en las acciones por las que se lo denuncia. De esta manera se crean los primeros esbozos de una capacidad de conciencia de sí para que quizás en el futuro el asesorado logre

disminuir al menos la repetición de conductas que lo lleven a verse nuevamente en conflicto con la justicia.

### **Nuevo campo de inserción**

La mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, permite abrir un nuevo campo a la psicología —no solo dentro de la formación de mediadores—, sino también, dentro de la Defensoría General, junto con el cuerpo de abogados que pertenecen al equipo de mediación. De esta manera se realiza una labor interdisciplinaria, donde el psicólogo trabaja de manera conjunta con el abogado.

En este contexto, la función del psicólogo no podría definirse como una tarea única y específica: el psicólogo es un intercomunicador entre la parte asistida y el abogado defensor. Muchas veces el conflicto que trae el presunto contraventor es motivador de angustias, que no le permiten escuchar lo que el abogado debe decirle para asesorarlo. Por lo tanto, es importante que el psicólogo pueda detectar este hecho e intervenir con sus herramientas para que el proceso pueda continuar de manera eficiente. También suele suceder que el abogado se vea desbordado por la situación, que va más allá del asesoramiento, y en un trabajo conjunto con el psicólogo, puede desarrollar **una defensa más adecuada**.

En cierto sentido, la manifestación de angustia ante un posible conflicto con la ley —si bien se la debe contener y descifrar— es una señal positiva de que el sujeto está en condiciones de portar; es decir, que no le resulta indiferente tener conflictos con la ley, ya que la misma se ha inscripto en su estructura subjetiva. De hecho, en oca-

siones, hay sujetos que no se angustian, y en dichos casos se está ante cuadros más graves y complejos para resolver. Ser convocado por la justicia implica una angustia real que coexiste con la neurosis.

Como primer punto el psicólogo debe poder advertir si la persona se encuentra en su sano juicio para poder acceder a la mediación; si comprende los hechos denunciados que se le atribuyen y las consecuencias del alcance del acuerdo que está por lograrse. Si la persona no puede entender lo que sucede en la mediación, la mejor defensa es poder advertir esto para poder tomar otras medidas.

### **La mejor estrategia defensiva, aspectos psicopatológicos.**

Es de vital importancia que el proceso de asesoramiento al asistido esté resguardado por una intervención interdisciplinaria. Este principio rector del proceso se fundamenta en la necesidad de complementar e intercambiar conocimientos entre profesionales, a fin de brindar la mejor intervención como primera línea de defensa.

La principal función del equipo de psicólogos intervinientes en el proceso es reconocer los componentes psíquicos del asistido, a saber: estructura psíquica, mecanismos defensivos, recursos simbólicos, nivel de reconocimiento psíquico de capacidades y responsabilidades, capacidad retrospectiva del proceso vincular, entre otros elementos. El discernimiento y discriminación de los aspectos psicopatológicos mencionados permite anticipar y pronosticar posibles comportamientos y actitudes, en tanto niveles de probabilidad.

Esta tarea, entendida como parte rectora de la intervención de los profesionales de la salud durante los procesos de mediación, es una garantía para el letrado. Poder contar con esa información le permitirá elaborar con mayor eficacia su estrategia defensiva al momento de realizar el asesoramiento.

**Por lo tanto, la intervención del psicólogo, al momento del proceso de asesoramiento, no solo ofrece un resguardo al asistido, sino también al letrado, ya que le ofrece las garantías necesarias para elaborar la mejor estrategia jurídica.**

Es necesario poder establecer una estrategia defensiva interdisciplinaria sobre todo en casos de patologías severas, ya que las mismas engloban pautas de conducta y comportamiento que podrían perjudicar al asistido, por ejemplo en el incumplimiento de un acuerdo que implicase compromisos interrelacionales.

Desde la intervención profesional, se observó la presencia de una gran variedad de estructuras psicopatológicas, específicas en cada uno de los casos. Esto revela que la intervención del profesional de la psicología no puede ceñirse a un simple acto mecánico, sino que debe estar profundamente arraigada y sostenida en el “aquí y ahora” de cada una de las audiencias. Ningún caso es igual a otro, así como ningún individuo es igual a otro, y mucho menos lo es la modalidad de vincularse con terceros. Cada caso merece una atención e intervención singular.

A continuación, se esbozan aspectos globales de diferentes estructuras psicopatológicas para enriquecer y profundizar la formulación previa.

Freud<sup>3</sup> realizó en su trabajo denominado “Neurosis y Psicosis” (1924), una diferen-

ciación estructural y funcional entre ambas alteraciones. En el caso de la neurosis, el autor destacó que el individuo encuentra en la realidad aspectos o situaciones que lo frustran, lo que motiva a sus instancias psíquicas a refugiarse en un mundo fantasioso. Si bien esto implica un alejamiento del individuo de la realidad exterior, ese alejamiento no es del mismo tenor que en la psicosis. El neurótico conserva la capacidad de duda acerca de sus fantasías; el neurótico mantiene una realidad sustitutiva al mundo real, en el que permanece y desde allí sostiene sus vínculos y su vida. En la neurosis el individuo se vale de diferentes mecanismos de defensa inconscientes, que le permiten sostenerse en la realidad (y área exterior o creada). En una estructura psíquica sana los recursos simbólicos son variados, móviles y exitosos. Mientras que, en una estructura rígida y más empobrecida son escasos, precarios y poco exitosos. De esta forma, y en relación con las situaciones vinculares que son origen de denuncias, se podría decir que hay allí individuos que no están pudiendo resolver diversas situaciones de manera variada. Por el contrario, para diferentes situaciones implementan las mismas soluciones y despliegan los mismos comportamientos y respuestas emocionales que le son inoperantes, no instrumentales, en su contacto con el mundo.

Asimismo, y recurriendo a Freud, en su artículo de 1924 “La pérdida de la realidad en la neurosis y la psicosis”<sup>4</sup> destaca que, una de las características de la estructura psicótica es la presencia de una certeza autorreferencial, que impide al individuo poder salir de una situación en la que se encuentra angustiosamente encerrado. Esto puede observarse en las au-

diencias, durante los procesos de defensa, en las que el individuo, con profunda y real convicción, sostiene que es otra persona la que siempre le hace o le dice algo a él; esto genera una reacción violenta o disruptiva en el vínculo, creando las condiciones necesarias para la gestación de una denuncia en su contra. Asimismo, Lacan en el Seminario III “Las Psicosis”, destaca la presencia de fenómenos alucinatorios, producto del despliegue de una estructura psicótica. Estos fenómenos pueden tener características auditivas, visuales, cinestésicas; y además de producir angustia en el individuo, colaboran en la gestación de una realidad supletoria a la compartida por todos. Así, se puede observar en las audiencias a individuos que manifiestan excesos de ruidos o maliciosas miradas, que realimentan situaciones conflictivas. Las características mencionadas, en su mayoría, responden a cuadros de esquizofrenia del tipo paranoide o de trastorno paranoide de la personalidad. También es importante mencionar la estructura perversa, definida por Freud y retomada por muchos otros autores. En esta estructura el individuo se vincula con terceros de manera muy específica; el individuo considera al otro —y por ello lo toma y lo utiliza— como un objeto del que puede hacer uso. Así, mediante el reconocimiento de los aspectos favorables y desfavorables del otro, utiliza sus mecanismos para servirse de él y conducirlo en beneficio propio. El perverso narcisista practica la confusión de los límites entre sí y el otro. Incorpora las cualidades del otro, se las asigna grandiosamente para atenuar su debilidad. Estas cualidades convenientes son las que niega a su ver-

dadero dueño. La seducción es un aspecto crucial de esta estrategia. La seducción perversa se produce utilizando los instintos protectores del otro. Esta seducción es narcisista: se trata de buscar en el otro el único objeto de su fascinación, es decir la imagen amable de uno mismo. A través de una seducción de dirección única, el perverso narcisista pretende fascinar sin dejarse tomar. Para J. Baudrillard, la seducción conjura la realidad y manipula las apariencias. No es energía, está en el orden de las señales y de los rituales y de su uso maléfico. La seducción narcisista hace que la realidad se vuelva confusa, borre los límites de lo que es uno mismo y de lo que es el otro.

Específicamente vinculado con aspectos legales, esta estructura no se interesa por la realidad, sino por el puro juego de las señales lingüísticas. Para el perverso narcisista la única ley es la de su deseo, que debe cumplirse en este preciso instante. Esta estructura gusta de la controversia. Es capaz de apoyar una opinión un día y de defender ideas opuestas al día siguiente, justamente para hacer renacer el debate o, deliberadamente, para chocar. La característica principal del perverso narcisista es la de gozar burlando, transgrediendo toda ley, toda norma. Por ello, estas estructuras psicopáticas suelen ser de difícil manejo en las audiencias si se desconocen los recursos profesionales para abordarlas. Estas estructuras psíquicas se manifiestan sobre todo en aquellas contravenciones ligadas al hostigamiento, aunque no se circunscriben únicamente a este tipo de contravención.

