

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Análisis de los estándares del Sistema
Interamericano
Ministerio Público de la Defensa**

República Argentina

2009 Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Av. Callao 970 - (1023)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: (54 11) 4814-8423
defgralnac@mpd.gov.ar
www.mpd.gov.ar

Diseño y Diagramación:
Departamento de Comunicación Institucional
Defensoría General de la Nación

Ministerio Público de la Defensa

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Compilación:

Tamara Tobal

Fortalecimiento Institucional

Defensoría General de la Nación

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	11

PARTE I

DERECHOS DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

ENFERMOS MENTALES

«El caso Ximenes Lopes vs. Brasil»: leading case de la Corte Interamericana en materia de derechos fundamentales de los enfermos mentales privados de libertad Por María Florencia Hegglín	19
---	----

MIGRANTES

Opinión Consultiva OC 18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados Por Marcos Filardi	43
--	----

NIÑOS

El caso «Servellón García y otros vs. Honduras». La encrucijada entre el Estado de derecho y el Estado de pandilla Por Damián R. Muñoz	75
---	----

Buenas prácticas de la Defensa Pública. Reflexiones del caso 'Bulacio' Por Iris Amalia Moreira y Sergio María Oribones	103
---	-----

MUJERES

La sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Penal Miguel Castro Castro. Condiciones de detención y derechos de las mujeres Por Florencia G. Plazas	127
--	-----

PARTE II GARANTÍAS JUDICIALES

DEBIDO PROCESO

Nuevas fronteras del debido proceso a partir de la jurisprudencia interamericana	
Por Juan Rubén Pulcini	153

LIBERTAD PERSONAL

Comentario al fallo «Chaparro Álvarez» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Por Hernán de Llano	181

Principios limitadores del encarcelamiento preventivo en el sistema interamericano. Comentario al fallo López Álvarez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Por Paola Bigliani	205

DERECHO DE DEFENSA

Comentario al Informe N° 1/05 Caso Moreno Ramos. La defensa técnica ineficaz en materia penal. El control de convencionalidad en materia de debido proceso	
Por Mariana Grasso	231

PARTE III DERECHO A LA VIDA

DERECHO A LA VIDA

Raxcacó Reyes vs. Guatemala	
Por Mario Roberto Franchi	269

PRESENTACIÓN

Con enorme satisfacción la Defensoría General de la Nación presenta esta nueva obra conformada, casi en su totalidad, por artículos debidos a la pluma de integrantes de nuestra institución y destinada, básicamente, a servir como instrumento para los operadores judiciales en su tarea de aplicar estándares del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos al litigio cotidiano.

El compromiso público asumido, tanto por el Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina como por el resto de los integrantes de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), en punto a trabajar activamente para que la jurisprudencia de los órganos del sistema, así como los paradigmas establecidos por las *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, se instalen en todos los niveles de la actividad jurisdiccional impone, no sólo exhortar e instruir a los magistrados de nuestra institución para que se valgan de estas fuentes, sino también poner a su disposición, como lo venimos haciendo, obras de calidad que coadyuven a su tarea.

Tal es el sentido de este libro, sobre cuyo contenido no habré de abundar toda vez que hemos tenido la fortuna de contar con la colaboración del Dr. Leandro Despouy, Relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, quien, conocedor de nuestro compromiso y de nuestros esfuerzos, ha aceptado redactar el prólogo que, por la calidad de su autor, se ha convertido en otro elemento que realza el valor de la obra.

En este contexto sólo me resta agradecer al prologista, a cada uno de los autores y a la Dra. Tamara Tobal, integrante de la Secretaría de Política Institucional de este Ministerio, quien fuera la encargada de la recopilación del material que integra esta publicación.

Dra. Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

PRÓLOGO

Por Leandro Despouy*

La presentación de esta obra importa un doble desafío. Por un lado, reflejar la claridad con que están expuestos los temas que lo integran y, por otro, denotar el importante rol que desempeña la defensoría pública en la tutela de los derechos de los ciudadanos durante el proceso judicial, y en particular en la protección de los sectores en situación de vulnerabilidad.

Desde una perspectiva regional, el marco normativo que sirve de telón de fondo a esta obra son las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. Las mismas receptan las medidas aconsejables para garantizar el acceso a la justicia de las personas más vulnerables por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, victimización, migración o desplazamiento interno, pobreza, género o privación de libertad. Establecen la obligación de los Estados de implementar acciones positivas concretas para garantizar el efectivo acceso de esas personas a la Justicia. La importancia de estas Reglas reside en que tienen como destinatarios a todos los actores del sistema de justicia y a quienes intervienen de una u otra forma en él. De esta manera el propio sistema de justicia puede contribuir sustancialmente a la reducción de las desigualdades, favoreciendo la cohesión social.

Más allá de la solvencia con que se abordan los temas sustantivos, expuestos en todos los casos por integrantes del Ministerio Público, la característica común de las contribuciones radica en la búsqueda

* Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la Independencia de magistrados y abogados. Presidente de la Auditoría General de la Nación.

de estándares internacionales de protección de los derechos humanos y específicamente de las distintas garantías judiciales que deben tutelar a estos grupos de personas. Se trata en el fondo de brindar herramientas prácticas para defensores públicos y operadores de justicia en la ímproba labor que desempeñan en el decisivo rol de facilitar un pleno acceso a la justicia.

En definitiva, son temas de una enorme trascendencia y de una gran significación para mí, ya que han sido objeto de tratamiento en varios de los informes que he presentado ante las Naciones Unidas en mi calidad de Relator Especial.

Dichos informes, al igual que muchas de las contribuciones de este libro, muestran hasta qué punto los Estados no ofrecen una protección particular, por ejemplo, a las personas con discapacidad¹ sino que, por el contrario, existen normas que los discriminan o acentúan los límites de su accionar jurídico. Ilustra esta afirmación la circunstancia de que hasta hace algunos años en Panamá, una persona no vidente estaba capacitado civilmente para ejercer la patria potestad pero se le impedía ser tutor.

El artículo de **Florencia Hegglin**, sobre los enfermos mentales privados de la libertad en instituciones psiquiátricas, muestra con realismo la situación de particular vulnerabilidad en que se encuentran; esa situación requiere que el Estado les dé un tratamiento especial, y que regule y fiscalice la asistencia de la salud y la protección integral de la persona para evitar abusos durante la internación.

Marcos Filardi en su artículo hace referencia a las actitudes discriminatorias hacia los migrantes, arraigadas en prácticas y discursos de los propios actores que intervienen en el sistema de migraciones y de la sociedad en general. Muestra que la readecuación del derecho interno argentino en la materia -aún con su orientación

¹ Leandro Despouy, «Los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad», el primer informe que se elaboró, no sin dificultad en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, y luego aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1993

hacia la Opinión Consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, resulta insuficiente para garantizar el acceso integral de estos grupos a la Justicia.²

De todos modos, se ha producido una saludable evolución en el plano normativo y jurisprudencial, tanto regional como universal, en materia de protección de las garantías que resguardan la tutela judicial, y pone de relieve el creciente protagonismo que ha adquirido la defensoría pública en esa perspectiva.³

Juan Rubén Pulcini señala la evolución del concepto de «debido proceso legal» desde una perspectiva liberal clásica. Exige tutela judicial efectiva de los derechos en los conflictos interpersonales y describe con rigor la forma en que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal acompaña el desarrollo interamericano.

En materia de derecho de defensa, **Mariana Grasso** recorre el Informe N° 1/05 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Caso Moreno Ramos, relativo a la aguda problemática de la defensa técnica e ineficaz, y subraya los fundamentos centrales que, entiende la Comisión, garantizan una defensa adecuada y el acceso a la justicia de los defendidos, particularmente cuando son asistidos por Defensores Públicos (art. 120 CN).

Dos artículos tratan la temática de los niños como grupos vulnerables. **Damián Muñoz** analiza la profunda estigmatización social que sufre este grupo debido a que la violencia relacionada con la niñez y la adolescencia se inserta en el agitado y controvertido

² Leandro Despouy, «Extrema Pobreza y Derechos Humanos» E/CN.4/Sub. 2/1996/13, donde se analiza que esta situación incide sobre el disfrute del conjunto de los derechos humanos y constituye una de las causas o factores de agravamiento de la vulnerabilidad social. La extrema pobreza es una de las principales fuentes de desplazamientos poblacionales, y castiga con particular fuerza a los migrantes y a sus familias, con notoria y particular gravedad durante el proceso de globalización que vivimos.

³ Leandro Despouy, «Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados presentado al 8º período de sesiones del Consejo de DDHH de Naciones Unidas. A/HRC/8/4. Ver punto III, «Acceso a la Justicia»

discurso de la seguridad y en la encrucijada de quienes propugnan reemplazar el Estado de Derecho por el Estado de policía. El gran desafío del Estado de Derecho –considera– es fijar límites a las arbitrariedades del modelo estatal de policía. **Iris Moreira y Sergio María Oribones** realizan un estudio minucioso del «Caso Bulacio», emblemático para nuestro país, y resaltan los aspectos más trascendentales de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que reviste gran utilidad para establecer los criterios del derecho a la defensa en sintonía con la protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.

En la temática de la mujer, es sumamente interesante el artículo de **Florencia G. Plazas**, donde destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el significativo caso del penal peruano «Castro Castro». **Plazas** identifica afectaciones específicas de género con respecto a la situación de mujeres embarazadas y actos de violencia sexual realizados por el personal penitenciario.

El artículo de **Mario Roberto Franchi**, analiza el tema de la pena de muerte a través del caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, y la posición adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pasa revista a dicha cuestión en la Argentina a la luz de la situación actual, y señala que las reparaciones establecidas en la sentencia analizada configuraron un avance en el campo de los derechos humanos en América.

De gran relevancia son los artículos referidos a la libertad personal. El de **Hernán De Llano**, aborda las garantías establecidas por el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, en base al precedente establecido en el caso «Chaparro López». Se tratan aspectos vinculados a la protección de la libertad personal – detenciones arbitrarias, plazo razonable, principio de inocencia – y su relación esencial con la defensa en juicio, derecho a contar con un abogado de su elección o proporcionado por el Estado, concesión de tiempo y de medios adecuados para elaborar la defensa, asistencia consular obligatoria. En especial, analiza la proyección de este caso en las prácticas judiciales en nuestro país.

Paola Bigliani, trata un tema muy complejo como es el de las prisiones preventivas, sujeto siempre a debate por su eventual colisión con el principio básico de inocencia y responsabilidad tras el juicio. **Bigliani** comenta el fallo López Álvarez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consiga las limitaciones del encarcelamiento preventivo, y concluye que tanto en nuestro país como en otros países de América Latina se ha abusado de esa medida, lo cual incumple las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y podría llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Decididamente, es una obra que invita a su lectura y sobre todo a contar con ella como material de permanente consulta, principalmente cuando debemos ingresar en el tratamiento de cuestiones jurídicas relativas a tantas personas que transitan gran parte de su existencia bajo el infortunio de la discriminación y la vulnerabilidad social.

PARTE I

DERECHOS DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

1. ENFERMOS MENTALES

«El caso Ximenes Lopes vs. Brasil»: leading case de la Corte Interamericana en materia de derechos fundamentales de los enfermos mentales privados de libertad

Por María Florencia Hegglin

2. MIGRANTES

Opinión Consultiva OC 18/03.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados

Por Marcos Filardi

3. NIÑOS

El caso «*Servellón García y otros vs. Honduras*».

La encrucijada entre el Estado de derecho y el Estado de *pandilla*

Por Damián R. Muñoz

Buenas prácticas de la Defensa Pública. Reflexiones del caso ‘Bulacio’

Por Iris Amalia Moreira y Sergio María Oribones

4. MUJERES

La sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Penal Miguel Castro Castro.

Condiciones de detención y derechos de las mujeres

Por Florencia G. Plazas

ENFERMOS MENTALES**«El caso Ximenes Lopes vs. Brasil»: leading case de la Corte Interamericana en materia de derechos fundamentales de los enfermos mentales privados de libertad**

Por María Florencia Hegglin

I. Introducción

El 4 de julio de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda, por primera vez, en el caso «Damião Ximenes Lopes c. Brasil»¹, la situación del enfermo mental que se encuentra privado de libertad en un establecimiento psiquiátrico. Analiza los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aquellos establecidos en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, así como también otros estándares aplicables al tratamiento de salud mental establecidos por los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, los Diez principios básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental de la Organización Mundial de la Salud, División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de Salud, y la Declaración de Madrid sobre los Requisitos Eticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada porla Asamblea General de la Asociación Psiquiátrica Mundial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad constituyen instrumentos internacionales que integran el marco

¹ La sentencia completa puede consultarse en la página web de la Corte Interamericana www.corteidh.or.cr.

normativo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, que han sido incorporados, al derecho interno de nuestro país, a través de la entrada en vigencia de la ley N° 23.054 (BO 27/3/84) y muy recientemente de la ley N° 26.378 (BO 9/6/08), respectivamente. Los restantes principios y declaraciones, aún cuando no alcanzan el rango de una Convención ni tampoco resultan vinculantes, informan las normas médicas y el derecho consuetudinario internacional.

La importancia de este fallo es indiscutible.

No sólo define la responsabilidad de todo Estado americano de garantizar la vigencia de los derechos de uno de los sectores más vulnerables de la población, sino también de los más relegados. A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que desde el fallo «Winterwerp», del 24 de octubre de 1979, se ha preocupado por establecer las condiciones mínimas que debe cumplir una privación de la libertad impuesta a una persona que sufre una discapacidad mental², muchos años pasaron para que la Corte Interamericana finalmente se expidiera sobre este tema. La gravedad de los delitos cometidos contra Damião Ximenes Lopes y la impunidad de quienes los ejecutaron hicieron, sin dudas, de esta historia un caso emblemático.

A ello, Courtis agrega, como dato relevante, que se trata de la primera sentencia de la Corte contra Brasil, país que –tributario de una cierta tradición de clausura ante los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, que parece revertirse en los últimos años– ha reconocido tardíamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana³.

² Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, confr. «El internamiento de los enfermos mentales imputables y la protección internacional de los derechos humanos», María Florencia Hegglin, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año V, número 9, Ed. Ad-hoc, pág. 273-331.