Finalmente, y como elemento destacado, se observan personalidades *borderline* o con trastorno límite de la personalidad,

como una constante en las audiencias. Actualmente esta clase de personalidad no está consensuada por la comunidad científica como una estructura independiente o de característica multiestructural, o como patología plausible de ser observada en todas las estructuras. Sin embargo, es definida por el DSM IV (Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales)<sup>5</sup> como un **trastorno de la personalidad** que se caracteriza primariamente por una desregulación emocional, pensamiento extremadamente polarizado y relaciones interpersonales caóticas, además de un empobrecimiento de recursos psíquicos. El perfil global del trastorno también incluye típicamente una inestabilidad generalizada del estado de ánimo, de la autoimagen y de la **conducta**, así como del sentido de identidad, que puede llevar a períodos de **disociación**.

### Garante de la comunicación

Cuando se habla del psicólogo en el proceso mediador no puede dejar de nombrarse a la comunicación como una herramienta esencial para el desempeño de su tarea en ese ámbito.

El cometido del equipo de psicólogos/as del cuerpo de mediación también es facilitar la comunicación entre el abogado y el presunto contraventor, en relación al asesoramiento legal que este recibe. Esta labor adquiere importancia en la medida en que colabora con la quita del *quantum* emocional que la intervención de la justicia provoca en la percepción de los denunciados. Muchas veces esta se expresa a través de desbordes de angustia, ira y otras manifestaciones particulares, de cada sujeto. Dada la situación de conflicto con el denunciante,

en muchas oportunidades el requerido posee una carga de angustia tal, que no le permite comprender con claridad la situación judicial en la que se encuentra. Este desborde constituye un síntoma social, que además de denunciar un sufrimiento personal, indica también las condiciones del malestar de nuestra civilización y alude a que vivir en sociedad implica renunciar a tendencias que se desearían consumir, pero no siempre el sujeto puede hacer lo que quiere.

Tomando en cuenta que en todo proceso comunicativo verbal interviene un emisor, un receptor y un mensaje y que este último es decodificado por el receptor, resulta importante que la carga de angustia del requerido no le impida entender objetivamente su situación. En este caso resulta también de vital importancia registrar los componentes paraverbales —el tono de voz, la fluidez, entre otros— del acto comunicativo, lo que colabora para que el intercambio se torne proactivo. Asimismo, el psicólogo se sirve no solamente de los componentes paraverbales recién mencionados, sino también de la comunicación no verbal —como ser gestos, posturas, etc—. Este registro permite identificar no solamente si quien fue objeto de la denuncia comprendió lo que el abogado le transmitió respecto de su situación judicial, sino también identificar un posible cumplimiento o no del acuerdo de mediación. Es de vital importancia la comprensión del proceso, ya que es el requerido quien decide cómo proseguir con la mediación, luego de que su asesor legal lo informó debidamente sobre el proceso y sus consecuencias.

La estructura de niveles de la comunicación, que son el contenido y la relación entre las partes, el nivel metacomunicacional, constituyen dos partes fundamentales

de cualquier conflicto. En los casos en que el conflicto del requerido con la parte denunciante está relacionado solamente con el desacuerdo a nivel relacional, el desglose de estos componentes (relación y contenido) por parte del psicólogo facilita en algunos casos que el requerido comprenda la situación. Pero además, queda en manos del psicólogo la deconstrucción de la situación de conflicto que genera violencia, ya que esta es desplazada a su percepción misma, sin ser percibida por lo general desde el lugar donde se origina.

La tarea del equipo de mediación, como representante de la Defensa, es velar por el bienestar del denunciado. En repetidas oportunidades se posiciona como objeto de las acciones de otros, perdiéndose en un discurso vaciado de implicación subjetiva que, a fin de cuentas, lo lleva a desdibujarse como sujeto.

### **Prevención**

---

Otra tarea importante a desarrollar en forma conjunta con los abogados, es la prevención.

La mejor asistencia en cualquier sistema ya sea de salud, social o legal es la prevención. En el ámbito de la salud, se trata de poder evitar la enfermedad o, en caso de que el sujeto ya padezca alguna, procurar que no empeore o siga deteriorando su salud. Así también dentro del sistema legal la prevención es una meta a perseguir.

Para el cuerpo de mediación, prevenir significa la intervención en un conjunto de sucesos que participan en un conflicto, no solo a nivel personal sino también a nivel social para evitar que el malestar preexistente se agudice, para que el sis-

tema no se vea colapsado, desgastado y también para que se ahorren recursos.

El asesoramiento no solo ayuda a que el sujeto pueda encontrar la mejor solución a su problema legal, sino que además actúa en prevención de sucesos conflictivos futuros. Muchas veces, el problema legal podría haberse prevenido, más una vez que esto no se hizo por diferentes motivos, la actividad del cuerpo de mediación de la Defensoría, puede ayudar a prevenir conflictos mayores. Esto requiere de un trabajo en conjunto muy importante donde la escucha legal y psicológica resultan imprescindibles.

Muchos casos de “ruidos molestos” resultan paradigmáticos en este sentido. Denunciante y denunciado no se conocen, ya que el denunciante llama a la policía sin saber de dónde proviene o quién es el causante del supuesto ruido. Esto irrita al denunciado y es importante prevenir un conflicto mayor, que muchas veces puede derivar en “hostigamiento”, lo que agrava el conflicto en sí mismo. La prevención permite que las partes puedan dialogar, entenderse y hallar otra forma de comunicación más allá del ámbito de la denuncia judicial.

### **Imputabilidad disminuida**

---

Al tomar en cuenta que, una de las funciones fundamentales del cuerpo de mediación es la de verificar la capacidad de mediar y/o de cumplir un acuerdo de mediación por parte del denunciado, no pueden dejar de mencionarse los casos de imputabilidad disminuida. Se entiende por tal a la capacidad limitada de ciertos sujetos, quienes por motivos de diversa índole, como ser cuestiones socioambientales, tienen dificultades para comprender la norma. Es decir, sus capaci-

dades psíquicas presentan ciertas limitaciones, sin que por ello puedan ser declarados inimputables; aunque en forma limitada, comprenden mínimamente las consecuencias de sus actos.

Por eso, los señalamientos que realiza el psicólogo durante la entrevista con sujetos de estas características rozan el ámbito de la psicoeducación, en favor de los mismos. La tarea del profesional en estos casos se direcciona hacia la institución de ciertas reglas, como para compensar la desigualdad que tiene el denunciado respecto de otros sujetos. En estos casos pueden vislumbrarse diferencias culturales. Si bien la mayoría de los destinatarios son argentinos, se asiste a un 26% de extranjeros, quienes en su gran mayoría provienen de países limítrofes con diferentes usos y costumbres y poseen una dispar vinculación con la norma. En otros casos, el factor determinante es la falta de escolarización (un 37% de los entrevistados no concluyó sus estudios secundarios). También se puede identificar como otra de sus posibles causas la falla en el rol paterno-filial que llevaría a una deficiente internalización de la norma.

### Caso “*La vida que lleva*”.

Es útil presentar en este punto el desarrollo de un ejemplo que describe lo expuesto hasta aquí. El señor Vicente y su hija María habían sido denunciados por ruidos molestos por Marta, una vecina quien en la denuncia —que se leyó previamente en la causa— describía una serie de situaciones de violencia verbal que percibía desde su domicilio y que provenían, según ella, de fuertes discusiones entre padre e hija. En la denuncia, Marta comentó su preocupación por

la situación familiar de los denunciados, a la vez que explicitó su intención de no causar ningún tipo de perjuicio a sus vecinos, más que colaborar con la resolución del conflicto que evidentemente existía entre ambos. Una vez leída la denuncia, una abogada y una psicóloga del equipo de mediación entrevistaron a Vicente, quien se presentó solo. Cuando se le preguntó por su hija, indicó que no había podido persuadirla de que se presentara a la audiencia, producto de la pésima relación que mantenían. Ante la evidente situación de angustia que gobernaba a Vicente, la psicóloga se entrevistó en privado con él. Mientras tanto, la abogada, en conjunto con la mediadora, resolvieron —también a pedido de la denunciante—, que en 30 días se celebrase una nueva audiencia a la que debían concurrir todas las partes involucradas. Después de firmada el acta, Vicente continuaba hablando con la psicóloga, y le comentó el agobio que le producía la relación con su hija. Ante la pregunta acerca de la época estimada de inicio del conflicto, Vicente respondió que había enviudado hacía 10 años y que desde entonces había tenido que hacerse cargo solo de la hija de ambos. También relató que no había podido superar la muerte de su esposa y que estaba en desacuerdo con (en sus términos) la “vida que lleva” su hija. Ante el pedido de la psicóloga de que explicara qué entendía por “la vida que lleva”, indicó que su hija no había terminado el colegio, que no trabajaba, que solo le pedía dinero. Vicente comentó seguidamente que trabajaba conduciendo un taxi, de lunes a lunes sin tomarse descanso.

Adentrándose en la cuestión relacio-

nal, la psicóloga se refirió al procesamiento del duelo de cada uno de los integrantes de la familia y las diversas respuestas que suscitó en cada uno de ellos. Este extenso diálogo permitió a Vicente mitigar su angustia. Se le solicitó que asistiera a la próxima audiencia junto con su hija y que, mientras tanto, intentara modificar su forma de dirigirse a ella. Al cabo del mes se presentaron a la audiencia los tres protagonistas de la mediación. Marta expresó su satisfacción porque ya no escuchaba discutir a sus vecinos y dijo que se alegraba de haber podido colaborar en el alivio de la situación de conflicto. Asimismo, Vicente y María, luego de agradecerle a Marta su preocupación y una vez firmado el acuerdo, se entrevistaron en privado con la psicóloga. Ahí María relató que su padre había modificado su conducta irascible y que habían podido dialogar pacíficamente. También indicó que había empezado a trabajar y que se había anotado en un secundario nocturno a fin de rendir las materias que le faltaban para aprobar la escuela media. María en su discurso deslizó lo siguiente: “lo que pasa es que siempre nos llevamos mal y mamá era como la mediadora que ayudaba a que nos llevemos mejor”. Ante esta frase se les hizo notar a ambos que estaban reproduciendo la situación previa a la muerte de su madre y esposa, respectivamente, y que ese era el punto que debían resolver. A su vez Vicente dijo que no había podido formar una nueva pareja a causa de la imagen idealizada de su difunta esposa. A ambos se les recomendó una terapia vincular con una profesional del Hospital Pirovano, especialista en temas vinculares de familia. Al cabo de unas semanas

el cuerpo de mediación se anotició, a través de la colega del Hospital Pirovano, de que estaban siendo efectivamente asistidos por ella con un pronóstico favorable.

La intervención eficaz de la profesional psicóloga facilitó al asistido el establecimiento de una transferencia positiva con aquella, al adjudicársele el rol de mediador materno de las disputas entre padre e hija. En términos lacanianos se constituyó para el asistido el SSS (sujeto supuesto saber) en relación al psicólogo asistente; es decir, pudo establecerse la vivencia subjetiva por parte del asistido, que consistió en que la psicóloga captara el sentido de lo que le ocurría.

Este ejemplo muestra los alcances que puede tener la prevención: si las personas afectadas por la situación familiar pueden encontrar una ayuda a su problema nuclear y un espacio donde trabajarlo, quizás su relación mejore y las denuncias cesen. Así también, en el ejemplo expuesto se logró prevenir que un caso de ruidos molestos, se convirtiera en uno más grave como de hostigamiento, o de maltrato, fogueado por la violencia, gracias a la intervención de la profesional psicóloga en la instancia de mediación.

## Notas

<sup>1</sup> Protocolo de Actuación del Cuerpo de Mediación. Resolución DG 98-12 Anexo I: "Desde el inicio de sus funciones el equipo de abogados y psicólogos del área de mediaciones de la Secretaría Jurisdiccional se aboca a las cuestiones contravencionales como primera línea de la defensa, resultando necesario el título correspondiente para ello, puesto que la tarea que realizan, es estrictamente profesional, en cuanto actúan como abogados y como psicólogos respectivamente."

<sup>2</sup> LAPLANCHE, J. *Diccionario de Psicoanálisis*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996.

<sup>3</sup> FREUD, S. *Neurosis y Psicosis*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1978.

<sup>4</sup> FREUD, S. *La pérdida de la realidad en la neurosis y la psicosis*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1978.

<sup>5</sup> Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Versión IV. DSM -IV-TR Breviario Criterios diagnósticos. Editorial Elsevier Masson. Edición en español es la cuarta edición revisada de la obra original. En inglés Diagnostic and statistical manual of mental disorders publicada por American Psychiatric Association, Washington, primera edición 2002, Elsevier España.S.L es una publicación Masson. Travesera

## Bibliografía

- BLANCO, Silvia y BEDNARZ, Carla: *Imputabilidad disminuida*, 2º Congreso Internacional de Criminología y Psiquiatría Forense, Finteco: Sociedad Miembro de la Asociación Mundial de Psiquiatría, Salón Auditorio de la Sede de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, CABA, 2010.

- COMES, Y. (*et al.*); "Psicología de la salud, epidemiología y prevención. El concepto de accesibilidad: la perspectiva relacional entre población y servicios", *Anuario de investigaciones de la Facultad de Psicología*, UBA, 2007.

- DABAS, Elina y PERRONE, Néstor. *Redes en Salud*. Mimeografiado. Buenos Aires, 1999.

- FARHER, M. *Psicoterapia en el paciente borderline: Focal y Breve*. Editorial Corpus, 2009.

- FREUD, S. *Neurosis y Psicosis*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1978.

- FREUD, S. *La pérdida de la realidad en la neurosis y la psicosis*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1978.

- GONZALEZ REY, Fernando. *Subjetividad y psicología crítica: implicaciones epis-*

temológicas y metodológicas. En: Jiménez-Domínguez, B, (Comp). Subjetividad, participación e intervención comunitaria. Buenos Aires. Paidós, 2008.

- LAPLANCHE, J. Diccionario de Psicoanálisis. Paidós, Buenos Aires, 1996.

- Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Versión IV.

- MAX NEEF , Manfred A. Desarrollo a Escala Humana. Editorial Nordan, Montevideo, 1993.

- Protocolo de Actuación del Cuerpo de Mediación. Resolución DG 98-12 Anexo 1.

- URY, William. *Sí, de acuerdo: Cómo negociar sin ceder*, Editorial Norma, Bogotá, 1993.

- URY, William; FISHER, Robert y PATTON, Bruce. *Sí, de acuerdo en la práctica*, Editorial Norma, Bogotá, 1998.

-WINNICOTT, Donald. *Deprivación y delincuencia*, Paidós, Buenos Aires , 2004.



---

Anexo Documental

---



“La defensa” - *collage* digital, MMXII.



**El 24 de abril del corriente año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en los autos "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", fallo que se reproduce a continuación.**

**Q. 64. XLVI.**

**RECURSO DE HECHO**

**Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.**

Buenos Aires,

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

1) Que S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. —quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva—, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no solo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22.

A partir de lo expuesto, la peticionaria solicitó "una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar". Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues

los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término solo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo.

Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente (ver fs. 65/67, 261/262, y fs. 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

2) Que la Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06]... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado...la demandada deberá proveer...un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Esa sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados en su decisión.

3) Que, como fundamento, el a quo sostuvo que las cuestiones discutidas en este expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “Alba Quintana”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió. Según el citado precedente:

Para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar —además de la Constitución local— la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ello es así pues, “la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior”.

Según el PIDESC, los Estados Partes no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

A partir de los criterios señalados, los Estados parte del PIDESC solo tienen el deber de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo. Esta es la garantía que nace del Pacto y a ello se limita la obligación de los países signatarios. En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en “situación de calle” una red de albergues y paradores estatales.

Por ese motivo, no resulta inconstitucional que los subsidios previstos por el decreto 690/06 (modificado por decreto 960/08) sean parciales y temporarios, ni que los montos otorgados a sus beneficiarios resulten insuficientes para solventar el costo de una vivienda digna.

Sin perjuicio de lo expuesto, el otorgamiento de subsidios no es absolutamente discrecional. Por el contrario, los jueces tienen el deber de controlar y asegurar que la asignación de estos beneficios respete las prioridades previstas por el bloque constitucional que rige la materia. Concretamente, tanto el art. 31 de la Constitución local, como las pautas emergentes del PIDESC, impiden subsidiar a un grupo, sin subsidiar a otro sector que esté más necesitado. A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen.

Desde esa perspectiva, los decretos 690/06 y 960/08 resultan cuestionables e ilegítimos, pues no contemplan previsiones claras que resguarden el sistema de prioridades referido, ni la igualdad entre iguales en el reparto de fondos; otorgan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlos para elegir a quiénes y cuánto dar; y en consecuencia no se garantiza que el subsidio se otorgue a los más necesitados frente a los que lo están en menor medida, conforme los parámetros constitucionales en juego.

4) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

En su apelación sostiene que la interpretación realizada por el Superior Tribunal de Justicia local vació de contenido a las normas constitucionales e internacionales que reconocen y garantizan el derecho a una vivienda digna, lo que las transforma en meras expresiones de deseos.

Alega que la existencia de paradores estatales no es suficiente para garantizar el umbral mínimo del derecho a la vivienda exigido por el PIDESC. Sostiene que, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, los refugios y albergues solo ofrecen alojamiento

nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad o aislamiento.

Asimismo, manifiesta que el programa de subsidios vigente no es adecuado para atender situaciones de desamparo como la de la actora. Detalla que se trata de medidas de emergencia, que solo se otorgan por un plazo máximo de diez meses y por montos que no alcanzan para costear un lugar para vivir.

Por otra parte, se agravia por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad. Sostiene que si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo— resulta prácticamente imposible evaluarla. Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a cotejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada—.

Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

5) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2011 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal (arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la Ley 48). Cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del

a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

Asimismo, la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que da sustento al planteo de la actora fue resuelta por el Superior Tribunal local y, en este punto, la decisión quedará firme (Fallos: 301:1029; 311:1397). En efecto, el alcance que el a quo otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitará a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa.

7) Que no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

También se ha acreditado que, si no se encontrara vigente la medida cautelar otorgada en esta causa judicial, la actora y su hijo tendrían que estar viviendo en las calles de la Ciudad.

8) Que, ello establecido, es dable recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

I. Que, por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna” (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos

por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)" (primer párrafo del art. 75, inc. 23).

Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar —por expreso mandato constitucional— el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la “protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental...” (segundo párrafo del art. citado).

**II.** Que en el plano internacional, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos —de rango constitucional, art. 75, inc. 22— que en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”... “a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (apartado 1º) y estipula que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (apartado 2º).

Resulta asimismo elocuente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art.11.1).

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce que “el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los Estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados Partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27.3). Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

**III.** Que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante Ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008— se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º, aps. 1 y 2).

Asimismo, se establece que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un adecuado nivel

de vida para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y que deberán adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los Estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —aprobada en nuestro país por Ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Partes, a fin de lograr los objetivos de la Convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...), la vivienda” (art. 3°).

IV. Que, en el ámbito específico del Estado demandado, en el art. 31 de la Constitución local se establece que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y para ello se obliga “[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...”. En línea con lo señalado, en el art. 17 del referido texto se dispone que “[corresponde a las autoridades desarrollar] políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

La Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido en los preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, en

la Ley 341 se estableció que el Poder Ejecutivo instrumentará políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional, asumidos como destinatarios individuales o incorporadas en procesos de organización colectiva verificables, a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro, mediante subsidios o créditos con garantía hipotecaria (confr. art. 1°).

En igual sentido, en la Ley 1251 se creó el “Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, con el objeto de ejecutar políticas de vivienda de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Constitución local (confr. art. 3°). Entre los principios rectores del accionar del órgano se encuentra el de “...contribuir al acceso a la vivienda digna a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inc. 1 del art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” y el de “...Promover el efectivo ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (confr. art. 4°, inc. a y c).

Asimismo, mediante la Ley 3.706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1°), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4°...c) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del Estado...”.

Por otra parte, en el decreto 1234/04 se creó el Programa de Apoyo Habitacional destinado a efectivizar la asistencia de personas en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles en que se hubiera dispuesto la clausura administrativa, a quienes se les otorgó la posibilidad de optar, por única vez, entre percibir un monto en concepto de subsidio o de mutuo con garantía hipotecaria, con el objeto de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, respectivamente (confr. arts. 1° y 4°).

También, y a los efectos de paliar la problemática habitacional de las familias en “situación de calle”, se dictó el decreto 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) en el que se creó el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” (art. 2º), consistente en un subsidio destinado a mitigar la emergencia habitacional de los residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3º). Además, el mencionado decreto 690/06, vigente para el momento en que la actora recibió el subsidio habitacional en trato, establecía expresamente el deber de la autoridad estatal de asesorar a la beneficiaria del subsidio para superar la crítica situación habitacional en la que se encontraba inmersa (art. 3º). Si bien la previsión que contenía este decreto fue denegada en este aspecto por su modificatorio 960/08, lo cierto es que la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que los reglamenta, obliga actualmente a la administración a brindar asesoramiento, y a “realizar derivaciones a otros programas, elaborar los informes técnicos que le sean solicitados y colaborar con el correcto funcionamiento del Programa, asentando y comunicando cualquier observación que considere menester” (art. 3, incs. b y e).

**9)** Que, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.

**10)** Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra fina-

lidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

11) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

**12)** Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College)”. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

**13)** Que, frente al contexto descripto, se impone dilucidar si, en el caso concreto de la actora, la respuesta brindada por la demandada resulta adecuada para garantizar, siquiera mínimamente, los derechos que las partes se encuentran contestes que asisten a la señora S. Y. Q. C. y a su hijo.

Así, cabe señalar que el compromiso normativo asumido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia fue expresamente reconocido por la Ministra de Desarrollo Social de esa jurisdicción, licenciada María Eugenia Vidal, en su exposición ante esta Corte en la audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2011. En esa oportunidad expresamente precisó que “...El art. 31 de la Constitución de la Ciudad reconoce el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado y habla de una resolución progresiva de este déficit. Ahora, lo que está en discusión, creo yo, no es el reconocimiento del derecho a la vivienda y al hábitat, y dentro de él al acceso a los programas de emergencia habitacional, sino cómo este derecho se operativiza...” (confr. pág. 15).

Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó “...dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle...” (pág. 18). De manera que la asistencia para este sector se limita al alojamiento en hogares o paradores o, en su defecto, en el ofrecimiento de un programa como el previsto en el decreto 690/06 —y sus modificatorios—, que tiene un plazo de duración máximo de diez meses y que, según las propias afirmaciones de la funcionaria, en ningún caso es renovable sin sentencia judicial, aun cuando la situación que originó el otorgamiento del beneficio no se hubiera modificado (confr. pág. 21).

Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora. En efecto, ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la Ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06.

Respecto de la primera de estas opciones, se impone señalar que las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de ha-

bitaciones o baños privados y alojan a más de una familia (confr. exposición de la Ministra, pág. 17), no resultan adecuadas para la patología del niño que, tal como lo informó el Defensor Oficial ante esta Corte, doctor Langevin, ha sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes (pág. 12). La especial atención que demanda el niño y las graves consecuencias que su desatención trajo aparejada fueron señaladas por el citado funcionario ante este Tribunal al señalar que "... hasta hace muy poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad. Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces, le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa...En anteriores alojamientos no tenía un baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A. Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación..." (pág. 12).

Tampoco el programa "Atención para Familias en Situación de Calle" creado en el decreto 690/06 brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación examinada en autos. En efecto, dicha asistencia no solo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente por los magistrados intervinientes para atender a las necesidades del caso.

Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

14) Que por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido en la audiencia ante esta Corte que su tarea en casos como el presente está ceñida por un presupuesto “inelástico”, y que por esa razón “cada uno de estos casos va chocando contra la limitación presupuestaria” que establece la ley local (intervención del Procurador Monner Sans).

Si bien es cierto que esta defensa ha sido extemporáneamente introducida por la demandada en el curso de una audiencia con finalidad informativa, será igualmente examinada por el Tribunal a fin de garantizar al máximo el derecho de defensa y brindar un tratamiento exhaustivo a una controversia de trascendencia institucional.

Frente a este argumento, resulta pertinente observar que en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por Ley 26.663 publicada en el B.O. del 12 de abril de 2011), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los Estados “...de adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga...” con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone —en cuanto al caso interesa— el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que “la ‘disponibilidad de recursos’ aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar me-

didadas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1).

A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos: a.) “el nivel de desarrollo del país”; b.) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica”; y c.) “si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la Declaración citada).

En este contexto, el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos.

**15)** Que, como ya ha quedado expresamente de manifiesto, el caso en examen no solo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

En este sentido, la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no solo obedece a las condiciones del pe-

queño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre, en forma que esta última pueda ejercer alguna actividad rentable sin perjudicar ni poner en peligro la integridad física y la salud del niño como tampoco su aspecto emocional —elemental para su calidad de vida, considerando su padecimiento—, y que, además, le permita en algún momento acceder a condiciones de convivencia adecuadas a las particularidades del caso.

Con relación a esta cuestión, es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar, para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad, así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total.

No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado, y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

Es evidente que, ni la asistencia económica originalmente brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ni la medida cautelar posteriormente dispuesta en autos, que garantiza a la actora la suma de \$ 1.700 para el pago de una habitación en un hotel, resuelven la problemática planteada en el subexamine pues no han garantizado adecuadamente a la señora S.Y.Q.C. la posibilidad de acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con el grado de discapacidad de J.H.Q.C.

Esta última circunstancia fue puesta de manifiesto por el Defensor Oficial en la audiencia pública al detallar las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y su hijo se encuentran alojados. Señaló el funcionario que se trata de “...una habitación en un hotel familiar, de alrededor de tres metros por tres metros; no tiene ventanas —es decir que carece de luz solar—; no tiene un lugar de juegos porque no se permite a los niños jugar en los pasillos; se accede a través de un primer piso por escalera, lo cual es una situación no recomendable para un chico en esta condición, y la habitación misma tiene un altillo al cual no puede acceder. Tiene una sola cama matrimonial, en la cual pernoctan ambos...” (pág. 11). Cabe agregar que, según el mismo funcionario la calefacción de las habitaciones es opcional y se debe abonar por separado (pág. 12).

De manera que aún cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo”, en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país. En este punto cabe recordar que ha sostenido esta Corte que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que ya se ha hecho mención, impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (Fallos: 327:2127).

En consecuencia, en la presente circunstancia se impone que el Estado intervenga con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado en función de la medida cautelar dispuesta. Debe advertirse que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogarse, por una básica habitación en un hotel en el barrio

de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio.