³ Confr. Courtis, Christian «La muerte en una institución psiquiátrica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Damião Ximenes Lopes», publicado en Revista «Jueces para la democracia» N° 58, 2007, págs. 72-86. Conforme explica el autor, Brasil recién reconoció la competencia

Por otro lado, corresponde señalar la proyección que esta sentencia de la Corte Interamericana ha tenido en la jurisprudencia nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recogido las pautas fijadas en «Ximenes Lopes» para establecer, en la causa «Competencia N° 1195.XLII.R., M. J. s/ insanía», del 19 de febrero de 2008, el catálogo de derechos mínimos y específicos para quienes padeczan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Sobre estos derechos, hablaremos a continuación.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la opinión de la Comisión⁴, constituyen, además, una pauta muy valiosa para interpretar los aspectos concernientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros documentos internacionales⁵.

II. El caso

El señor Damião Ximenes Lopes, durante su juventud, era una persona con una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. En el año 1995, a la edad de 25 años, había sido internado por primera vez en la Casa de Reposo Guararapes, ubicado en la Ciudad de

contenciosa de la Corte Interamericana el 10 de diciembre de 1998, pese a haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de septiembre de 1992, también tardíamente con relación al resto de los países del continente que experimentaron una transición a la democracia desde régimes dictatoriales.

⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha analizado y expresado opinión sobre la vigencia de los derechos de las personas con discapacidad mental que se encuentran internadas en establecimientos psiquiátricos en los casos «Congo», de 1994 y en este mismo caso «Ximenes Lopes». El caso Congo ha sido relatado y analizado por Alfredo Jorge Kraut en su libro «Salud Mental. Tutela jurídica», Rubinzel Culzoni, 2006, págs. 226 y siguientes.

⁵ A partir del caso «Firmenich», el Tribunal ha resuelto que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos 310:1476; 312:2490; 314:1531 voto en disidencia del Juez Fayt; 314:1531, voto en disidencia del Juez Fayt; 315:1492, 315:1943; 322:2139; entre otros).

Sobral, Ceará, durante un período de dos meses. Al regresar a su casa, su madre advirtió que tenía heridas en las rodillas y tobillos, que Ximenes Lopes atribuyó al ejercicio de violencia que había sufrido durante su internación. Los funcionarios de la institución contradijeron esta versión y alegaron que Ximenes Lopes se había autoinflingido las heridas al intentar fugarse del establecimiento.

A raíz de un cuadro nervioso, el día 1º de octubre de 1999, su madre decidió internarlo, por segunda vez, en la Casa de Reposo Guararapes. Ese mismo día, el establecimiento admitió internarlo, en perfecto estado físico, sin que presentase señales de agresividad ni lesiones corporales externas.

El 2 de octubre se consignó en la historia clínica que Ximenes Lopes se encontraba «*calmo, desorientado, (...) confuso*» y que no se le había prescripto medicación alguna. Y, el 3 de octubre sufrió una crisis de agresividad. Entró a un baño y se negó a salir de ahí, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes, quienes, según dichos del auxiliar, podían ayudarle a retirar al señor Ximenes Lopes del baño porque eran «*orientados y (...) tenían un cierto porte físico robusto*». Enseguida, fue sometido a contención física y el médico presente en la Casa de Reposo Guararapes determinó que se le suministrara «*haldol y fernagan intramuscular*».

Por la noche del mismo día, Ximenes tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana.

El 4 de octubre, a las 9 de la mañana, la madre llegó de visita y encontró a su hijo sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión.

La madre solicitó a los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes que lo bañaran y buscó un médico que atendiera a su hijo. Encontró al director clínico y médico de la institución quien, sin practicar exámenes físicos le prescribió algunas medicinas, y

enseguida se retiró del hospital. Ningún médico quedó a cargo de la institución en ese momento.

El señor Damião Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999, a las 11:30 de la mañana, en circunstancias violentas, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte.

Ante ello, el director clínico fue llamado y regresó al establecimiento. Examinó el cuerpo, declaró su muerte e hizo constar que el cadáver no presentaba lesiones externas y que la causa de la muerte había sido «*un paro cardiorespiratorio*», sin ordenar la realización de una autopsia. Sin embargo, los padres de Ximenes Lopez la solicitaron. Ese mismo día 4 de octubre, el instituto médico legal Dr. Porto, en donde también trabajaba como médico el director clínico de la Casa de Reposo, practicó la autopsia y se expidió en los siguientes términos: «*examen externo:excoriaciones localizadas en la región nasal, hombro derecho, parte anterior de las rodillas y del pie izquierdo, equimosis localizadas en la región del ojo izquierdo, hombro homolateral y puños (compatibles con contención). Examen interno: no observamos señales de lesiones de naturaleza traumática internamente...Conclusión: (...) inferimos que se trata de una muerte real de causa indeterminada*⁶».

A partir de numerosos pedidos realizados por la familia, el Instituto Médico Legal amplió la autopsia y precisó que «*las lesiones descritas fueron provocadas por acción de instrumento contundente (o por múltiples golpes o caídas) no siendo posible afirmar el modo específico*».

El 8 de noviembre de 1999, el Fiscal del Ministerio Público solicitó el inicio de una investigación policial para esclarecer la muerte del señor Damião Ximenes Lopes. Treinta y seis días después se instruyó la investigación y hasta el día de la sentencia de la Corte Interamericana, 4 de julio de 2006, todavía no se había dictado fallo de primera instancia.

⁶ El subrayado me pertenece.

III. La sentencia

Luego de producirse la prueba, de haberse escuchado a las partes y de haber reconocido el Estado de Brasil su responsabilidad en los hechos relatados –sin aceptar, aclaro, la existencia de violaciones a los derechos al recurso efectivo y al debido proceso–, la Corte se pronuncia sobre: a) los alcances del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado; b) los fundamentos de las obligaciones del Estado en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana; c) la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad; d) los derechos que le asisten a toda persona que padece una discapacidad y que se encuentra internada en un establecimiento psiquiátrico; e) los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental.

Puntualizaré los aspectos relevantes de cada uno de los puntos expuestos.

a) los alcances del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado

La Corte considera que «el allanamiento del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana en el Brasil»(par.80) «Sin embargo –agregó– teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos y dada la naturaleza del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación para el señor Damião Ximenes Lopes y sus familiares, y a la vez, una manera de contribuir a evitar que se repitan hechos similares.» (par. 81)

b) fundamentos de las obligaciones del Estado en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana

En primer lugar, la Corte señala que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana constituyen la base para la determinación de responsabilidad

internacional de un Estado.

Y apunta que «en relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.» (par. 89). En efecto, «si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible» (par. 96).

c) la especial atención a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad

La Corte considera «que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos» (par. 103), y «las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano, o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos

a internación» (par. 106).

Luego, precisa que «en los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando inflingidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad» (par. 107).

«Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación». (par. 108).

d) derechos que le asisten a toda persona que padece una discapacidad y que se encuentra internada en un establecimiento psiquiátrico

La Corte precisa y analiza los derechos de las personas con discapacidad mental, y establece el siguiente catálogo de derechos que fueron vulnerados en el caso bajo estudio:

Derecho a la vida⁷: «un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos» y que como tal no admite enfoques restrictivos (par. 124).

Derecho a la integridad personal⁸: «bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (par. 126).

⁷ Cfr. art. 4 de la CA

⁸ Cfr. art. 5 de la CA

Derecho a recibir un tratamiento que tenga por finalidad el bienestar del paciente y que respete su dignidad y autonomía⁹: «*Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida*» (par. 109). Y en esa línea, la Corte establece que «*el respeto a la intimidad y a la autonomía deben adoptarse como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico*», no obstante señalar que «*esta último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento*», pero sin perder de vista que «*la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces para expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado*» (par. 130).

Derecho a recibir una prestación médica que asegure cuidados mínimos y condiciones de internación dignas: Para definir el alcance de este derecho, la Corte se remite a los Principios para la Protección de los Enfermos mentales y el Mejoramiento de la Atención de la

⁹ Cfr. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 46/119, principios 9.4 y 11; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de sustancias. Diez principios básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1996), principios 5, 6 y 9; Organización Panamericana de Salud, declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina el 14 de noviembre de 1990, art. 3; Asociación Psiquiátrica Mundial (APM), Declaración de Madrid sobre los Requisitos Eticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de la APM el 25 de agosto de 1996, revisada el 26 de agosto de 2002, preámbulo y parr. 4; y World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983.

Salud Mental de las Naciones Unidas (principios 1, 8, 9 y 13) como «guía útil» para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos y condiciones de internación dignas para preservar la dignidad del paciente.

Por último, en esta tarea de precisar el alcance de los derechos de las personas con discapacidad mental, la Corte aborda el uso de la sujeción como mecanismo de contención física utilizado sobre Damião Ximenes Lopes. Señala que «*la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico*», por lo cual «*para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes¹⁰*» (par. 134). «*Debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente ... el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud¹¹*» (par.135).

e) los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental

Bajo este apartado, la Corte insiste en destacar los deberes que

¹⁰ Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, principio 11.11.

¹¹ Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, principios 11.11; Declaración de Madrid sobre los Requisitos Eticos de la Práctica de la Psiquiatría, preámbulo; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de sustancias. Diez principios básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1996), principio 4.3; Declaration of Hawaii, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983, p. 1.

tiene todo Estado de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como el deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, cuyo incumplimiento, en el presente caso, genera responsabilidad internacional (par. 146).

También, hace referencia al deber del Estado de investigar las afectaciones al derecho a la vida y a la integridad personal, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. (par. 123) Y en cumplimiento de este deber, señala la Corte, «*el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales*» (par. 148).

Ahora bien, a partir de las consideraciones expuestas y de los hechos que se tuvieron por probado, la Corte Interamericana concluye que, «*por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes*» (par. 150).

Además, sostiene «*que el Estado tiene responsabilidad por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes*» (par. 163), en su condición de madre, hermana, padre y hermano de la víctima.

Por último, concluye que el Estado no ha proporcionado a los familiares del señor Ximenes Lopes un recurso efectivo para garantizar el acceso a la justicia, la determinación de la verdad de los hechos, la investigación, identificación, procesamiento y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones. Por lo tanto, le atribuyó al Estado la responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, que se encuentran consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese mismo tratado, en perjuicio de la madre y de la hermana de la víctima.

IV. La internación como privación de libertad excepcional

El art. 7, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos parte de establecer, como principio general, el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. La privación de libertad constituye una excepción expresamente reconocida en el inc. 2º del mismo artículo en cuanto dispone que «*nadie puede ser privado de su libertad (...) salvo por causas y en las condiciones fijadas (...) por las constituciones (...) o por las leyes*».

No cualquier privación de libertad constituye una excepción autorizada. Esta debe cumplir determinados requisitos, éstos son, «legalidad» y «no arbitrariedad». Conforme el primero de ellos, regulado en el inc. 2, la privación de libertad debe encuadrar en las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley y, por otro lado, debe practicarse con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por ésta. Conforme al segundo, regulado en el inc. 3 del art. 7 de la CADH, la privación de libertad no sólo debe producirse por causas y métodos calificados de legales sino que además, éstos no deben ser arbitrarios, en otras palabras, deben resultar compatibles con las ideas de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad¹².

En el mismo sentido, el Conjunto de Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la

¹² Confr. Caso «Gangaram Panday» del 21/1/94, y caso «Suárez Rosero» del 12/11/97, pár. 47.

Salud Mental de las Naciones Unidas, más precisamente el principio 11, parte de la libertad del enfermo mental como principio general e introduce la internación sólo como excepción. Así dispone que «*no se someterá a ningún paciente a (...) reclusión involuntaria, salvo con arreglo a los procedimientos oficiales (...) y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros*».

A la luz de lo expuesto, la internación de personas con discapacidad mental será legal en la medida en que se encuentre prevista en la ley como un supuesto de privación de libertad y que, además, se aplique con estricta sujeción a un procedimiento objetivamente definido en ella; pero siempre que la medida resulte razonable, previsible y proporcionada. Límites que deberán respetar no sólo los legisladores en el momento de reconocer el supuesto como excepción sino también los jueces a la hora de su aplicación y control.

Sobre la vigencia de estos límites, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, en los últimos años. Así el fallo «Tufano, Ricardo s/ insania» del 27 de diciembre de 2005, un fallo pionero a nivel regional americano¹³ ha destacado que las personas pueden ser internadas por decisión policial por padecer enfermedades mentales cuando existan riesgos de que puedan dañar su salud o afectar a terceros; pero advierte que se le debe dar inmediata intervención a un juez. A ello agregó que debe haber un «*dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental*» y no puede faltar la asistencia de «*un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla*». Las reglas del debido proceso –apunta– deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla.

¹³ Confr. Kraut, Alfredo Jorge, ob. cit., pág. 273.

La Corte Suprema ha insistido en el carácter excepcional de la internación y en el riguroso control judicial que debe hacerse no sólo de su imposición, sino también de la continuidad de esta medida. En «R., M. J. s/ insania», del 18 de febrero de 2008, ha a establecido que «...toda internación involuntaria en los distintos supuestos que un juez puede disponer un encierro forzoso debe, a la luz de la normativa vigente, sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros (...) o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo»; para luego agregar que, en virtud de lo dicho y de lo expuesto en el art. 482, inc. 1º del Código Civil y en el art. 19 de la ley 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, «la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de libertad sin límite de duración».

De esta manera, la Corte Suprema ha definido los presupuestos legales que deben configurarse para imponer y mantener, en el tiempo, la internación de una persona con discapacidad mental.

En la sentencia «Ximenes Lopes c. Brasil» la Corte Interamericana delimita su atención, por un lado, a la vigencia de los derechos de las personas con discapacidad mental mientras ellas se encuentran sometidas a tratamiento en instituciones psiquiátricas, y, por el otro, al deber del Estado de «regular y fiscalizar» el respeto de estos derechos, sin analizar los presupuestos de la internación ni el procedimiento de aplicación de la medida.

Sobre estos límites, entonces, los precedentes del Tribunal

Europeo¹⁴ mantienen su vigencia como instrumentos internacionales de interpretación a seguir. Recordemos que a falta de jurisprudencia regional es lícito recurrir a la jurisprudencia del sistema europeo, como instrumento auxiliar de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos siempre que exista equivalencia en lo esencial entre las normas cuya interpretación se busca. Una equivalencia que existe entre el art. 5, inc. 1, del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales y el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵.