**16)** Que, de todos modos, el cese de la medida cautelar en las actuales circunstancias empeoraría la situación de la demandante, por lo que se impone su mantenimiento hasta que la demandada actúe en forma integral sobre la situación planteada.

Para ello, las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.

Lo anterior debe complementarse con un trabajo que le permita su subsistencia y la del niño, fuera del marco asistencial, puesto que éste es siempre una situación precaria que en algún momento debe cesar. La intervención estatal, pues, debe tener por objeto alcanzar esta solución y facilitar la superación de la emergencia. Para ello, en el caso concreto, el Estado debe proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios. Tampoco esto requiere una inversión estatal desproporcionada, pues el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dispone de equipos de asistencia social que tienen capacidad para proveer este servicio, indicando a quiénes recurrir e incluso ofreciendo los servicios de la actora a los privados que puedan demandarlos.

**17)** Que a modo de conclusión corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al

control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de la facultad conferida en el art. 16 de la Ley 48, se resuelve ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta, para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

#### **VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI**

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1 a 7 del voto de la mayoría.

8) Que el derecho a una vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, tanto en su art.

14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11, inc. 1).

Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros).

Finalmente, cabe recordar que el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional; la Convención de los Derechos del Niño, incorporada al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada —junto con su protocolo facultativo— por la Ley 26.378; imponen al Estado deberes adicionales de protección respecto de quienes, como el menor en este caso, se encuentran en especiales situaciones de vulnerabilidad.

9) Que esta Corte tiene dicho que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989).

Por su parte, el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos. A tal fin, su art. 2º, inc. 1º, establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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”.

En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad.

**10)** Que, además, esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC. Por ello:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes.

**11)** Que, sentado lo expuesto, cabe recordar que el Estado

tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna.

Por ese motivo, siempre y cuando se respeten los límites señalados en el considerando precedente, las políticas de acceso a la vivienda pueden variar o fijar prioridades según las distintas necesidades y capacidades de los habitantes, e incluso exigir algún tipo de contraprestación a quienes puedan proporcionarla. En particular, cabe resaltar cuando se trata de personas que están en condiciones de trabajar, la exigencia de un aporte —ya sea en dinero o en trabajo— no solo resulta constitucionalmente válida sino que, además, contribuye a garantizar otros derechos fundamentales, tales como la dignidad humana y el derecho a procurarse la satisfacción de las necesidades básicas y vitales mediante el propio trabajo (art. 6º, PIDESc).

**12)** Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor.

De las constancias de la causa resulta que si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la Ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales (ver fs. 5, 18 y 19 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

En tales condiciones, las alternativas que la Ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limitan a la entrega de un subsidio en dinero —en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios—, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles.

**13)** Que el subsidio mencionado se concede por un plazo máximo de seis meses, y solo puede ser prorrogado excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser

renovado bajo ningún concepto (según decreto 690/2006, modificado por el decreto 167/2011). Esto implica que, al cabo de un máximo de diez meses, quienes obtuvieron el beneficio quedan nuevamente en la calle y ya sin ninguna alternativa para salir de esta situación. Eso es, precisamente, lo que hubiera ocurrido con la actora y su hijo menor de edad si no se hubiera dictado la medida cautelar a su favor en esta causa.

Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear —en las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables— un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad. En efecto, tal como se acreditó en esta causa, la habitación en un hotel familiar, que acepta menores de edad, y que reúne condiciones mínimas de habitabilidad (dimensiones de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera), ha tenido para la actora un costo mensual de 1.700 pesos (ver fs. 3, 4, y 12 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

14) Que, por otra parte, la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna; tanto es así que la propia Ley local 3706 considera “en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2º).

En efecto, se trata de lugares transitorios donde las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Tampoco permiten mantener la unidad familiar ya que, en su mayoría, no admiten hombres, mujeres y niños en el mismo establecimiento (fs. 5, 6, 17, y 18 de la versión taquigráfica de la Audiencia). Estas características resultan especialmente inadecuadas para albergar dignamente a un niño que, como se ha demostrado en esta causa, requiere especial atención y cuidados.

Por lo demás, los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires. Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda (ver Audiencia Pública, fs. 17 a 19 de la versión taquigráfica).

Por último, cabe señalar que aunque la actora también alegó que las condiciones de infraestructura, higiene, seguridad y salubridad de los paradores estatales son precarias y deficientes, esta circunstancia no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal en tanto no fue acreditada ni en el expediente ni en la Audiencia Pública.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que aún cuando el gobierno provea esta exigua contención, ello no modifica la realidad de desamparo de la actora y su hijo.

**15) Que, en tales condiciones, la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción, en los términos de lo señalado en el considerando 10.**

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social — como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna.

Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se

advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad, tal como se señaló en el considerando 8.

**16)** Que, finalmente, cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad.

Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente).

Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que prima facie no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC.

Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir.

**17)** Que esta presunción, sin embargo, **no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no**

**deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes.**

Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos.

La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, **es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos.**

Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso.

A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.

La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población.

18) Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico.

En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, solo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados.

Tal como ha quedado acreditado en esta causa, y se señaló en el considerando 12, quienes como la actora no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda. Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Asimismo, se hace lugar al amparo interpuesto y se condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado (art. 16, segunda parte, de la Ley 48). Notifíquese y devuélvase.

#### **VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY**

Considerando:

1) La señora S. Y. Q. C. nacida en Bolivia en el año 1976, viajó a la ciudad de Buenos Aires en el año 2000 en busca de trabajo y mejores condiciones de vida, donde reside hasta la fecha. Tuvo diversas ocupaciones que le permitieron subsistir y en el año 2005, nació su hijo J. H. Q. C. quien padece una enfermedad que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social.

Por un corto tiempo, convivió con el padre del niño y su familia en Laferrere, provincia de Buenos Aires, desvinculándose

luego de ese grupo por lo que regresó a la ciudad en compañía de su hijo.

De ahí en más, se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual recurrió al Gobierno de la Ciudad y obtuvo su inclusión en el Programa de Subsidios regulado por el decreto 690/06, modificado por los decretos 960/08 y 167/11. Finalizadas las diez cuotas previstas, pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, lo que la condujo nuevamente a deambular por la ciudad de Buenos Aires.

En estas condiciones y por medio del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, la señora S. Y. Q. C. interpuso la presente acción de amparo por sí, y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas.

Adujo que la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación de emergencia habitacional. Asimismo, petitionó que, en forma provisional y como medida cautelar, se le ordenara que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento.

Seguidamente, impugnó la constitucionalidad de los arts. 5º y 6º del decreto 690/06, en tanto fijan como subsidio un monto incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada (fs. 1/63).

La jueza de primera instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 12 de la Ciudad de Buenos Aires, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora “en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar” y que permita costear una vivienda (fojas 65/67).

2) La Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y confirmó el pronunciamiento anterior que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la señora S. Y. Q. C. (fs. 337/340).

Para así decidir, refirió que el Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Asimismo dijo, que no corresponde al Poder Judicial expedirse respecto de cuáles son las medidas a adoptar, sino sobre su razonabilidad en el caso concreto y concluyó que constatada como se encontraba en autos la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, correspondía confirmar la condena dispuesta en primera instancia, con el fin de otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante.

3) El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra esa decisión, revocó el fallo y reenvió la causa a la cámara de apelaciones que intervino previamente para que los jueces se expidan respecto de la situación de la señora S. Y. Q. C. teniendo en cuenta lo señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en el precedente “Alba Quintana” a cuyos términos remitió (fs. 397/437).

En esa sentencia, básicamente se sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda “no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previs-

tas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.

Asimismo, se señaló en el fallo “Alba Quintana”, que quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asistir, “quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’, como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA; CN y PIDESC)”.

Tales asertos fueron fundados en que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—”.

Al abordar puntualmente el tema de los subsidios habitacionales, se expresó que las restricciones que surgen de las normas reglamentarias, resultaban constitucionales, aun cuando fueran limitadas en el tiempo y en su monto máximo. Empero, expresó, que lo que transformaría en inconstitucionales a tales instrumentos, sería que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respetara las prioridades establecidas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; situación que, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le era denegado a una persona que se hallaba dentro del universo de personas con prioridad.

Por los motivos anteriores, los doctores Ana María Conde y Luis Franciso Lozano, en el punto 16 de su voto en la causa “Alba Quintana” revocaron la sentencia de cámara dictada en ese expediente y ordenaron el reenvío para que esos mismos jueces establecieran si se daban las condiciones previstas en el decreto 960/08, y si el actor había logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades establecidas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para acceder

o mantener el beneficio del subsidio, es decir si logró acreditar que el beneficio se había concedido a personas con menores necesidades que las suyas.

De no comprobarse esos presupuestos, los magistrados debían expedirse entonces, en torno a la obligación de brindar al accionante un “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda, lo que también requería de la apreciación de cuestiones fácticas.