V. Derechos y condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas. El uso de mecanismos de sujeción física y el consentimiento informado

Como surge de este caso, y de otras numerosas noticias aparecidas en los medios periódisticos¹⁶, como en informes realizados por organizaciones no gubernamentales¹⁷, las personas con discapacidad mental frecuentemente son víctimas de violaciones flagrantes y sistemáticas de derechos humanos, o son detenidas en instituciones psiquiátricas, bajo condiciones de vida deplorables que afectan negativamente su salud e incluso pueden llegar a poner en peligro su propia vida.

De allí que, como bien ha destacado la Corte Suprema en

¹⁴ Confr. «Winterwerp c. Países Bajos» del 24/10/1979, «X c. Reino Unido», del 5/11/1981; «Luberti c. Italia», del 23/2/1984; «Hutchinson Reid c. Reino Unido» del 20/5/2003 y «HL c. Reino Unido» del 5/10/2004.

¹⁵ El art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han sido analizados, simétricamente, en el trabajo «El internamiento de los enfermos mentales inimputables....», ob. cit., págs. 275 y sigs.

¹⁶ Confr. www.clarin.com.ar: «Internados en psiquiátricos: el 60% tiene alta médica pero no puede irse», del 18 de diciembre de 2007; «Alertas de médicos municipales por los maltratos de los pacientes», del 27 de julio de 2007 y otras publicadas en el mismo medio los días 10 de marzo de 2007, 23 de junio de 2006, 14 de enero de 2006.

¹⁷ Confr. «Vidas arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos», CELS, Mdri, editores siglo veintiuno, Buenos Aires, 2008.

«Tufano, Ricardo s/ insania», del 27 de diciembre de 2005, y recientemente, en «R., M. J. s/ insania», del 19 de febrero de 2008, el control judicial no deba limitarse, a la configuración de los presupuestos que condicionan la imposición de la medida, sino que debe alcanzar, además, las condiciones de vida en la institución psiquiátrica donde se cumple la internación.

En esa línea, la Corte Suprema, en el último de los fallos mencionados, establece –como adelantamos– un catálogo de derechos mínimos y específicos para quienes padecen trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición.

En palabras de la Corte Interamericana, será responsabilidad del Estado *«regular y fiscalizar»* la vigencia de estos derechos. Este deber incumbe al Estado independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado; y, en caso de incumplimiento, se traduce en responsabilidad internacional.

El deber de fiscalizar no se cumple con la sola supervisión, sino que exige, además, acciones positivas del Estado dirigidas a superar toda situación restrictiva de derechos. El art. 1 de la CADH dispone

que el Estado debe reconocer, respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la Convención; y el art. 2 que aquél debe por lo mismo remover los obstáculos que se oponen al curso de esas facultades y adoptar medidas de diverso género para ponerlas efectivamente al alcance de todos los ciudadanos.

Ahora bien en esta sentencia, la Corte Interamericana aborda no sólo la responsabilidad el Estado por acciones de particulares que prestan servicios de salud¹⁸, sino también las condiciones de vida de los pacientes de instituciones psiquiátricas, y el riesgo que éstas pueden suponer para sus derechos fundamentales.

Entre estos aspectos, analiza la utilización de instrumentos de contención o restricción física, tales como correas, esposas o camisas de fuerza, así como también el uso del aislamiento del paciente como mecanismo que afecta su integridad psíquica, física y moral. Nadie dudaría en sostener que atar o encadenar a una persona en sus extremidades a una cama o a una silla o medicarla al extremo de que pierda toda movilidad y discernimiento, constituyen medidas restrictivas de la libertad extremadamente agresivas y denigrantes. No suele verse en la cárcel¹⁹, puesto que hacerlo implicaría someter a la persona a un trato cruel, inhumano y degradante repudiado por la Constitución Nacional (art. 18). Sin embargo, el uso de la sujeción -entendida como «*toda acción que interfiere en la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento*» (par. 133)- es una práctica aceptada y muy habitual en instituciones psiquiátricas, ya sean públicas como privadas. De allí la necesidad de destacar las condiciones que deben tenerse en cuenta a la hora de controlar si su aplicación es legítima o constituye, por el contrario, una ilegítima privación de libertad.

Conforme lo dispuesto por la Corte Interamericana, 1) la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico; 2) debe ser empleada como

¹⁸ Courtis releva este aspecto de la sentencia y analiza sus implicancias en el ámbito nacional. Confr. Courtis, Christian, ob. cit., pág. 72-86.

¹⁹ Con excepción de las unidades psiquiátricas penitenciarias.

medida de último recurso; 3) debe aplicarse estrictamente para proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos; 4) sólo debe ser llevada a cabo por personal médico; 5) previamente, los médicos deben evaluar su necesidad; 6) su imposición debe limitarse por un período que sea absolutamente necesario; y 7) debe imponerse en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.

Por lo demás, y en tanto es una medida que agrava las condiciones de internación, debe ser asentada en las correspondientes historias clínicas o registros del paciente, de modo que la razonabilidad de su aplicación pueda ser controlada. En el ámbito europeo, el Comité Europeo de Prevención de la Tortura y de Tratos o Penas Inhumanos o Degradiantes ha recomendado la necesidad de que la aplicación de este tipo de medidas restrictivas de la libertad sea debidamente registrada a los fines de su control²⁰.

El consentimiento informado del paciente es otro punto que afronta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, establece como premisa general que *«Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida»* (par. 109); a lo que agrega que *«la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces para expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales*

²⁰ El Comité Europeo de Prevención de la Tortura, en el Informe General N° 16 dedicó un capítulo a definir las limitaciones que deben respetarse en el uso de medidas de contención física en los hospitales psiquiátricos. Iguales restricciones ya había realizado en el Informe General N° 8 (confr. www.cpt.coe.int/en/annual/rep-16.htm y www.cpt.coe.int/en/annual/rep-08.htm)

o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado» (par. 130).

La Corte Interamericana se pronuncia en línea con lo dispuesto en el Conjuntos de Principios de las Naciones Unidas. El principio Nº 11 establece que no se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado, salvo que un profesional de salud mental calificado y autorizado por la ley determine que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas (inciso 8) o que el paciente tenga un representante personal facultado por ley para dar su consentimiento respecto del tratamiento del paciente (inciso 7). También podrá aplicarse un tratamiento sin el consentimiento del paciente cuando concurren las siguientes circunstancias: a) el paciente, en la época de que se trate, sea un paciente involuntario, b) una autoridad independiente que disponga de toda la información pertinente compruebe que, en la época de que se trate, el paciente está incapacitado a dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto, c) la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente (inciso 6).

Por otro lado, el Conjunto de Principios fija una serie de recaudos para evitar que estas excepciones configuren una licencia para continuar con el tratamiento al margen de la voluntad del sujeto afectado. Así insiste en hacer todo lo posible por informar a este último acerca de la naturaleza del tratamiento y de cualquier otro tratamiento posible y por lograr que participe en cuanto sea posible en su aplicación (inciso 9).

En la doctrina anglosajona este tema ha sido objeto de una valiosa discusión. Richardson²¹, en la línea de pensamiento fijada por Bean²², distingue cuatro rasgos que definen el consentimiento. Estos son el

²¹ Confr. Richardson, G. «Mentally disordered offenders», publicado en «Law, process and custody: prisoners and patients», Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1994, pág. 239 y sigs.

²² Confr. Bean, P. «Consent and treatment» publicado en «Mental disorder and legal control, Cambridge University Press, 1986, pág. 135 y sigs.

conocimiento, la información, la ausencia de coerción y la especificidad.

El conocimiento le permite a la persona ser consciente del tratamiento psiquiátrico sobre el que debe dar su opinión y su necesidad. Ahora, dado que existen personas que, en términos generales, carecen de capacidad de ser completamente independientes y de controlarse pero que, pese a ello, en determinados contextos poseen esa capacidad para hacerlo, es que debe distinguirse entre personas autónomas y decisiones autónomas. Son decisiones autónomas las que aquí se exigen. En ese sentido, un conocimiento previo de la persona, que permita determinar sus períodos de lucidez, facilitará reconocer el grado de autonomía en la decisión. De allí que Bean²³ no monopolice en los profesionales el juicio sobre esta capacidad sino que también se lo atribuya a otras personas en condiciones de dar cuenta de la realidad del paciente.

En segundo lugar, la información requiere la creación de un ambiente donde la persona pueda hacer preguntas, recibir respuestas y reflexionar y además, esta información debe versar sobre el tratamiento y sus efectos, sin perjuicio del grado de tecnicidad y complejidad de su contenido. A mayor riesgo del tratamiento, sostiene Bean²⁴, mayor debe ser la información proporcionada al paciente. Sin embargo, esta apreciación resulta difícil de aceptar cuando el conocimiento de esa información puede agravar la salud del paciente. Un tema que ha dado lugar a una profusa discusión en España y que mejor expresa la disyuntiva planteada por la doctrina anglosajona entre las antagónicas visiones del consentimiento suministradas por juristas y psiquiatras. Los psiquiatras, a juicio de Bean, de forma paternalista, insisten en reconocerse un derecho a decidir en nombre del mejor interés del paciente, los juristas, por el contrario, enfatizan su autonomía y su capacidad de decisión.

Así las cosas, la doctrina española resulta prácticamente unánime en reconocer que en estos casos el médico cuenta con

²³ Confr. Bean, ob. cit., pág. 134.

²⁴ Confr. Bean, ob. cit., pág. 138.

un grado de discrecionalidad²⁵.

Romeo Casabona²⁶, al respecto, señala que aunque el médico está obligado a informar con toda claridad y suficientemente al paciente es posible también que pueda limitarse a una información gradual, siempre que no pretenda con ello eludir encubiertamente su deber y siempre, también, que estime, en su prudente juicio y a tenor de las circunstancias particulares que se le presenten en el caso concreto, que una información exhaustiva pudiera contribuir a una grave alteración curativa en el paciente, con repercusiones irreparables en el éxito del tratamiento. De todas formas una información más o menos esquemática o reducida al paciente debe verse siempre y de forma paralela acompañada y compensada con una mayor y más completa información a los familiares de aquél, pues, en último extremo, son los llamados a suplir la autodeterminación del paciente o, en su caso, a completarla.

Pemán Gavín²⁷ adhiere a lo expuesto, sin embargo introduce una salvedad. A su juicio, un pronóstico desesperado e irreversible puede ser ocultado al enfermo excepto en aquellos casos en que éste deba tomar conocimiento de ese pronóstico para poder prestar su consentimiento ante una intervención quirúrgica. En ese caso, la información debe ser completa aún cuando ella pueda llegar a resultar contraproducente.

La ausencia de coerción, por su parte, es otro de los elementos centrales. Un tratamiento no puede darse por consentido si el consentimiento fue obtenido a través de amenazas, explícitas o

²⁵ Confr. Romeo Casabona, C. M. «El médico y el derecho penal». Barcelona, Bosch, 1981, pág. 335 y sigs.; Fernández Hierro, J.M. «Responsabilidad civil médica sanitaria», Madrid, Aranzadi, 1984, pág. 66; Ataz López, J. «Los médicos y la responsabilidad», Madrid, Alianza, 1985, pág. 71; Pemán Gavín, J. «Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado», publicado en Revista de Administración Pública N° 103, Madrid, 1984, pág. 127.

²⁶ Confr. Romeo Casabona, C. M. «El tratamiento jurídico del enfermo mental en el consejo de Europa y sistema de garantías en el derecho español», publicado en «Psiquiatría legal y forense» Vol. 1, 1994, pág. 822.

²⁷ Confr. Peman Gavín, ob. cit., págs. 127 y 130.

implícitas, de prolongadas detenciones o de pérdidas de privilegios. En la medida en que ellas se aprovechan del estado de vulnerabilidad del paciente configuran la coerción que impide la existencia de un consentimiento válido. Ello, por el contrario, no ocurre cuando, previo a aplicar un tratamiento, se exponen los efectos perjudiciales de una negativa al mismo. «*Una persona no es coercionada porque ella sea presionada, ella es coercionada cuando su estado de vulnerabilidad es explotado*»²⁸, lo cual puede ocurrir tanto cuando explícitamente se obliga a la persona a prestarlo cuando también de forma encubierta la respuesta negativa del paciente se traduce como una prueba de que su enfermedad mental aún continúa.

Y, por último, la especificidad prohíbe un consentimiento abierto, no relacionado con el tratamiento específico o su concreta aplicación. En caso de que durante la ejecución de un tratamiento consentido se descubra una situación más compleja, los médicos, de no existir urgencia, deben esperar a conseguir un nuevo consentimiento vinculado al nuevo tratamiento a aplicar.

A diferencia de España donde la Ley General de Sanidad (art. 10, apartado 9) reconoce -con excepciones- como un derecho del enfermo el negarse a un tratamiento, en la Argentina no existen formulaciones específicas de los derechos de los pacientes en el ámbito de la asistencia sanitaria²⁹. No obstante ello, «*la regla de que nadie puede ser obligado a someterse a tratamientos médicos (libertad del paciente) reconoce base constitucional (art. 19 de la Constitución Nacional)*»³⁰, y rige, de manera incuestionable, el principio general de que ningún tratamiento puede realizarse sin el consentimiento válido del paciente (arts. 897, 900, 921 y 922 del Código Civil). Ello, sin perjuicio de las numerosas excepciones que el legislador ha consagrado atendiendo a razones de urgencia o incluso a la misma discapacidad mental (art. 19, inc. 3 de la ley 17.132³¹).

²⁸ Confr. Bean, ob. cit., pág. 139.

²⁹ Confr. Kraut, Alfredo Jorge, «Pacientes mentales y derecho privado», Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, pág.214.

³⁰ Confr. Kraut, ob. cit., pág. 228.

³¹ Ley 17.132 RÉGIMEN LEGAL DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA, ODONTOLOGÍA Y ACTIVIDADES AUXILIARES DE LAS MISMAS. Art.19:

En este contexto de excepciones, las advertencias de la Corte Interamericana, en cuanto expuso que «*la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces para expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades*» (par. 130), adquieren especial relevancia.

VI. Reflexiones finales

El ejercicio de un control judicial efectivo dirigido a salvaguardar los derechos de las personas, que padecen una discapacidad mental y se encuentran internadas en una institución psiquiátrica, y a corregir los abusos y desviaciones que durante la internación pueden producirse hace al deber que los Estados tienen de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, más aun ante la situación de especial vulnerabilidad a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano, o degradante en que ellas se encuentran.

A diferencia del preso que cuenta con la fuerza de sus palabras para defender sus derechos, a la persona con discapacidad mental, por lo general, se le desconoce esta posibilidad. La misma discapacidad mental resta crédito a sus opiniones y valor a sus reclamos. Y toda resistencia opuesta a los excesos y a las desviaciones de las que puede llegar a ser víctima es tomada como manifestación de agresividad y razón para extremar el castigo y la opresión.

Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

(...) 2. Asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente; 3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones rutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.

Damião Ximenes Lopes fue una víctima de la ilegalidad en la que actuaron los funcionarios que, paradójicamente, debían cuidarlo y curarlo, pero seguramente no será el único que se encuentra privado de libertad en un establecimiento psiquiátrico, en condiciones inhumanas y degradantes y en situación de riesgo para su vida e integridad física y psíquica. Reducir el uso de los mecanismos de contención física, a través de la inspección de los establecimientos y del control de las historias clínicas, bajo las exigencias sentadas por la Corte Interamericana, reducirá, sin dudas, el riesgo en que ellos se encuentran.

Por lo demás, en una trama en la que engañosas razones terapéuticas han servido para amparar manipulaciones y abusos sobre las personas con discapacidad mental, no debemos olvidar que «*todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida*».

(par. 109).

MIGRANTES**Opinión Consultiva OC 18/03****Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**

Por Marcos Filardi

Migrar, un fenómeno humano, demasiado humano

Desde que, como especie, hicimos nuestra aparición en la tierra, los seres humanos hemos estado en continuo movimiento.

Como cazadores y recolectores, partimos en bandas desde el Olduvai Gorge y, en procura de alimento, agua, refugio o paz, a pie, fuimos poblando todos y cada uno de los rincones de los cinco continentes.

Como pastores, acompañamos a nuestros rebaños a los mejores pastos y a los mejores pozos.

Como agricultores, nos atamos a la tierra y a los ciclos de sus frutos. Y junto a la parcela nació la aldea, el pueblo y el estado, cada cual con su frontera.

Como operarios, nos mudamos a la fábrica y a la gran ciudad que nació bajo su humo y su sombra.

Hoy somos 6700 millones los que compartimos esta tierra. Conviviendo, como cazadores, recolectores, pastores, agricultores o trabajadores urbanos. Pero seguimos en movimiento, dentro y fuera de las fronteras de los estados nacionales que, desde Westfalia, hemos ido trazando sobre el mapa.

Migrar fue, es y seguirá siendo un fenómeno humano, demasiado humano.

La migración internacional contemporánea en números

La migración internacional, definida como el desplazamiento del territorio de un estado al territorio de otro estado, ciertamente

se ha profundizado en los últimos años.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo más que se duplicó, elevándose de 75 millones a 175 millones de personas.¹

Al escribirse estas líneas, la OIM calcula que 191 millones de personas -un 3% de la humanidad- viven fuera del país en el que nacieron, casi la mitad de las cuales son mujeres.²

Entre un 15 y un 20% de este contingente total de migrantes, alrededor de 30 a 40 millones, son los mal llamados «ilegales» (por pensar que ninguna persona puede «ser ilegal», correctamente se los ha pasado a llamar, sucesivamente, como «indocumentados», «sin papeles» o en «situación migratoria irregular»). De ellos, 10.3 millones viven en Estados Unidos y entre 7 y 8 millones en la Unión Europea.

Pero no todos los migrantes internacionales se trasladan de países pobres a países ricos: casi la mitad se traslada de países en desarrollo a otros países en desarrollo -Zimbabwe a Sudáfrica, o Bangladesh a India-. El 70% de la migración africana ocurre, en efecto, dentro del continente.³

Las causas

¿Qué razones llevan hoy a tantas personas a abandonar la tierra que las vio nacer?

Si damos crédito a la Asamblea General de las Naciones Unidas, «entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos

¹ I.O.M, World Migration 2003 – Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move, Geneva, I.O.M, 2003, pp.4-5.

² Cf. Ambrosi, Eugenio, Representante de la Oficina Regional para el Cono Sur de América Latina de la OIM, La Nación, 25/07/08.

³ Cf. Jordan, Miriam, Currents: With Millions on the Move, This Guide Maps the Routes to Prosperity, The Wall Street Journal, 19 de septiembre de 2008.

países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional».⁴

De acuerdo al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, «los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales».⁵

Por su parte, el magistrado Antonio A. Cançado Trindade, quien presidía la Corte Interamericana al emitirse la Opinión Consultiva aquí analizada, en su voto concurrente a la misma, expresó que «las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década del noventa, se han caracterizado por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal [...] En tiempos de la así llamada globalización, las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre «Protección de Migrantes» de 24 de febrero de 2000. La Corte IDH hizo suya esta opinión en el párrafo 115 de la OC-18 aquí analizada.

⁵ Cf. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1. El párrafo fue citado por la Corte IDH en el párrafo 116 de la OC-18.

se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), en medio del aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales».⁶

En el mismo orden de ideas, «la globalización o la mundialización se hallan por tanto muy lejos de corresponderse a un desarrollo económico de verdad mundializado [...] Entramos en la economía de archipiélago. La realidad del mundo mundializado consiste en una sucesión de islotes de prosperidad y riqueza, que flotan en un océano de pueblos agonizantes».⁷

O, en otros términos, «sociedades como Estados Unidos, Francia, Italia o Inglaterra -en suma, las sociedades de Occidente- no pueden proyectar un capitalismo de integración. Dejan de lado, aisladas, a las sociedades del hambre, de la pobreza. Cuyos habitantes invaden la centralidad. Así, son capaces de morir en el intento (y, en efecto, mueren) pero no dejarán de asaltar la centralidad, los países donde podrían trabajar, comer, vivir».⁸

Permítaseme ilustrar, con algunas cifras, la disparidad de la que acabo de hablar:

El patrimonio de las quince personas más ricas del mundo supera al producto bruto interno del conjunto de países que integran el África Subsahariana.⁹

Mientras el PBI de Estados Unidos es de 13.840.000.000.000

⁶ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Voto Concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, pár. 2 y su nota.

⁷ Cf. Ziegler, Jean, Los Nuevos Amos del Mundo, y aquéllos que se les resisten, Ediciones Destino, Colección Imago Mundi, Barcelona, 2003, p. 38. En igual sentido, Veltz, Pierre, Mondialisation, Villes et Territoires. L'économie d'archipel, Presses Universitaires de France, París, 1996.

⁸ Feinmann, José Pablo, Ahora otra vez la «seguridad», Página 12, 7 de septiembre de 2008.

⁹ Cf. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Human Development Report 2000, Nueva York, 2001.

dólares, el de Guinea Bissau asciende a tan sólo 808.000.000 dólares.

Mientras una persona en Japón tiene una esperanza de vida media de 82.67 años, en Swazilandia tendrá que resignarse a abandonar este mundo a los 31,99 años.

Mientras 2,75 niños de cada mil nacidos en Suecia han de morir antes de los 5 años, un poco más al sur, en Angola, el número de los que se verán forzados a hacerlo llega a los 182, 31.

Mientras el desempleo en Andorra es un término desconocido, en Liberia 85 de cada cien personas no tienen un trabajo con el que ganarse, literalmente, la vida.

Con el desarrollo global y el abaratamiento de las comunicaciones, lo que ocurre en un extremo del orbe se conoce en tiempo real en el extremo opuesto. La televisión y la internet transmiten a cada hogar imágenes del otro lado del mundo, con las que se alimentan los sueños de muchos. Si alguno de ellos logra cruzar la frontera, puede telefonear a la aldea más pequeña para anunciarlo, y dar a conocer, de paso, cómo se vive de aquél lado, con lo que se alimenta el sueño de otros. Las «líneas de tierra en África son aún costosas y poco confiables, pero los teléfonos celulares se están esparciendo en el continente con el ritmo de una invasión de langostas. En 1998, sólo 2 millones de africanos tenían teléfonos celulares. Cuatro años después, 30 millones». ¹⁰ Existen hoy 2168 millones de teléfonos celulares en el mundo y 1018 millones de usuarios de internet. En Senegal, con una población de 12.853.259, 4.123.000, esto es, un tercio del total, tienen teléfono celular, y 650.000 personas se conectan a diario a la web. En Mauritania, sobre un total de 3.364.940 personas, 1.300.000 tienen teléfono celular, casi la mitad, y 100.000 personas tienen acceso a las novedades de youtube. No sólo hay una mayor desigualdad global, sino que, gracias a las comunicaciones, hay un mayor conocimiento -y conciencia- de esa desigualdad.

Con la revolución en el área de los transportes, cada vez son

¹⁰ Guest, Robert, *The Shackled Continent: Africa's Past, Present And Future*, Macmillan, London, 2004, p. 207.

más cortas las distancias, y más baratos los pasajes. Y, si no hay dinero, pero hay ruta marítima -y un barco que la recorra- queda la esperanza de esconderse en él como polizón.

Con la movilidad cada vez mayor de los capitales a través de las fronteras -gozando del privilegio del que no gozan los seres humanos- cada vez es más fácil enviar dinero a casa, en una moneda diez, veinte o cien veces más fuerte que la local, para aliviar, un poco, la pobreza de la familia. Western Union, tan sólo, dice contar con 355.000 agencias distribuidas en más de 200 países¹¹, y el Banco Mundial estima que en 2006, los flujos de remesas mundiales superaron los 276.000 millones de dólares, de los cuales 206.000 millones de dólares se destinaron a países en desarrollo.¹²

Si indagamos más detenidamente sobre el universo de causas que llevan a las personas a migrar, gran parte de la doctrina suele clasificarlas en «migraciones voluntarias» y «migraciones forzadas».

Y así, los trabajadores migratorios o migrantes económicos suelen ser incluidos en la primera categoría, y los refugiados y desplazados internos -según hayan o no cruzado una frontera estatal, respectivamente- a la segunda.

De acuerdo al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hacia fines de 2007, había 11.4 millones de refugiados en el mundo, y 26 millones de desplazados internos. Los afganos (3 millones, principalmente en Pakistán e Irán) y los iraquíes (2 millones, principalmente en Siria y Jordania) componen prácticamente la mitad de todos los refugiados bajo el amparo del ACNUR a nivel mundial, seguidos por los colombianos (552.000), sudaneses (523.000) y somalíes (457.000). Entre los desplazados internos, hay 3 millones de colombianos, 2.4 millones en Irak, 1.3 millones en la República Democrática de Congo, 1.2 millones en Uganda y un millón en Somalia. El año pasado se registraron 647.200 solicitudes de asilo en 154 países, sobretodo en los más

¹¹ Cf. www.westernunion.com

¹² Cf. Send Me a Number, The Economist, 3 de enero de 2008.

ricos (Estados Unidos, Suecia, Noruega, Finlandia, Francia, Reino Unido, Canadá, Japón, Alemania, Grecia y España, aunque también en países de desarrollo medio, como Sudáfrica).¹³

Los refugiados, cabe señalar, son los que encuadran en la definición de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en su Protocolo Adicional de 1967 o en los instrumentos regionales de protección de los refugiados.

Ahora bien, ¿en un contexto de semejante disparidad y exclusión, puede ser tan clara la distinción entre unos y otros? ¿Puede ser tan nítida la frontera que los separa? El propio ACNUR, en una de las audiencias convocadas por la Corte Interamericana para la deliberación de la Opinión Consultiva aquí en trato, sostuvo que «carece de sentido trazar una línea estricta entre lo que son el desplazamiento voluntario y el desplazamiento forzoso de personas. La naturaleza y complejidad de los desplazamientos actuales dificultan la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados».¹⁴

¿Y qué decir de aquéllos que se desplazan como consecuencia de catástrofes naturales o de las consecuencias del cambio climático? A «falta de ayuda, Naciones Unidas les ha encontrado ya un nombre: toda esa gente pasará a ser refugiados ecológicos. Lo triste es que, contrariamente a los refugiados políticos que, en virtud de la Convención Internacional de 1951, tienen un estatuto, unas organizaciones que se ocupan de ellas –al menos teóricamente– y unos derechos –el derecho de asilo– las víctimas de desertización carecen de estatuto [...] Las Naciones Unidas calculan que actualmente hay más de doscientos cincuenta millones de refugiados ecológicos y mil millones más están amenazados de correr la misma suerte en los próximos diez años».¹⁵

¹³ Comunicado de Prensa de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR, 20 de junio de 2008.

¹⁴ Cf. Transcripción de la Opinión vertida por el ACNUR ante la Corte IDH en la OC-18.

¹⁵ Ziegler, Jean, *El Hambre del Mundo Explicada a mi Hijo*, El Aleph Editores, Barcelona, 2004, pp. 85 y 93.

¿Y qué decir de las 925 millones de personas que, de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) están hoy desnutridas¹⁶? Si se desplazan de un estado a otro ¿serán considerados refugiados o migrantes económicos? ¿No cabría, más bien, comenzar a hablar de los refugiados del hambre?¹⁷

Algunos escenarios de la migración internacional

El drama del desarraigo humano se despliega, a diario, en los siguientes escenarios:

Tren de aterrizaje. En 1999, Fodé Touré Keita y su hermano Alacine, guineanos de 15 y 14 años respectivamente, aprovechando la escala de un vuelo en Conakry, corrieron con sus sandalias y pantalones cortos por la pista del aeropuerto y se escondieron en el tren de aterrizaje del avión. Soñaban con llegar así al Primer Mundo. Sólo sus cuerpos congelados (a la altura promedio de un vuelo la temperatura llega a los -50° C), y una carta, lograron arribar a Europa. La carta decía: «Si ven que nos sacrificamos y que exponemos nuestras vidas es porque en África todos sufrimos y les necesitamos para luchar contra la pobreza y poner fin a la guerra en África. Sin embargo, nosotros queremos estudiar y les pedimos que nos ayuden a estudiar para ser como ustedes en África. Por último, les suplicamos que nos disculpen por osar escribirles esta carta, ya que son ustedes personas muy importantes a las que respetamos mucho. Pero no olviden que es a ustedes a quienes debemos quejarnos por la debilidad de nuestra fuerza en África».¹⁸

La Nación del Arcoiris. La «sequía convirtió al río que corría por debajo del Puente Beit en una masa de lodo». Ahora la marea

¹⁶ Cf. Chances of Halving World Hunger by 2015 «Remote»: FAO, Agence Presse, 18 de septiembre de 2008.