4) Dicho pronunciamiento, originó el recurso extraordinario de la parte actora (fs. 448/473 vta.), que fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia local con base en que la decisión impugnada no era definitiva en los términos del art. 14 de la Ley 48. Ello dio origen a la presente queja.

5) Los agravios centrales de la amparista pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Existencia de una sentencia definitiva. La apelante esgrime que si bien el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ordenó a la Cámara de Apelaciones que emita un nuevo fallo, las condiciones y pautas que determina la remisión al precedente “Alba Quintana”, no permiten a los jueces, a quienes ordenan el reenvío, la posibilidad de que le reconozcan de manera plena y adecuada su derecho constitucional a la vivienda, dado que tales líneas de pensamiento parten de una interpretación sesgada, irrazonable e insuficiente de esa garantía y fijan un estándar de asistencia minimalista, que lo desnaturaliza como derecho humano y contradice su carácter operativo.

Sostiene tal afirmación, en que la cámara no podría apartarse de lineamientos tales como: I- Cumplir con los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda estatal, conforme la reglamentación que reputa constitucional plasmada en el decreto 960/08 y la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. II- Ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios. III- Que en su caso, ya no podrá “continuar recibiendo el importe del decreto 960/08”, puesto que la reglamentación dictada por la Ciudad solamente ha previsto su prórroga por un plazo de seis a diez meses que ya se han agotado, por lo que habría quedado

comprendida dentro del grupo respecto del cual la obligación de la demandada según el fallo, se limita a la protección de un techo o albergue básico. IV- Que deberá cumplir con la carga de probar su situación prioritaria, sin que los jueces puedan “asignar” los subsidios ni “afectar” recursos, dado que la sentencia impugnada que remite al precedente “Alba Quintana” afirma que dicha función solo le compete al órgano ejecutivo.

b) La interpretación que hace el antecedente en el que se sustenta el reenvío de la causa para ser nuevamente fallada, desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa del derecho constitucional a la vivienda reconocido en el orden nacional e internacional, pues asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del derecho, además de impedir la evaluación de que en el sub lite, la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que ha reclamado.

c) La remisión lisa y llana al precedente “Alba Quintana” efectuada por la Corte local en la sentencia apelada resulta incompatible con la exigencia de evaluación individual que requiere el sub lite.

Ello es así, porque el presente caso no es uno más de aquéllos en los que se pide el acceso a una vivienda digna, dado que la peticionaria además de encontrarse en una situación de extrema pobreza, es madre de un niño afectado por una severa discapacidad, aspectos que en conjunto, exigían una especial consideración.

6) Cabe aclarar, que en el presente expediente las partes están de acuerdo en que el niño J. H. Q. C padece una patología congénita de tipo neurológico, que se denomina encefalopatía no evolutiva, que afecta gravemente su desarrollo intelectual. Que en consecuencia, sufre un severo retraso en el aspecto cognitivo, y que tiene defectos auditivos y visuales: que requiere atención constante para deambular, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás (conf. audiencia, fs. 11/12...). Asimismo, que hasta la concesión de la medida cautelar que se concedió, que aún tiene vigencia, ambos se encontraban en situación de calle (fs. 65/67, 261/262 y 2 de la versión taqui-

gráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

7) Asiste razón a la recurrente en su afirmación de que la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva. Así lo creo, puesto que la Corte local ha ordenado a los jueces de cámara la resolución del presente caso de conformidad con los argumentos vertidos en el precedente “Alba Quintana”, cuyos presupuestos fácticos difieren substancialmente de los que motivan este amparo, por lo que no sirven de base para abordar un aspecto central del caso, cual es la discapacidad del hijo de la solicitante que aquí se plantea y exige ser ponderada para resolver la causa.

8) El recurso extraordinario es procedente, en cuanto la señora S. Y. Q. C. ha fundado su derecho —entre otras consideraciones— en la particular situación que se encuentra por tener un hijo con una severa discapacidad, de lo que se deriva que a efectos de hacer efectivo su derecho a una vivienda digna debía brindársele un trato preferente en la asignación de recursos (art. 14 bis de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, art. 75 inciso 22) y la resolución de la corte local ha otorgado fundamentos que no incluían ese especial tratamiento (art. 14.3 de la Ley 48).

En función de lo expuesto, la competencia de esta Corte ha quedado habilitada para revisar si ante la seria patología del niño y la delicada situación económica de la madre, el gobierno local demandado podía negarse a darle una respuesta frente al reclamo habitacional que formuló en este expediente, sin vulnerar a la vez sus derechos constitucionales.

9) Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones.

10) A continuación, efectuaré una reseña que demuestra la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer su derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad.

Los instrumentos internacionales incorporados a la Carta Magna reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 1º); el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25); el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI).

Por su parte, en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad —aprobada en nuestro país por la Ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Partes, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...) la vivienda” (art. 3º).

En la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante la Ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008—, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debien-

do los Estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2, especialmente punto d).

Asimismo, se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º apartados 1 y 2).

En el orden interno, se han dictado numerosas normas sobre la materia tales como la Ley 24.901 y 22.431 entre otras, que especialmente se refieren a la atención y asistencia integral de la discapacidad.

**11)** Las pautas antes señaladas son las que gobiernan la causa sub examine, por lo que frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que este último padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S. Y. Q. C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

Dicha hermenéutica, se apoya en que el gobierno local en su carácter de administrador de fondos públicos, tiene competencia para redistribuir, es decir transferir o asignar dinero para ciertos y especiales grupos de personas.

**12)** En la medida que la decisión adoptada por la accionada en relación con la peticionante y su hijo no ha seguido las anteriores directrices, ya que se limitó a ofrecer las mismas presta-

ciones que al resto de las residentes de la ciudad, corresponde obligarla a que atienda la problemática de vivienda planteada en autos a partir de la aplicación de la regla de distribución señalada en el considerando anterior.

Ello así, dado que solo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los términos del presente fallo. Notifíquese y devuélvase.

Recurso de hecho interpuesto por **S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor J. H. Q. C.**, patrocinada por el **señor Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Mario Jaime Kestelboim.**

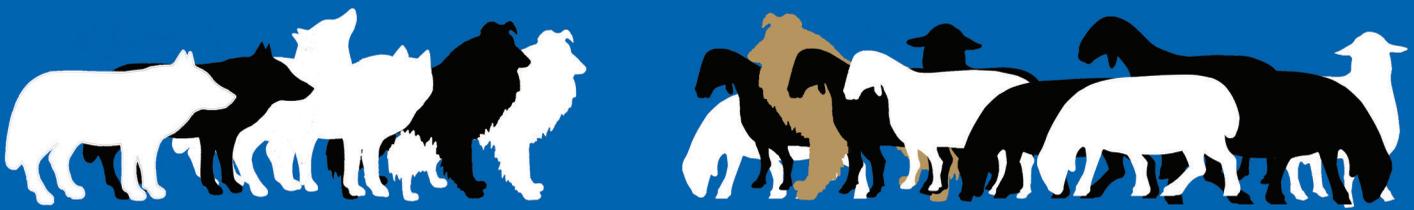
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II.**

---

## Agenda

---



“Lo siniestro” - *collage* digital, MMXII.



## Actividades

---



### Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

#### Curso “Técnicas de Litigación en Juicios Orales”

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y California Western School of Law a través de ACCESO Capacitación, convocan al curso “Técnicas de Litigación en Juicios Orales” que se realizará del 1 al 5 de octubre en Rosario.

El propósito del curso es entrenar a los participantes en la planificación estratégica de litigaciones utilizando herramientas adecuadas para la producción y el manejo de la información.

#### III Congreso de Derechos Fundamentales y Derecho Penal

El III Congreso de Derechos Fundamentales y Derecho Penal se realizará el 10, 11 y 12 de octubre en la Universidad Nacional de Córdoba.

Los principales ejes del encuentro serán criminología, reforma del sistema de justicia y derecho penal. A su vez, contará con la exposición de Alberto Binder, Sidonie Porterie, Roberto Bergalli, José Antonio Buteler, Carlos Julio Lascano, José Cafferata Nores, Myléne Jaccoud y Nils Christie.

#### IV Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal (CNULP)

Es una iniciativa impulsada desde 2009 por INECIP en coordinación con las distintas Universidades Nacionales

El concurso tiene el objetivo de impulsar la implementación de programas destinados a formar estudiantes universitarios en la lógica y la dinámica de litigación de un sistema oral.

Este año, las rondas regionales se llevarán a cabo el 18,19 y 20 de octubre en la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes) y la Universidad Nacional del Comahue (Neuquén).

La ronda final se realizará entre el 1 y el 3 de noviembre en la Universidad Nacional de Córdoba.

Dada la relevancia del concurso, este año contará con el auspicio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) que participará facilitando el uso de su campus virtual y contribuirá con expertos para que se desempeñen como jueces durante el concurso.