¹⁷ Cf. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Sr. Jean Ziegler, 19 de enero de 2007, A/HRC/4/30, p.17 y ss.

¹⁸ Cf. Ziegler, Jean, Los Nuevos Amos del Mundo, y aquéllos que se les resisten, Ediciones Destino, Colección Imago Mundi, Barcelona, 2003, pp. 11-12.

estaba por encima del puente, y era humana: un flujo constante de migrantes desesperados por salir de Zimbabwe y entrar en Sudáfrica, la tierra verde gorda en promesas. Comerciantes, refugiados, hambrientos, aterrorizados y los saltadores de fronteras quienes, si no pueden cruzar el puente hoy, vendrán mañana, o intentarán por puntos menos controlados, arriesgándose a los cocodrilos del Limpopo y a los leones de la sabana, hacia el sur. El Sur era la Salvación.¹⁹ Algunos tanzanianos hablan de Johannesburgo como la «pequeña Londres». Se calcula que uno de cada cuatro personas del Pequeño Londres es extranjera. Maestros de Zimbabwe, forzados por el hambre y la represión, trabajan como guardias de seguridad y empleados de comercio. Abogados congoleños se ofrecen como mozos y cocineros.²⁰ Pero, una vez en territorio de la Nación del Arcoíris (Rainbow Nation), se expone a que la deporten -en 2007 el gobierno expulsó un promedio de 4000 inmigrantes por semana²¹ o, peor aún, a que la prendan fuego en una de las olas de violencia xenófoba que azotan al país.²²

Reciclaje I: Guantánamo. Antes de que la base naval de Estados Unidos en Guantánamo fuese uno de los escenarios de la guerra global contra el terrorismo, funcionó como centro de detención de los más de 34.000 haitianos interceptados por la Guardia costera estadounidense después del Golpe de Estado de 1991. Entre ellos, había un campo especial, llamado Bulkeley, para los 268 refugiados haitianos con HIV, cuyas condiciones eran tan terribles que llevaron al juez federal Sterling Johnson a considerarlas un castigo cruel prohibido por la Enmienda 8^a de la Constitución.²³

Reciclaje II: Rivesaltes. Antes de funcionar como Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) entre 1986 y 2007, el Campo

¹⁹ Hope, Christopher, *Brothers Under the Skin: Travels in Tyranny*, Picador, London, 2003, p. 1.

²⁰ You don't have to be rich, *The Economist*, 3 de enero de 2008.

²¹ Keep Out, *The Economist*, 3 de enero de 2008.

²² Cf. Violencia Xenófoba en Sudáfrica: 13.000 personas piden refugio, *Clarín*, 21 de mayo de 2008.

²³ Cf. Farmer, Paul, *The Uses of Haiti*, Common Courage Press, Monroe, 2006, p. 228.

Joffre de Rivesaltes, en el sur de Francia, sirvió como campo de internamiento de los republicanos tras la Guerra Civil Española y, bajo el régimen de Vichy, como campo de concentración de más de 15.000 judíos, llamado «Centro Nacional de Concentración de Israelitas de Rivesaltes».²⁴

Cayucos y pateras. «Lo que sucedía en Saint Louis, Senegal, bien podría llamarse la evacuación masiva de África tanto como «migración ilegal». En el atestado barrio de pescadores de Saint Louis, se hablaba de canoas más grandes, o de introducir más barriles de combustible diesel en las bodegas, recreando el antiguo cruce de esclavos hacia el Caribe».²⁵ En los últimos dos años murieron oficialmente unas 20.000 personas tratando de llegar a Europa. Extraoficialmente esa cifra es mucho más elevada. La Media Luna Roja y otras organizaciones humanitarias como la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía calculan que al menos uno de cada tres cayucos que parten de África nunca llega a las costas españolas y que al menos otro 10% de los que logran cruzar fallece en el camino [...] Aquí se cuentan los cuerpos que llegan, pero se trata sólo de una parte. No se contabiliza a las víctimas que cayeron en el Sahara tratando de alcanzar Argelia o Libia.²⁶ A veces, para poder subirlos al muelle tienen que utilizar una vieja balanza atunera. Van cargando los cuerpos de a cuatro o cinco y los suben como si fueran pescados para vender en el mercado. Los cementerios de todas las Canarias están repletos de tumbas con inscripciones como «immigrante sin identificar 26/07/06». En Nuadibú, el puerto de Mauritania desde donde parten los cayucos que quieren alcanzar las Canarias, hay un cementerio enorme donde trabajan inmigrantes de Mali, Camerún o Burkina Fasso. Cavan tumbas para

²⁴ Cf. Mamelli, Flavia, Fuera de mi País, Artemisa Noticias, 2 de junio de 2008.

²⁵ Cf. Salopek, Paul, El Lado Cruel de Africa, National Geographic, Abril de 2008, p. 25.

²⁶ Hallan Muertos a 14 inmigrantes africanos, Clarín, 4 de septiembre de 2008, p. 24; Cinco Muertos en el Mar de Sicilia, Clarín, 2 de agosto de 2008.; Inmigrantes Africanos y sus bebés mueren al intentar llegar a España, Clarín, 11 de julio de 2008; Una Nueva Tragedia con inmigrantes afecta a España, La Nación, 10 de julio de 2008; Mueren Ahogados al Menos 146 inmigrantes que iban a Italia, Clarín, 17 de junio de 2008.

los que devuelve el mar y para juntar dinero que les permita subirse a un cayuco.²⁷

Muro I. India está terminando la construcción de una barrera de hierro de 2.5 metros de alto a lo largo de los 4100 km de frontera con Bangladesh, a un costo de más de 1 billón de dólares, con el objeto de demarcar una frontera por ahora porosa y mantener fuera a los bengalíes pobres.²⁸

Muro II. Los mexicanos también se enfrentan a las inclemencias de las barreras naturales. Con agua inadecuada, bebidas energizantes, ajo para ahuyentar a las serpientes de cascabel y una pata de cabra para la suerte, los mal preparados mueren en números alarmantes en el desierto de Arizona. Desde el año 2000, sólo alrededor de Tucson, se han encontrado 1137 cuerpos.²⁹

La reja de Melilla. «El cruce duró cinco noches: de día, los veinte viajeros de la 4x4 se escondían en cuevas y esperaban el atardecer. Todavía le faltaba mucho para llegar a Marruecos: tenía que atravesar Argelia. Adama viajaba de noche, clandestino; a veces caminaba; otras se subía a un camión. A veces se quedaba varado cuatro o cinco días en un oasis, sin encontrar transporte -o temiendo un control policial-; tardó casi dos meses en atravesar el desierto, la cordillera del Atlas, y llegar a la frontera marroquí. Allí unos traficantes lo cruzaron, en cuatro noches de caminata insoportable, hasta Oujda, y después un bus lo llevó hasta Nador, la ciudad marroquí vecina de Melilla. Melilla es un territorio español en el continente africano, separado de Marruecos por un muro de rejas. Adama recorría esa reja cada noche, mirando Europa allí, tan cerca, al alcance de los ojos, y buscando la manera de entrar. Sabía que algunos saltaban, pero no parecía fácil. Tres años más tarde los migrantes inventarían la técnica de la avalancha: cientos de personas tirándose, juntas, contra la reja. Pero en esos días el salto era una

²⁷ Europa Blindada: los que quedan en el camino, Clarín, 2 de septiembre de 2008, p. 24.

²⁸ Keep Out, The Economist, 3 de enero de 2008.

²⁹ Keep Out, The Economist, 3 de enero de 2008.

empresa individual».³⁰

Polizones. En los últimos años, cientos de niños y jóvenes de África Occidental -sobre todo Costa de Marfil, Guinea Conakry, Sierra Leona y Liberia- se han escondido en los habitáculos de las hélices de los barcos, sus bodegas, sus portaequipajes, sus chimeneas y han viajado, desde veinte días a dos meses, con poca agua y comida, hasta llegar a las costas argentinas. Son nuestros queridos polizones afroargentinos, los que sólo al desembarcar aquí saben que han pisado la tierra de Maradona, donde anhelan estudiar, trabajar, y llevar una vida digna.³¹

¿Bajo control?

Los economistas hace tiempo que están tratando de convencer a los políticos -y a sus sociedades- que la inmigración es, a todas luces, beneficiosa. En «términos económicos, la inmigración de trabajadores poco calificados tiende a ser beneficiosa para el país de origen, el país de llegada, y el migrante. Un trabajador poco calificado que arriba a un país rico experimenta un salto inmediato en sus ingresos en una proporción de diez o más. El empleo del migrante tiende a tener lugar en áreas complementarias a la fuerza de trabajo en el país de destino que ofrecen beneficios significativos para la población local. Y parte de los ingresos es enviada a casa como remesas, contribuyendo así a un aumento del consumo en los miembros de las familias que quedaron en las aldeas. Si bien los trabajadores poco calificados pueden competir con los trabajadores poco calificados del país de destino, y bajar sus salarios como consecuencia, el efecto tiende a ser pequeño. Los migrantes son, en

³⁰ Cf. Caparrós, Martín – Shiveshwarkar, Shyamala, Jóvenes en Movimiento, Investigación realizada para el Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones (UNFPA), disponible en http://www.unfpa.org/swp/2006/moving_youth/preface.html

³¹ Cf. Ripetta, María Helena, Los 28 Afroargentinos, Crítica, 20 de junio de 2008; Los Refugiados que llegan a buscar una vida mejor, El Día, 20 de junio de 2008; Ercolano, Clarisa, Refugiados. La Argentina, una tierra distante y atractiva, La Nación, 21 de junio de 2008; Schijman, Bárbara, En Busca de Cobijo, La Nación Revista, 22 de junio de 2008.

la jerga económica, principalmente complementos más que sustitutos de la fuerza de trabajo local».³²

Por otra parte, desde la Segunda Guerra Mundial, las tasas de natalidad cada vez más bajas, sumadas al incremento en la expectativa de vida media, ha reducido la cantidad de personas en edad económicamente activa en los países centrales. Salvo que los inmigrantes satisfagan el faltante, los ingresos estatales y el crecimiento económico han de verse bajo una presión creciente. En este sentido, los países que más necesitan de inmigrantes son Japón y Europa.³³

Por otra parte, «de acuerdo a Lant Pritchett, de la Escuela de Gobierno de Harvard, una migración global más acelerada a la actual generaría grandes beneficios a los países más pobres, excediendo con creces los beneficios que en conjunto ofrecen la cooperación al desarrollo, la reducción de deuda y las reformas al comercio mundial propuestas en el marco de las Rondas de Doha. Si los trabajadores fluyeran sin restricciones, los sistemas políticos y sociales se verían distorsionados en gran escala, pero la pobreza global sería reducida significativamente. Un estudio en 1984 sugirió que si los flujos de trabajo se liberaran completamente, el volumen de la economía global se duplicaría. Otro estudio en 2003 puso más modestamente el incremento del PBI global en un 10%. Una estimación hecha en el 2004 consideró que el impacto de dejar entrar en los países de la OCDE a 16 millones de inmigrantes implicarían un incremento económico de 156 billones de dólares, o el 0.6% del PBI global; no un gran incremento, pero de nuevo los pobres serían los ganadores».³⁴

En la década del noventa, muchos fueron los países que disfrutaron de un boom económico gracias al sudor de los migrantes. España es el miembro de la Unión Europea que más inmigrantes

³² Sachs, Jeffrey, Common Wealth, The Penguin Press, New York, 2008, p. 237.

³³ Jordan, Miriam, Currents: With millions on the Move, This Guide Maps the Route to Prosperity, en The Wall Street Journal, 19 de septiembre de 2008.

³⁴ The Long Term, Too Much or Not Enough? The Economist, 5 de enero de 2008.

latinoamericanos recibió, en especial ecuatorianos, colombianos y argentinos. Es también uno de los países que más se beneficiaron con el aluvión migratorio del siglo XXI. Si Irlanda creció exponencialmente, en parte, gracias a los inmigrantes de Europa del Este³⁵, España lo hizo sobre la base de quienes llegaron de Marruecos y América Latina. En 2006, un informe del gobierno español indicó que el 30% del crecimiento del PBI local en los 10 años anteriores debía ser asignado al proceso de inmigración.³⁶

Con la crisis económica en los países centrales, empero, los discursos y las políticas migratorias en los países centrales han cambiado. Migrantes: gracias por su aporte al crecimiento económico de la última década, pero ahora tienen que irse.

Gordon Brown, cuyo partido laborista ha autorizado altísimos niveles de inmigrantes en los últimos años, recientemente reclamó «trabajos británicos para empleados británicos». David Cameron, líder de la oposición del Partido Conservador, sostiene que desea una inmigración sustancialmente menor.

En Francia, Nicolas Sarkozy fue en la campaña presidencial tan hostil hacia los inmigrantes como Le Pen, y obtuvo la presidencia.

A raíz de la muerte de una mujer en Roma en octubre del año pasado, supuestamente a manos de un gitano, se expulsaron a todos los gitanos con antecedentes penales, se destruyeron con topadoras campos de inmigrantes rumanos y hubo episodios de violencia xenófoba contra los inmigrantes en distintos puntos del país. Berlusconi recurrió al derecho penal para gestionar la inmigración, y sacó a las tropas a la calle contra el crimen y los «sin papeles».³⁷

El segundo partido político más importante de Noruega, el Partido del Progreso, propone frenar la inmigración de extranjeros

³⁵ Cf. Of Bedsheets and bison grass vodka, The Economist, 3 de enero de 2008.

³⁶ El Mercosur cierra filas y prepara una dura declaración contra la Unión Europea, La Nación, 1 de julio de 2008.

³⁷ Cf. Algañaraz, Julio, Italia Saca tropas a la calle contra el crimen y los «sin papeles», Clarín, 30 de julio de 2008; Italia, en la mira de los europeos por el trato a los inmigrantes, Clarín, 21 de Mayo de 2008.

que vienen «de lejos».

El Partido del Pueblo en Suiza obtuvo el 29% de los votos en las elecciones de octubre con una campaña gráfica en la que una oveja blanca pateaba fuera de la unión a una oveja negra.³⁸

En España, comenzaron a subsidiar el retorno de los migrantes a sus países³⁹ y hubo 14.660 «alejamientos» de indocumentados en los primeros meses de este año.⁴⁰

En respuesta a la demanda creciente de control migratorio, Frontex, la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, ha visto su presupuesto aumentar de 6.2 millones de euros en su creación (2004) a 22.2 millones más 13 millones de reserva en 2007. Su lema, curiosamente, es «Libertas, securitas, justitia».⁴¹

Asimismo, los 27 países de la Unión Europea aprobaron la infame «Directiva de No retorno» a través de la cual pretenden promover una migración controlada y circular⁴²: una fórmula que les garantice beneficios, sin los costos.⁴³

³⁸ The Politics of the Gun, The Economist, 3 de enero de 2008.