### **Actividades de formación sobre la problemática de la trata de personas con fines de explotación sexual**

En el marco del proyecto “Lucha contra la trata y explotación sexual de niños, niñas y jóvenes en Argentina y Paraguay”, se realizarán una serie de actividades de formación dirigidas a funcionarios judiciales, policiales y también a la sociedad civil.

El objetivo de los talleres es poder intercambiar opiniones y reflexionar sobre la problemática, pero a su vez sirven como fuente de información para la investigación que INECIP lleva adelante desde hace más de dos años y que busca desarrollar e implementar metodologías de intervención participativa en la lucha contra la trata de niños/as y jóvenes, impulsando políticas estatales con control y participación de la sociedad civil.

### **Jornadas Regionales sobre Proceso Acusatorio (NEA)**

Se llevarán a cabo el 7 de septiembre en la capital provincial. Están organizadas por el Superior Tribunal de Justicia de Formosa y auspiciadas por INECIP, el Ministerio de Gobierno de la provincia de Formosa, Ministerio de Justicia de la Nación y Ministerio de Seguridad de la Nación.

Los principales ejes a abordar serán: el estado de la reforma procesal penal en la Argentina, los desafíos del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la reforma procesal penal en Formosa, y las perspectivas de implementación del nuevo sistema procesal penal.

### **Jornadas sobre democratización de la Justicia (La Plata)**

Las jornadas serán organizadas por INECIP. Fecha y lugar a confirmar.

### **Jornadas sobre Reforma Procesal Penal (Santiago del Estero)**

Las jornadas, organizadas por el Poder Judicial de Santiago del Estero, el Superior Tribunal de Justicia, el Ministerio Público e INECIP, se realizaron el 25 y 26 de junio.

Entre los principales ejes, se abordó: la reforma del proceso penal en Santiago del Estero en el marco de reformas de Argentina, el funcionamiento del Plan Piloto en la Circunscripción Frías, los criterios de actuación y política criminal del Ministerio Público Fiscal, el modelo de organización y gestión en Defensorías, la reforma procesal penal en el NOA, la experiencia de la oralización de los recursos y el inevitable camino hacia la adversarialidad del sistema de enjuiciamiento penal.

**Para mayor información visitar:  
[www.inecip.org](http://www.inecip.org) o comunicarse al 4372-4970**



## Centro de Formación Judicial

### Cursos II semestre

#### **Nociones elementales sobre delitos transferidos y procedimiento penal de la Ciudad de Buenos Aires. Su vinculación con la mediación penal**

**Fecha:** 2, 9, 16 y 23 de agosto

**Docentes:** Dra. Silvina Manes y docentes invitados

**Coordinadora:** Dra. Silvina Manes

#### **Técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias**

**Fecha:** 6, 13, 27 de agosto y 3 y 10 de septiembre

**Docentes:** Dr. Jorge Bekerman

**Coordinador:** Dr. Jorge Bekerman

#### **Enfoque multidisciplinario sobre género y violencia —Módulo III— Aplicación de la Ley 26.485 por el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo**

**Fecha:** 9, 16, 23, 30 de agosto; 6 y 13 de septiembre

**Docentes:** Dres/as.: Genoveva Cardinali, María Garrigós de Rébora, Gabriela Pastorino, Perla Prigoshin, Fernando Ramírez, Daniela Reich, Liliana Rubino, Gonzalo Sansó, Liliana Tojo, Elsa Zothner

**Coordinadora:** Dra. Sandra Fodor

#### **Actualización en peritación psicológica**

**Fecha:** 13, 27 de agosto, 3, 10 y 17 de septiembre

**Docentes:** Lic. Paula Sanchez Ayala

**Coordinadora:** Lic. Paula Sanchez Ayala

#### **Taller de trabajo sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual**

**Fecha:** 27 de agosto

**Docentes:** Dras. Claudia Barcia, Sandra Fodor y María Fernanda Rodríguez

**Taller de trabajo para una justicia con perspectiva de género. Aplicación del protocolo “C”**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dras. Bettina Castorino y Genoveva Cardinali

**Maestría en derecho de familia: “Curso hispanoamericano de derecho de familia comparada”**

**Fecha:** última semana de agosto

**Docentes:** Dres. Carlos Villagrasa, Isaac Ravetllat, Elena Farre Trepal, Aida Kemelmajer De Carlucci, Cecilia Grosman, Marisa Herrera

**Taller de trabajo para una justicia con perspectiva de género. Aplicación del protocolo “B”**

**Fecha:** 1<sup>ra</sup> quincena de septiembre

**Docentes:** Dras. Ángeles Burundarena, Bettina Castorino, Milagros Pierri

**La europeización del derecho penal - Influencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros - Modelos de participación en el derecho penal internacional**

**Fecha:** 24, 25 y 26 de septiembre

**Docentes:** Dr. Helmut Satzger

**XVI Congreso nacional de capacitación judicial: “Gestión de calidad en el servicio de justicia”\***

**Fecha:** 26, 27 y 28 de septiembre

**Enfoque multidisciplinario sobre género y violencia. -Módulo V- Perspectivas del maltrato, negligencia y abuso sexual en la infancia y adolescencia**

**Fecha:** 27 de septiembre; 4, 11, 18, 25 de octubre y 1 de noviembre

**Docentes:** Dra. Ángeles Burundarena y docentes invitados

---

\* El Centro de Formación Judicial informa que las conferencias son abiertas al público, no así la participación en comisiones.

**Taller de trabajo para una justicia con perspectiva de género. Aplicación del protocolo “C”**

**Fecha:** 1 de octubre

**Docentes:** Dras. Sandra Fodor y María Fernanda Rodríguez

**Taller de trabajo sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual**

**Fecha:** 15 de octubre

**Docentes:** Dras. Claudia Barcia, Sandra Fodor y María Fernanda Rodríguez

**Temas relativos a la Defensa Pública**

**Fecha:** 30 y 31 de octubre

**Docentes:** Dr. Ernesto Pazmiño

**IV Jornadas de actualización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

**Fecha:** 6 y 7 de noviembre

**Coordinadores:** **CAyT:** Dres. Carlos Balbín, Graciela Christie y Ernesto Blanck. **PCyF:** Dres. María Gabriela Lopez Iñiguez, Gabriela Marquiegui Mc Loughlin, Daniela Dupuy y Ernesto Blanck

**Taller de trabajo sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual**

**Fecha:** 12 de noviembre

**Docentes:** Dras. Claudia Barcia, Sandra Fodor y María Fernanda Rodríguez

**Curso de posgrado. Especialización en derecho administrativo**

**Fecha:** Diciembre

**Docentes:** Dr. Sánchez Morón

**Congreso internacional de derecho familiar**

**Fecha:** a confirmar

**Ética judicial**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dr. Diego Javier Duquelsky Gómez

**Coordinadores:** Dr. Diego Javier Duquelsky Gómez

**Nociones de Derechos Humanos I**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dr. Carlos Tambussi

**Coordinador:** Dr. Carlos Tambussi

**Nociones de Derechos Humanos II**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dres. Juan Vicente Cataldo y Alberto Lucchetti

**Coordinador:** Dr. Juan Vicente Cataldo

**Ejecución de sentencias**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dres. Ana Paola Cabezas Cescato y Pedro Galmarini

**Coordinadora:** Dra. Ana Paola Cabezas Cescato

**Ley 2.095 - Compras y contrataciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dres. Miguel Ángel Mouriño y docentes invitados

**Coordinador:** Dr. Miguel Ángel Mouriño

**La aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos sociales en el derecho interno**

**Fecha:** a confirmar

**Docentes:** Dra. Graciela E. Christe y docentes invitados

**Coordinadora:** Dra. Graciela E. Christe

**Para mayor información comunicarse:**

**Tel/Fax:** 4014-5846/6144 - **Email:** [cursos@jusbaire.gov.ar](mailto:cursos@jusbaire.gov.ar) -

**www.jusbaire.gov.ar** - <http://cfj-cursos.blogspot.com/>

## Publicaciones

---



### Informe: La Trata Sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito

El informe es el primer resultado del trabajo en conjunto entre la Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE) y el INECIP.

Está basado en el relevamiento y análisis de auto procesamientos y causas judiciales sobre trata de personas con fines de explotación sexual para analizar la dinámica del delito con eje en sus regularidades y procurar obtener un diagnóstico de la problemática desde su dimensión económica, social y cultural.

El INECIP lleva adelante esta publicación en el marco del proyecto “Lucha contra la trata y explotación sexual de niños, niñas y jóvenes en Argentina y Paraguay”, realizado con el apoyo financiero de la Unión Europea y en conjunto con el Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS) y el Instituto en Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECIP-PY).

**Para leer la publicación completa:**  
[www.abrepuertas.inecip.org](http://www.abrepuertas.inecip.org)

### Relevamiento sobre el funcionamiento de los tribunales orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires

La investigación demuestra que si bien el Código Procesal Penal Nacional prevé la realización de un juicio oral y público, la centralidad del proceso no está en el debate sino en la etapa de instrucción afectando los principios de publicidad, oralidad y contradicción.