³⁹ Cf. España aprobó el plan Retorno, Página 12, 20 de septiembre de 2008; España busca una repatriación voluntaria de los inmigrantes, La Prensa, 20 de septiembre de 2008.

⁴⁰ Cf. Zapatero defiende la polémica ley que expulsa a inmigrantes, Clarín, 20 de junio de 2008.

⁴¹ Cf. www.frontex.europa.eu

⁴² Cf. Circulate or Integrate?, The Economist, 3 de enero de 2008.

⁴³ Cf. La UE acuerda un pacto común de inmigración, Página 12, 25 de septiembre de 2008; Walgandt, Alejandra, Un No Rotundo a la Directiva Retorno, Artemisa Noticias, 2 de septiembre de 2008; Pisani, Silvia, Unánime Apoyo de la UE al Pacto Migratorio, La Nación, 8 de julio de 2008; Impulsa Francia un pacto contra los ilegales, La Nación, 1 de julio de 2008; La Unión Europea Defendió su plan Inmigratorio, La Nación, 21 de junio de 2008; La UE se endurece con los ilegales, La Nación, 19 de junio de 2008; Idafe, Martín, Europa Lanza una Ofensiva Total para echar a los «sin papeles», Clarín, 19 de junio de 2008; Aprueba la UE la ley para expulsar ilegales, La Nación, 18 de junio de 2008.

Ello a pesar de que la Comisión Europea (CE) no cesa de publicar estudios que señalan la urgente necesidad de extranjeros para compensar el imparable envejecimiento de la población en el bloque [...] Sobre la base de sus proyecciones demográficas, la CE ha calculado que Europa necesita entre 50 millones y 100 millones de inmigrantes hasta 2060.⁴⁴

Hay que tener en cuenta que la «situación de los inmigrantes en Europa está vinculada estrechamente al desarrollo del mercado del trabajo, donde se reproduce una situación de subordinación y una diferenciación muy grande entre las condiciones de los inmigrantes y de los europeos. Al mismo tiempo, hay una tendencia a la etnicización del mercado de trabajo, que es bastante nueva en Europa a diferencia de Estados Unidos. Pero también hay que mirar más allá. El cierre de Europa hacia los inmigrantes también tiene relación con el impasse en el proceso de integración política en Europa, lo cual provoca un repliegue sobre identidades nacionales que son la condición para ver al otro, al extranjero, como enemigo. [...] Cuando esto pasa, hay que producir imágenes del enemigo y el otro, el inmigrante, es el enemigo perfecto. En este sentido, lo que hoy se presenta como una crisis de la inmigración en Europa, es una crisis del sentido de ciudadanía.⁴⁵

Del otro lado del Atlántico, en Estados Unidos, se puso en funcionamiento el sistema IAFIS, Integrated Automated Fingreprint Identification System, que contiene hasta el presente 55 millones de personas con datos biométricos. También hizo su aparición el sistema E-Verify, Employment Elegibility Verification Program, que cuenta ya con 69.000 empleadores usuarios voluntarios y evacuó 4 millones de consultas en el año 2008. A través de ellos, un empleador puede conocer si un migrante está en condiciones de trabajar o no. El sistema coteja con los 444 millones de registros de Seguridad Social y los 60 millones de registros de la Homeland Security.

⁴⁴ La Nación, 1º de Julio de 2008, La urgente necesidad de extranjeros.

⁴⁵ El extranjero es el enemigo perfecto: entrevista a Sandro Mezzadra, Crítica, 2 de agosto de 2008.

Según Numbers USA⁴⁶, hay 11.000 agentes controlando la frontera entre Estados Unidos y México. Su Presidente, Roy Beck, sostiene que de 3000 miembros activos que la organización tenía en 2001 ha pasado a ser de 490.000 ahora.⁴⁷ Desde la Secure Fence Act de 2006, ha de construirse un muro de 670 millas a lo largo de las 1969 millas de la frontera. Además, hay 18.000 oficiales en los pasos fronterizos y 15.000 adicionales (que han de incrementarse a 18.000 para fines de año) que patrullan entre las fronteras. Y si el gobierno no lo hace, los miembros de Numbers, u otras organizaciones, ponen sus manos a la obra.⁴⁸

Ahora bien, «la experiencia demuestra que cuando los sistemas migratorios son particularmente restrictivos, la inmigración indocumentada o irregular aumenta, por la imposibilidad de entrar regularmente. De esta manera, las políticas migratorias rígidas terminan contribuyendo al incremento de la migración irregular y dan lugar a uno de los más graves delitos contra los derechos humanos, como es el tráfico ilícito de personas a través de las fronteras. En 2002, las cifras estimadas del negocio global del tráfico de seres humanos ascendían a 7000 millones de dólares».⁴⁹

Las tarifas más altas cobradas por los traficantes reflejan la mayor dificultad, como así también el riesgo y peores condiciones del traslado [...] Hace diez años un viaje de México a Phoenix, Arizona, costaba \$250-500, pero ahora rondan los \$3000. Si se es un OTM (other than mexican), las tarifas son aún más altas.⁵⁰

En palabras de Goethe, la ley es poderosa, pero mucho más poderosa es la necesidad.

Hasta aquí he querido presentar el contexto en que tiene lugar

⁴⁶ www.numbersUSA.com Se trata de una organización voluntaria cuyos miembros se proponen poner un freno a la migración.

⁴⁷ The Politics of the Gun, The Economist, 3 de enero de 2008.

⁴⁸ Keep Out, The Economist, 3 de enero de 2008.

⁴⁹ Ambrossi, Eugenio, Representante de la Oficina para el Cono Sur de América Latina de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), La Nación, 25 de julio de 2008.

⁵⁰ Keep Out, the Economist, 3 de enero de 2008.

la migración internacional, a modo de telón de fondo para comprender, a cabalidad, la dimensión y los alcances de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana.

La solicitud de Opinión Consultiva

El 10 de Mayo de 2002 los Estados Unidos Mexicanos solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados.

Ello dio lugar al procedimiento consultivo más amplio de la historia de la Corte Interamericana⁵¹.

Como resultado del mismo, el día 17 de septiembre de 2003 la Corte adoptó, por unanimidad⁵², la Opinión Consultiva aquí analizada, convirtiéndose así en el primer tribunal internacional en pronunciarse sobre esta materia como tema central.

Contexto específico que motivó la consulta

Al momento de solicitarse la opinión consultiva, existían, aproximadamente, 5.998.500 trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional, de los cuales 2.490.000 eran trabajadores migrantes indocumentados que, al carecer de una situación migratoria regular, se convertían en un blanco natural para la explotación humana y laboral, debido a su condición vulnerable, y

⁵¹ Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Voto Concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, pár. 2 y su nota. Además de un considerable volumen de escritos, el procedimiento contó con dos audiencias públicas, la participación de doce estados acreditados (entre los cuales cinco intervinieron en las audiencias), la Oficina Regional del ACNUR, nueve entidades de la sociedad civil y de la academia de diversos países de la región y del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

⁵² Deliberaron y suscribieron la opinión el Presidente de la Corte, Antonio A. Cançado Trindade, el Vicepresidente, Sergio García Ramírez y los jueces Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli.

eran objeto de incontables actos de discriminación y xenofobia.⁵³

Si bien el estado mexicano omitió nombrar al «estado americano» donde la explotación tendría lugar, es claro que sus críticas se proyectaban al país situado al norte del Río Bravo.

En efecto, la consulta fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos un mes y medio después de que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, decidiera en el caso conocido como *Hoffman Plastic Compounds*, que los trabajadores migrantes indocumentados despedidos indebidamente por formar sindicatos, no tienen derecho al pago de salarios caídos, de acuerdo con la National Labor Relations Act. Ello por cuanto, según la opinión del tribunal, permitir a la National Labor Relations Board que reconozca el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales, perjudicaría las prohibiciones estatutarias fundamentales para la política federal de inmigración, lo cual estimularía la sustracción de las personas a las autoridades migratorias, perdonaría las violaciones que se realicen a las leyes de inmigración y fomentaría futuras infracciones.

¿A quién alcanza el contenido de la Opinión Consultiva?

La Corte sostuvo que «todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los estados miembros de la OEA que han firmado indistintamente la carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o algunos de sus protocolos facultativos» (pár. 60).

Si la Corte hubiese anclado la interpretación tan sólo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los dos países receptores de mayor volumen de inmigrantes de la región, Estados Unidos y Canadá, habrían quedado excluidos de los alcances de la Opinión.

⁵³ Cf. Observación escrita de los Estados Unidos Mexicanos, según obra en el pár. 47 de la OC.

Toda vez que ninguno de esos estados ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni reconoció la competencia contenciosa de la Corte, nunca se verán obligados a responder por violaciones a los derechos humanos en esta materia ante la Corte. Pero los lineamientos trazados por la Corte en la Opinión podrían servir de guía para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos les atribuya responsabilidades, en virtud de la Declaración Americana.

Los lineamientos fundamentales de la Opinión Consultiva N° 18

1. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (parágrafos 70 a 110)

La Corte comenzó el análisis de la cuestión señalando que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales (pár. 74 y su nota) y en la jurisprudencia constante del tribunal⁵⁴ y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵⁵, por lo que, con este propósito, «los estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental» (pár. 81).

Luego indicó que existe un vínculo indisoluble entre dicha obligación y el principio de igualdad y no discriminación, en virtud de lo cual los estados están obligados a «respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio

⁵⁴ Corte IDH, Caso «Cinco Pensionistas». Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163; Cf. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154; Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 178; Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; Caso Hillaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213 y Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

de los derechos y libertades sin discriminación alguna» (pár. 85).

Ahora bien, ¿qué se entiende por discriminación? Para la Corte, resulta necesario hacer una diferenciación entre los términos «distinción» y «diferenciación». El primero se emplea para lo «admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo». El segundo, para hacer referencia a «lo inadmisible por violar los derechos humanos, esto es, toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos» (pár. 84).

Como corolario de lo anterior, «no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana»⁵⁶. Una distinción es discriminatoria cuando «carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho no sólo debe buscar un fin legítimo [...] sino que debe haber también una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo».⁵⁷

O, en los términos utilizados por la Corte Interamericana, «no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma».⁵⁸

Ahora bien, ¿qué tan importante, o fundamental, es el principio de igualdad y no discriminación? Para la Corte, en la

⁵⁶ Corte IDH, Condición Jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45 y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case Relating to Certain Aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium, 23 de julio de 968, Serie A 1968, párr. 10.

⁵⁸ Corte IDH, Condición Jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 56, párr. 57.

actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

Una norma de *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional a la cual ningún tratado, convención o norma de derecho interno puede oponerse, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esto es de vital importancia pues es la primera vez en la historia que un tribunal internacional le asigna al principio de igualdad y no discriminación la más alta jerarquía normativa.

A partir de ello, el principio es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas» (pár. 100).

De ello, en opinión de la Corte, se derivan dos efectos. El primero, que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Y segundo, que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

2. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (parágrafos 111 a 127)

A la hora de aplicar el principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, la Corte partió del presupuesto de su vulnerabilidad, por cuanto, en su opinión, se «encuentran en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes, traducida en situaciones de desigualdad *de iure* y *de facto*» (pár. 112), y por cuanto «existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los perjuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes en la sociedad y llevan a la

impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su nombre» (pár. 113).

Por lo tanto, «los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales siempre deben aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso» (pár. 119).

Aquí aparece otra definición de trascendental importancia: el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio (pár. 121).

Más aún, «para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia [...] La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas».⁵⁹

El elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter», tal como se desprende del artículo 8.1 de la Convención Americana y de la jurisprudencia

⁵⁹ Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías mínimas del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 117 y 119.

constante de la Corte⁶⁰. Y la administración no está excluida de este deber, por lo que las garantías deben respetarse también en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La Corte mencionó dos formas de vulneración del derecho a las garantías (aunque a título ejemplificativo): «por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, por cuanto el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real» (pár. 126).

Derechos de los migrantes indocumentados (parágrafos 128 a 160)

En la opinión de la Corte, «los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador [...] Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición» (pár. 133).

Si esto es así, «el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo» (pár. 134).

Así, «en el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados» (pár. 139).

Pero, como de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)

⁶⁰ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 55, párr. 124; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69 y Garantías Judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

(pár. 140), el Estado «no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares internacionales mínimos (pár. 148).

Más aún, hay casos en los cuales «es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales» (pár. 154).

Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

La política migratoria está «constituida por todo acto, medida u omisión institucional que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio» (pár. 163).

En ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias , «es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores» (pár. 169).

En consecuencia, toda la política migratoria debe estar subordinada al respeto y garantía de los derechos humanos y no al revés.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por ello, al ratificar un instrumento de derechos humanos, el Estado no sólo debe adecuar todo su ordenamiento jurídico interno para cumplir con sus obligaciones, sino que es menester que «los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo,

legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable» (pár. 171).

Implementación de los estándares de la Opinión Consultiva N° 18 en el derecho interno de la República Argentina

Breve panorama del fenómeno migratorio en Argentina

Hacia 1914 Argentina tenía, de acuerdo a los censos oficiales, un 30% de población no nativa -el máximo porcentaje de su historia-, del cual un 2% provenía de países limítrofes y el 28% restante de otros países, sobretodo europeos.

A partir de entonces, la proporción de población no nativa sobre el total ha ido disminuyendo continuamente. Así, en el censo de 1947 representaba un 15%, en el de 1960, un 13%, en el de 1970, un 9%, en el de 1980, un 7%, en el de 1991, un 5% y, finalmente, en el de 2001, un 4,1%.⁶¹

Otro fenómeno que se observa es que la migración proveniente de los países limítrofes se ha mantenido desde 1914 a 1991 en niveles constantes, siendo representativa del 2% del total, y ha ido disminuyendo a la par la población oriunda de otros países, sobretodo europeos. Es recién en el censo de 1991 que la población oriunda de países limítrofes superó a la proveniente de otros países, con un 3% sobre el total.

El censo de 2001 (después de la década de la paridad cambiaria con el dólar estadounidense, gracias a la cual supuestamente se había dado una «invasión» de inmigrantes de los países limítrofes) registró tan sólo 2,8 % de personas provenientes de países limítrofes, sobre un total de 36.260.00 personas.

Dentro del universo total de migrantes que ha recibido la Argentina, sólo una mínima proporción correspondió a quienes

⁶¹ INDEC, Censos Nacionales de Población, Serie Histórica, Origen de la Población Nativa y no Nativa según Censos Nacionales. 1914-1991.

solicitaron el asilo en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Sin contar con los refugiados políticos que Argentina recibió en los años 70, desde la creación del Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE) en el año 1985 a la fecha, ha habido aproximadamente 11.000 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, esto es, un promedio de 500 a 600 solicitudes anuales, de personas provenientes de más de 66 países, aunque en mayor medida de Perú (34,25%), Rumania (13,21%) y Cuba (7.51%).⁶²

Argentina, empero, no sólo ha sido un país receptor de migrantes, sino también país generador de migración, forzada y no forzada. Si bien no se cuenta con estadísticas certeras, el Ministerio de Relaciones Exteriores calcula que aproximadamente hay 1 millón de argentinos viviendo en el exterior, pero organizaciones privadas, sobre la base de relevamientos de campo, consideran que la cifra real sería el triple de la anterior.⁶³

Hitos de cumplimiento de los estándares de la OC-18 por parte del Estado Argentino

Aprobación de la nueva Ley de Migraciones N° 25.871

Exactamente tres meses después de que la Corte Interamericana emitiera la Opinión Consultiva N° 18, el 17 de diciembre de 2003, el Congreso de la Nación Argentina aprobó la ley de Migraciones N° 25.871.

El proyecto que dio lugar a la sanción de la ley había sido presentado por el Diputado del Bloque Socialista Rubén Héctor Giustiniani el día 20 de marzo del mismo año.

De esta manera, mediante la nueva ley, se derogó la ley de la dictadura N° 22.439, conocida como «Ley Videla» y el Decreto N° 1023/94 que, en tiempos de democracia ya, la había reglamentado.

⁶² Estadísticas oficiales del CEPARE, disponibles en http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3368

⁶³ Cf. www.argentinosexterior.org.ar

La Ley 25.871 es una de las legislaciones más avanzadas del mundo en la protección de los derechos humanos de los migrantes, y, en líneas generales, está a la altura de los estándares delineados por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva N° 18.

No es el objeto del presente artículo analizar pormenorizadamente los principios e innovaciones de la ley, pero merece destacarse, en particular, la definición amplia de inmigrante (artículo 2), el reconocimiento de los derechos a la migración como esencial e inalienable de la persona (artículo 4), a la salud, asistencia social o atención sanitaria y a la educación en todos los niveles independientemente de la situación migratoria del migrante (artículos 7 y 8), a la reunificación familiar (artículo 10), a la participación en las decisiones relativas a la vida pública (artículo 11) a la no discriminación (artículo 13), a percibir salarios y toda otra prestación que le pudiere corresponder aún después de una orden de expulsión (artículo 67), para lo cual «el interesado deberá contar con oportunidad razonable, aún después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplimentar sus obligaciones pendientes (artículo 68), a la intervención judicial previa a la efectivización de una orden de expulsión (artículos 70 y ss) y a recurrir las decisiones que puedan afectar sus derechos o intereses (artículos 74 y ss).

La ley 25.871 aún no ha sido reglamentada. Distintos organismos del estado intervinieron en la redacción de un anteproyecto de reglamentación y luego, mediante la Disposición DNM N° 37130/08, se creó una Comisión Asesora para la Reglamentación, integrada por representantes de organizaciones internacionales y de la sociedad civil.

Finalmente, el pasado 8 de octubre se presentó en la Casa Rosada el Proyecto de Reglamentación de la ley, después de casi cinco años de la publicación de la ley, pero al momento de escribirse estas líneas no había sido aún aprobado por la Presidenta de la Nación.

Puesta en marcha del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria

Mediante el dictado de los Decretos del Poder Ejecutivo

Nacional N° 836/04, 578/05 y de la Disposición DNM N° 53.253/05 se creó el marco normativo para la implementación del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria, conocido como «Patria Grande».

Esto ha permitido a 565.831 personas de los países de Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile, Perú, Venezuela, Colombia y Ecuador, regularizar su situación migratoria en la Argentina.⁶⁴

Ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias

Este tratado internacional, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158 del 18/12/1990 y que entró en vigencia el 1º de julio de 2003, es el instrumento que de modo más claro y omnicomprensivo protege los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias (en el ámbito universal, puesto que en el ámbito interamericano, a la luz de la Opinión Consultiva N° 18 aquí analizada, la Convención Americana y los demás instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ofrecen una protección internacional por demás amplia). Tristemente, al escribirse estas líneas, el instrumento cuenta con 29 estados signatarios y 39 estados parte, pero ninguno de los países de la OCDE -los mayores receptores de inmigrantes- está entre ellos. La República Argentina lo firmó el 10 de agosto de 2004 y lo ratificó el 23 de febrero de 2007.

Aprobación de la Ley de Reconocimiento y Protección del Refugiado N° 26.165

El 8 de noviembre de 2006 el Congreso de la Nación saldó otra de las deudas pendientes, al aprobar la primera ley de protección de refugiados de la historia argentina (desde el año 1985 el

⁶⁴ Dirección Nacional de Migraciones, Características de la Población Regularizada bajo el amparo del «Patria Grande», Informe actualizado al 31 de diciembre de 2007.

instrumento que regulaba la protección de los refugiados era el Decreto Nº 464/85). No he de explayarme aquí sobre los principios de la ley, limitándome a resaltar la definición amplia de refugiado (artículo 4), la equiparación en términos de derechos entre el refugiado y el solicitante de asilo (artículo 2), el reconocimiento del principio de unidad familiar (artículo 5), de la prohibición de devolución y expulsión (artículo 7), de la creación de una Comisión Nacional de Refugiados (CONARE), como instancia no sólo de elegibilidad, sino también de planificación de políticas públicas para refugiados y solicitantes de asilo (artículo 25), y la consagración de las garantías del debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado (artículos 32 y ss).

Decreto Nº 1718 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Firmado el 26 de noviembre de 2007, establece que las personas extranjeras que obtengan la residencia precaria en el país podrán iniciar, impulsar y concluir trámites en las dependencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como así también obtener la licencia de conducir y proceder a la apertura de cuentas bancarias en el Banco Ciudad.

Algunos fallos judiciales de relevancia

1. La resolución administrativa de la Presidencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de fecha 29/7/08, en los autos «Casado Quintana, Santiago José», declaró la inconstitucionalidad del art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional en cuanto establece como requisito para el ingreso al Poder Judicial de la Nación que el agente tenga la nacionalidad argentina.

2. En igual sentido al anterior, la CSJN, en el caso «Mantecon Valdes, Julio c/Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Concurso Biblioteca», Rto. el 12/8/08, compartió los argumentos que había esgrimido el Procurador General, quien señaló que la demandada no había podido satisfacer el test de necesidad,

razonabilidad y proporcionalidad para excluir, a la luz del artículo 11 del Reglamento de la Justicia Nacional, a una persona de nacionalidad cubana para un concurso para el ingreso al Poder Judicial de la Nación.

3. CSJN, R.A, D c/ Estado Nacional, de fecha 4 de septiembre de 2007 (Fallos 330:3853). La CSJN declaró la inconstitucionalidad del Decreto 432/97 en cuanto exigía 20 años de residencia a los extranjeros para gozar de una pensión por discapacidad.

4. Cámara Nacional del Trabajo, EGLD c/ Rovepe SRL, 20 de mayo de 2008. La Cámara del Trabajo resolvió que la situación migratoria irregular del empleado no exime al empleador de abonarle los salarios y demás prestaciones nacidas de la relación laboral.

Los desafíos pendientes

Mucho se ha avanzado en los últimos tiempos en la adecuación del derecho interno argentino a los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 18, a fin de proteger adecuadamente los derechos humanos de los migrantes.

Pero, como sostuvo la Corte, no alcanza sólo con la adecuación normativa al derecho internacional. Hay mucho por hacer en términos de difusión del nuevo ordenamiento, capacitación y sensibilización de todos los actores intervinientes en la materia y a la sociedad en general, de modificación de prácticas, discursos y actitudes discriminatorias fuertemente arraigadas y de adecuación de la infraestructura y de recursos humanos y materiales para cumplir a cabalidad con los principios y lineamientos que nos hemos comprometido a cumplir.

Sólo así estaremos a la altura de un país que, en su carta constitutiva, invitó a formar parte del proyecto de construcción de la Nación a «todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino».

NIÑOS

El caso «Servellón García y otros vs. Honduras». La encrucijada entre el Estado de derecho y el Estado de pandilla¹

Por Damián R. Muñoz

I. Introducción

Aún a riesgo de resultar excesivamente simplista, es posible señalar que en diversos contextos históricos, ante determinada emergencia (sea real, sobredimensionada o, directamente, falsa), los Estados -o, al menos, algunos aparatos estatales- suelen «mimetizarse» con aquello que proclaman enfrentar, adoptando de este modo la lógica y las prácticas que discursivamente rechazan.

Quizás, como ejemplo paradigmático, baste con resaltar que lo que se conoce como terrorismo de Estado, no es más que la adopción de la lógica y práctica terrorista para enfrentar una determinada emergencia que supuestamente pone en peligro los principios y valores que aquél mismo Estado proclama salvaguardar².

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Servellón García Vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).

² Cabe señalar que el Estado Terrorista ha sido caracterizado bajo la «necesidad de estructuración -casi con tanta fuerza como el Estado Público- del Estado Clandestino y como instrumento de éste, el terror como método. (...) Así este modelo específico, como un Jano bifronte, se asienta en un doble campo de actuación en el que el terrorismo de Estado adquiere formas clandestinas estructurales, permanentes y propias de las funciones de los órganos coercitivos estables, como expresión paralela y complementada de la actividad del Estado totalitario que emerge como expresión superestructural pública. Se trata de institucionalizar con carácter permanente las formas más aberrantes de la actividad represiva ilegal, capaz de sobrevivir en sus elementos constitutivos ilegítimos más allá de la propia vida del régimen que le implantara» (Duhalde, Eduardo Luis, *El estado terrorista argentino*, Ed. El Caballito, Buenos Aires, 1983, p. 28-29).

Desde esta perspectiva, no es posible soslayar que fue precisamente la denominada doctrina de la seguridad nacional la que pretendió justificar desde la faz ideológica, lo que configuró la práctica del terrorismo de Estado en la región latinoamericana.

Continuando con esta aproximación, también resulta posible aventurar que cuando el contexto histórico de la región lo permitió, la doctrina de la seguridad nacional -en tanto componente ideológico- y la práctica terrorista estatal -entendida como *praxis* de aquella doctrina- de alguna manera implosionaron, y ello generó una suerte de multiplicidad de discursos sobre diversas seguridades con sus correspondientes prácticas.

Es decir, la macro seguridad (nacional) diversificó múltiples micro seguridades, generando de este modo diversos discursos que abordan seguridades parciales. Así, irrumpieron en la escena las cuestiones vinculadas a la seguridad ciudadana, seguridad vecinal, seguridad en el espacio público, seguridad en los espectáculos deportivos, seguridad en las inversiones, seguridad informática, entre tantas otras. Y, por cierto, como consecuencia de tales discursos, se diseñaron y ejecutaron prácticas sociales correspondientes a la gestión estatal o no estatal de dichas seguridades³.

Es precisamente en esta matriz donde pretendo buscar el anclaje del caso objeto del presente comentario. Es decir, es en éste binomio de discurso/práctica donde intento inscribir la cuestión de la denominada delincuencia juvenil -en tanto emergencia político-criminal- y la gestión punitiva estatal -como práctica política para enfrentarla-.

³ La discusión acerca de la seguridad es, al mismo, tiempo una discusión referida a la protección. Y es por ello que debe tenerse en cuenta que la «extensión de las protecciones es un proceso histórico de larga duración, que corre muy parejo con el desarrollo del Estado y las exigencias de la democracia, e indudablemente nunca estuvo tan omnipresente como hoy. No obstante, se impone la constatación de que estos dispositivos múltiples de protección no mitigan la aspiración a la seguridad, sino que, por el contrario, la relanzan. Con razón o sin ella... el hombre contemporáneo aparece al menos tan atormentado por la preocupación de su seguridad como sus lejanos ancestros, a quienes, sin embargo, no les faltaban buenas razones para inquietarse por su supervivencia» (Castel, Robert, *La inseguridad social*, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 113-114).

Si ante la sensible problemática social que importa el fenómeno de las pandillas juveniles (también conocidas como *maras*) los Estados de derecho pretenden gestionarla tal y como ha quedado al descubierto en el presente caso, a pesar del simplismo al que me referí más arriba, no resulta exagerado afirmar que -en estos supuestos- los Estados pierden el estatus de «*derecho*» y pasan a la acción como una «*pandilla*» más, multiplicando la violencia y perdiendo, por cierto, toda legitimidad en el ejercicio de la fuerza pública.

Por otra parte, también es posible advertir que -en nuestra región, aunque no sólo en ella- la niñez y adolescencia constituyen un colectivo que se encuentra indiscutiblemente atravesado por altísimos grados de vulnerabilidad social y violencia. Incluso, se podría afirmar que dicho colectivo muchas veces configura un *continuum* de violencia, alternando cíclicamente en la propia biografía de los sujetos el estatus de víctima y victimario⁴.

Este colectivo vulnerable por excelencia cuando es problematizado bajo el rótulo de «*delincuencia juvenil*» o de «jóvenes en conflicto con la ley» se encuentra caracterizado por la eventual violencia de los hechos imputados y, al mismo tiempo, constituye el blanco de una violencia estatal que, al parecer, resulta ser si no la única, al menos, la que mejor cristaliza la intervención punitiva como medio de abordaje.

En esta dinámica de violencia, y contrariamente a lo que indica ya no el marco normativo que regula y resguarda a las personas menores de edad, sino el mismo sentido común, el Estado (o, alguno de sus aparatos) abandona su posición de adulto responsable -por decirlo de alguna manera- y, lisa y llanamente, se mimetiza, convirtiéndose en una pandilla ilícita (seguramente la más peligrosa y poderosa) para disputar el espacio público y proteger así el «*orden*» social.