Además, se detectó que se prioriza el acuerdo abreviado en desmedro del juicio oral. Por otra parte, durante los debates, el rol de los litigantes está subordinado al protagonismo de los jueces cuya imparcialidad se ve comprometida al interrogar a los testigos y analizar en forma previa el expediente. Finalmente, se advierte que las estructuras organizativas y edilicias son inadecuadas para realizar en forma exitosas las audiencias.

Estuvo dirigida por Diego García Yomha y Carolina Ahumada.

### **Informe "El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio"**

El informe pretende analizar los criterios tenidos en cuenta al momento de aplicar la prisión preventiva, considerando que es una preocupación central del sistema de Justicia, proponiendo para ello alternativas de cambio en relación a su utilización.

Entre otros aspectos, se advirtió que actualmente hay más presos preventivos que condenados en nuestro país, situación que se agrava en la provincia de Buenos Aires con 17.146 preventivos y 5.430 condenados.

El análisis se desarrolla en el marco de la consideración que la prisión preventiva es el instituto con mayor capacidad lesiva de los derechos fundamentales por ser una herramienta de extrema violencia y de grave afectación a los derechos.

Por otra parte, se advierte una disminución de la aplicación de esta institución en aquellas jurisdicciones en las que la prisión preventiva se decide en audiencia oral, como en las provincias de Entre Ríos y Chubut.

Finalmente, se analiza el rol de los medios de comunicación en el tratamiento de casos de impacto social.

## Revista Sistemas Judiciales Nº15

En esta edición, la revista aborda la investigación criminal en la región y la estructura judicial en América.

Sistemas Judiciales es una publicación semestral, editada en conjunto por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

Su propósito es fomentar la discusión y el intercambio de información y experiencias sobre el funcionamiento de la justicia en los países de las Américas.

La Revista es dirigida por los Dres. Cristián Riego y Alberto Binder.

**Para ver y descargar la edición on-line:**  
[www.sistemasjudiciales.org](http://www.sistemasjudiciales.org)



## Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

### Dirección General Centro de Estudios para el Fortalecimiento Institucional

El Centro de Estudios para el Fortalecimiento Institucional (CEFI) se creó en marzo de 2006 con el objetivo de promover estrategias destinadas al fortalecimiento de las instituciones públicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir del estudio, la investigación científica y técnica, el análisis crítico, el debate plural y la construcción colectiva para el mejoramiento de la gestión democrática.

En la sede de Piedras 574 se dicta en forma semipresencial la Tecnicatura y Licenciatura en Gestión de Políticas Públicas en convenio con la Universidad de Tres de Febrero (UNTREF).

En 2009, mediante la Ley 3285, se estableció la obligatoriedad de la formación, actualización y capacitación sobre Derechos Humanos, Discriminación y Resolución Pacífica de Conflictos a cargo del CEFI para todas las dependencias y organismos descentralizados del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con atención al usuario y al público en general.

Entre los múltiples cursos abiertos a la comunidad se destaca el Programa en Prevención de Violencia y Formación de Ciudadanía dirigido a docentes, padres y alumnos. Este programa cuenta con la aprobación de la Dirección de Currícula del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para todas las actividades llevadas a cabo por el CEFI se convoca a expertos en las temáticas en cuestión. Las capacitaciones están destinadas a funcionarios públicos y son gratuitas. Se otorgan certificados de asistencia con el auspicio de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad de Buenos Aires y el INAP. La inscripción se realiza de manera virtual ingresando a nuestro sitio web.



Número 9 de la Colección **Diagnósticos** denominado *Los Derechos de los Veteranos de Malvinas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; un análisis realizado por la Unidad de Observación de la Vigencia del Derecho Supranacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Número 3 de **Contextos**, colección lanzada por el **Seminario de Derecho Público de la Defensoría**. Este ejemplar incluye: *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional* del Dr. Arturo Enrique Sampay; *Derechos Humanos y Globalización* del Dr. Peter Häberle, *Descolonización y poder punitivo* del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y *1852: Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal en el tiempo*, del Dr. Raúl Gustavo Ferreyra.



Número 22 de **La Justa**, el periódico de la Defensoría de distribución gratuita que circula en los ámbitos públicos de la Ciudad.



Colección **Políticas Públicas y Derechos** bajo el título “*Situación Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires y propuestas para su mejora. La Visión de las ONGs*”. Informe elaborado por el Área de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Defensoría del Pueblo de la CABA.

Para mayor información: [www.cefi.org.ar](http://www.cefi.org.ar)  
o contactarse a [cefi@defensoria.org.ar](mailto:cefi@defensoria.org.ar)

Año 2  
NÚMERO 3  
AGOSTO  
DE 2012

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

EDICIÓN A CARGO DE LA  
OFICINA DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES

JEFE DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES  
LICENCIADO PABLO SANZ

EQUIPO DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES

ÁNGEL ABERBACH

LIC. MARIANA DOMÍNGUEZ

MARÍA NATALIA ESCRIBANO

LIC. ISMAEL GARCÍA FORNASERO

LIC. ADRIÁN HERMOSO

LIC. ANA MANGIALAVORI

MARCELO MIRAGLIA

LIC. DIANA NIKUTOWSKI

DISEÑADORA EN COMUNICACIÓN VISUAL ANA INÉS PENAS

JIMENA FERNÁNDEZ REARTE

DISEÑADORA DE IMAGEN Y SONIDO GLENDA ROSS



Las ilustraciones del presente volumen son de autoría  
del Lic. **Francisco Elias Iskandar**.

*Publicación del **Ministerio Público de la Defensa** de la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General.  
Combate de los Pozos 155, piso 5º (CABA).*

*Comentarios, sugerencias y colaboraciones:  
[prensa.defensoria@jusbaires.gov.ar](mailto:prensa.defensoria@jusbaires.gov.ar)*

**Defensoría general**  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

## Números Anteriores

---

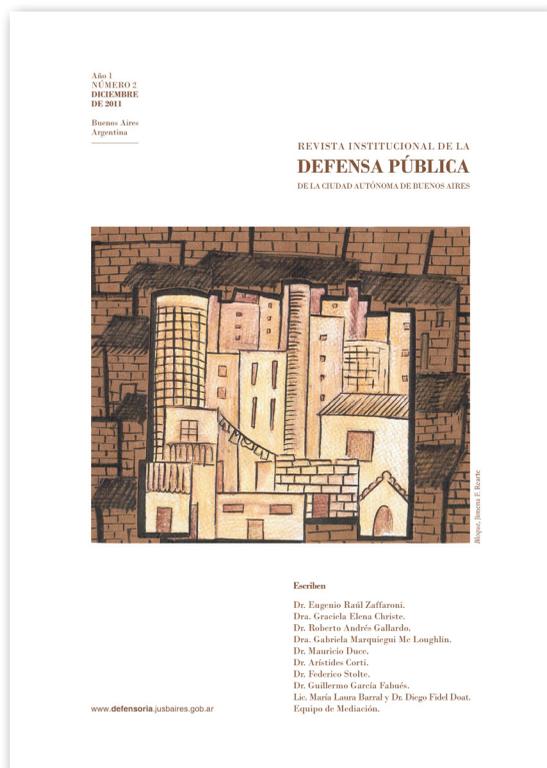


Año 1  
NÚMERO 1  
MARZO  
DE 2011

Buenos Aires  
Argentina

### Escriben

**Dra. Alicia, E. C. Ruiz**  
**Dra. Eleonora Devoto**  
**Dra. Marcela Millán**  
**Dr. Ricardo D. Smolianski**  
**Dra. Liliana B. Costante**  
**Dr. Demián Zayat y Dra. Victoria Ricciardi**



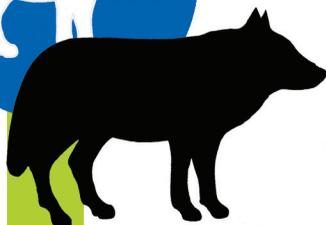
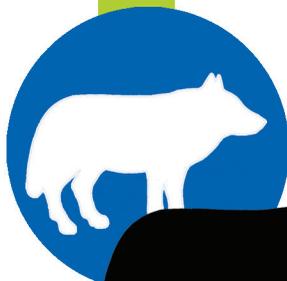
Año 1  
NÚMERO 2  
DICIEMBRE  
DE 2011

Buenos Aires  
Argentina

### Escriben

**Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.**  
**Dra. Graciela Elena Christie.**  
**Dr. Roberto Andrés Gallardo.**  
**Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin.**  
**Dr. Mauricio Duce.**  
**Dr. Aristides Corti.**  
**Dr. Federico Stolte.**  
**Dr. Guillermo García Fabués.**  
**Lic. María Laura Barral y Dr. Diego Fidel Doat.**  
**Equipo de Mediación.**

Lo adverso



Lo institucional

Lo vulnerable

“Esta edición de 1.000 ejemplares se terminó de imprimir en el mes de agosto de 2012 en los talleres gráficos de la Cooperativa de Trabajo Ferrograf Ltda, Boulevard 82 N° 535, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina”