Tal vez sea por esta realidad, ya a esta altura imposible de negar,

⁴ En este sentido, basta con realizar una mínima aproximación a la «clientela» del sistema penal juvenil para advertir que -principalmente- los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal son, antes que nada, víctimas del más absoluto desamparo familiar, social y estatal.

que nuevamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya tenido que resolver un nuevo caso vinculado al colectivo de la niñez y adolescencia⁵.

No resulta casual que la cuestión de la infancia aparezca nuevamente como ejemplo paradigmático de violación de derechos humanos, haciendo visible el estado de vulnerabilidad que dicho colectivo padece.

Basta con leer el informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, elaborado por Paulo Sérgio Pinheiro para visibilizar aún más la situación en la que se encuentran a nivel mundial⁶. En dicho informe, a modo de introducción se señala que:

«1. La violencia contra los niños jamás es justificable; toda violencia contra los niños se puede prevenir. A pesar de todo, el estudio pormenorizado sobre la violencia contra los niños confirma que dicha violencia existe en todos los países del mundo, independientemente de las culturas, clases sociales, niveles educativos, ingresos y origen étnico. En contra de las obligaciones que exigen los derechos humanos y de las necesidades de desarrollo de los niños, la

⁵ En orden cronológico, la Corte IDH tuvo oportunidad de abordar cuestiones vinculadas a la niñez y adolescencia en los siguientes casos: *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002; *Caso Bulacio Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100; *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112; y, por último -aunque inculado al derecho a la nacionalidad- el *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

De igual modo, de un tiempo a esta parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha tenido oportunidad de resolver cuestiones vinculadas a las especificidades del derecho penal juvenil. En este sentido, cabe citar los siguientes precedentes: «M., D. E. y otros» (Fallos, 328:4343); «R. M., J. L.» (Fallos, 329:4770), «L., L. A.» (L. 1157. XL, 18/12/07).

⁶ Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General, de fecha 29 de agosto de 2006.

violencia contra éstos está socialmente consentida en todas las regiones, y frecuentemente es legal y está autorizada por el Estado.

«(...) 6. Proteger a los niños de la violencia es una cuestión urgente. Los niños han sufrido durante siglos la violencia de los adultos sin ser vistos ni oídos. Ahora que las consecuencias de toda forma de violencia contra los niños están comenzando a ser más conocidas, es necesario prevenir esta violencia y proteger a los niños de manera eficaz, como lo exige su derecho incuestionable».

En punto a estas recomendaciones, entiendo que el caso de la Corte Interamericana que a continuación comentaré, puede ser leído precisamente desde esa perspectiva. Es decir, por un lado, como una confirmación de esa injustificable violencia (en especial, cuando es ejecutada por integrantes del Estado) y, por el otro, una interpelación para extraer de la sentencia principios que puedan ser aplicados para una mejor y más efectiva protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

La estructura del presente trabajo es la siguiente. En el punto II realizaré una breve reseña de los antecedentes del caso.

Luego, en el punto III, señalaré los pasajes más relevantes de la sentencia, en lo que respecta a los hechos que la Corte tuvo por probados, como así también los argumentos desarrollados con relación a la afectación de los derechos involucrados.

Seguidamente, en el apartado IV, intentaré esbozar algunas reflexiones que pueden resultar de utilidad para su aplicación práctica, haciendo especial hincapié en la cuestión vinculada a la infancia y adolescencia.

Por último -en el punto V- trazaré unas breves conclusiones en lo que respecta a la relevancia de lo resuelto por la Corte Interamericana.

II. Los antecedentes del caso

No pretendo en este apartado efectuar un pormenorizado detalle del trámite del caso, sino tan sólo mencionar sus etapas más relevantes para una mejor comprensión.

El 11 de octubre de 2000 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Asociación Casa Alianza América Latina

presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Honduras.

Luego de sustanciado el trámite pertinente, la Comisión decidió someter el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en consecuencia, el 2 de febrero de 2005 la Comisión Interamericana presentó ante la Corte una demanda contra el Estado de Honduras.

En dicha presentación, la Comisión señaló que sometía la demanda ante la Corte «*por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de detención de las presuntas víctimas por parte del Estado; los golpes y ataques contra la integridad personal de los que se indica fueron víctimas por parte de los agentes policiales; su alegada muerte mientras se encontraban detenidos bajo la custodia de agentes policiales; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan sus casos, los cuales se encuentran en la impunidad después de más de ‘nueve’ años de ocurridos los hechos. Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourt Vázquez, Orlando Álvarez Ríos y Diomedes Obed García Sánchez, entre el 15 y el 16 de septiembre de 1995, fueron supuestamente detenidos durante una detención preventiva u operativo realizado por la entonces Fuerza de Seguridad Pública (en adelante ‘FUSEP’). Los cuatro jóvenes fueron supuestamente ejecutados extrajudicialmente por agentes del Estado y el 17 de septiembre de 1995 sus cadáveres fueron encontrados, a la intemperie, en diferentes lugares de la ciudad de Tegucigalpa, Honduras*»⁷.

Del discurrir del trámite de la causa ante la Corte, cabe señalar que Honduras formuló un reconocimiento parcial en punto a su responsabilidad internacional. El Estado reconoció los hechos contenidos en la demanda, al expresar que se encontraban debidamente fundamentados y comprobados, pero rechazó que tales violaciones a los derechos humanos hubieran sido situadas en un contexto de violación sistemática tolerada por el Estado.

En función de ello, la Corte ingresó al análisis de los hechos sobre los cuales había cesado toda controversia -en razón del

⁷ Párrafo 2.

mencionado reconocimiento estatal- y también -obviamente- al estudio de los hechos que importaron la controversia residual.

III. La resolución de la Corte Interamericana

III.1. Los hechos probados

En punto a los hechos que la Corte tuvo por probados, ya sea sobre los cuales el Estado reconoció su responsabilidad, ya sea sobre aquellos sobre los que aún existía controversia, cabe detallar lo siguiente.

a. El contexto de violencia contra los niños y adolescentes

Sobre esta cuestión, la Corte señaló que a «*principios de los años 90, y en el marco de la respuesta estatal de represión preventiva y armada a las pandillas juveniles, pasa a existir un contexto de violencia ahora marcado por la victimización de niños y jóvenes en situación de riesgo social, identificados como delincuentes juveniles causantes del aumento de la inseguridad pública. Las muertes de jóvenes sindicados como involucrados con 'maras' o pandillas juveniles se tornaron cada vez más frecuentes entre 1995 y 1997. Así, por ejemplo, entre los años 1995 a 2002, murieron violentamente al menos 904 menores*»⁸.

Es precisamente en este contexto en el que se materializaron ejecuciones extrajudiciales de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, tanto por agentes estatales como por particulares (sean estos, integrantes de pandillas o de grupos clandestinos de «*limpieza social*»).

Asimismo, la Corte resaltó que estos hechos tenían un patrón de violencia ya que «*a) las víctimas... son niños y jóvenes en situación de riesgo; b) la causa de las muertes... son ejecuciones extrajudiciales caracterizadas por la extrema violencia, producidas por armas de fuego y armas blancas, y c) la publicidad de los crímenes, ya que los cuerpos de las víctimas quedan expuestos a la población*»⁹.

⁸ Párrafo 79.1.

b. El contexto de la detención de las víctimas

La Corte tuvo por debidamente probado que el «*día 15 de septiembre de 1995 la Fuerza de Seguridad Pública (FUSEP) realizó detenciones colectivas, que comprendieron la captura de 128 personas, en el marco de un operativo policial preventivo e indiscriminado llevado a cabo en las inmediaciones del Estadio Nacional Tiburcio Carias Andino, en la ciudad de Tegucigalpa, con el objeto de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional de Honduras*»¹⁰.

También que el «*día 16 de septiembre de 1995 la jueza de Policía Roxana Sierra Ramírez emitió una resolución de ‘indulto’ a la que se acompañó una lista con los nombres de 62 personas, entre los que se incluía a Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourth Vásquez y Orlando Álvarez Ríos. Ese mismo día, aunque la mayoría de los detenidos fueron liberados, ocho personas fueron llevadas al segundo piso del Séptimo Comando Regional de la FUSEP (en adelante ‘CORE VII’) para tomar sus huellas digitales, y solamente cuatro de ellas regresaron a sus celdas y fueron liberadas*»¹¹.

Tuvo por acreditado, además, que el «*Teniente José Alberto Alfaro Martínez dio la orden de que las cuatro víctimas del presente caso permanecieran en el segundo piso del CORE VII, específicamente, «el teniente Alfaro [...] dijo, [‘]a estos déjenmelos aparte...»*»¹².

c. La detención, tortura y ejecución extrajudicial de las víctimas

Marco Antonio Servellón García, quien al momento de su detención tenía 16 años, fue detenido en el operativo colectivo detallado más arriba. Tanto en la aprehensión como en el traslado hacia el lugar de alojamiento, los agentes policiales lo golpearon en la cabeza mediante el uso de un arma de fuego, fue lesionado en la espalda, en el estómago y en el rostro. Estuvo detenido con adultos

⁹ Párrafo 79.3.

¹⁰ Párrafo 79.5.

¹¹ Párrafo 79.6.

¹² Párrafo 79.7.

y durante su detención no pudo comunicarse con su familia.

El 17 de septiembre de 1995 su cuerpo fue encontrado sin vida en las inmediaciones de un lugar denominado «El Lolo». El informe de la autopsia acreditó que «presentaba cuatro heridas por proyectil de arma de fuego cuyos orificios de entrada fueron: uno a nivel de la región retroauricular derecha; uno a nivel de la región occipital derecha; uno en el pómulo de la cara, y uno a nivel de la región occipital izquierda, es decir, los cuatro disparos fueron dirigidos a su rostro y cabeza»¹³.

Rony Alexis Betancourt Vásquez tenía 17 años al momento del hecho. Fue detenido en el operativo colectivo ya detallado, y golpeado durante su aprehensión, traslado y permanencia en el CORE VII. Además, compartió el lugar de detención con adultos.

Le fue impedida toda comunicación con su familia y, finalmente, el día 17 de septiembre de 1995 su cuerpo sin vida fue encontrado en la aldea Suyapa. La autopsia reveló que «presentaba dos heridas por proyectil de arma de fuego cuyos orificios de entrada fueron: uno en el pómulo de la cara, y uno a nivel de la región retroauricular derecha; y cuatro heridas por arma blanca dispuestas de la siguiente manera: una herida punzocortante a nivel del manubrio esternal y tres heridas punzantes penetradas por encima de la mama izquierda. Al igual que el cadáver de las otras tres víctimas tenía moretones y marcas de tortura»¹⁴.

Orlando Álvarez Ríos contaba con 32 años de edad cuando fue detenido en el operativo policial. La Corte detalló que fue la única, de las cuatro víctimas, que pudo informar su detención a un familiar.

Su cuerpo fue encontrado el 17 de septiembre de 1995 en las cercanías de la Comunidad de Las Moras, en Tegucigalpa. El informe de la necropsia detalló que «presentaba dos heridas por proyectil de arma de fuego cuyos orificios de entrada fueron: uno detrás del oído derecho, y otra localizada 3 cms. por debajo del oído derecho»¹⁵. El cadáver presentaba, además, signos de haber sido objeto de violencia sexual.

¹³ Párrafo 79.12.

¹⁴ Párrafo 79.18.

Diomedes Obed García Sánchez tenía 19 años de edad cuando fue detenido. Fue trasladado en un vehículo policial al CORE VII, y su detención no consta en ningún registro, ni tampoco -obviamente- en la lista de «indultados» del 16 de septiembre de 1995.

El 17 de septiembre de 1995 su cuerpo sin vida fue encontrado en la carretera de Olancho, en Tegucigalpa. El informe de la autopsia reveló que «presentaba ocho heridas producidas por arma de fuego, además de tres heridas de arma blanca, una de las cuales fue tan profunda que «casi le cercenan la cabeza». Los orificios de entrada de los proyectiles fueron: uno en la región temporal izquierda, uno en la parte superior del pómulo izquierdo, uno detrás del oído derecho, uno en la mejilla izquierda, uno en la región pectoral izquierda, y tres orificios de proyectil de arma de fuego en la mano izquierda. Además, el cuerpo presentaba dos heridas contuso cortantes producidas por machete, una en el lado derecho del cuello y otra en el brazo derecho, y una herida punzo cortante en el lado izquierdo del cuello»¹⁶.

En punto al patrón que vincula a las cuatro víctimas, la Corte detalló que todos, luego de las respectivas detenciones, permanecieron bajo custodia del Estado. Además, los cuatro cadáveres fueron encontrados en distintos lugares de la Ciudad de Tegucigalpa, y los puntos de la ciudad donde fueron hallados «unidos entre sí cerraban un círculo, por lo que el caso fue conocido localmente como 'los cuatro puntos cardinales'»¹⁷.

Por otra parte, quedó acreditado que los proyectiles extraídos de los cuerpos de las víctimas fueron disparados por la misma arma de fuego.

d. La investigación policial y penal

La Corte realizó también un pormenorizado detalle de todo el derrotero burocrático por el que estuvo signada la investigación del caso.

¹⁵ Párrafo 79.22.

¹⁶ Párrafo 79.31.

¹⁷ Párrafo 79.32.

En este punto, quizás baste con señalar que a la fecha de la sentencia de la Corte, el «*proceso penal continúa en trámite, el Juzgado ha dispuesto declarar cerrado el sumario y elevar las diligencias a la etapa de plenario, decisión que se encuentra pendiente de recurso. Asimismo, el Juzgado ha dictado órdenes de captura en contra de tres de los acusados señores Víctor Hugo Vivas Lozano, Roxana Sierra Ramírez y José Alberto Alfaro Martínez. Respecto a los dos primeros dichas órdenes no se han hecho efectivas. En lo que se refiere al señor José Alberto Alfaro Martínez, que había estado bajo prisión preventiva, para la fecha de la presente Sentencia, se encuentra en libertad, ya que la causa fue sobreseída a su favor*»¹⁸.

III.2. La decisión de la Corte en punto a los derechos violados

a. Las detenciones colectivas

La primera cuestión que la Corte aborda, se vincula a la detención practicada por las fuerzas policiales y, en particular, por su carácter colectivo e indiscriminado.

Por una cuestión de lógica argumental, la Corte, en primer término, ratifica los estándares que ya había establecido en punto a las condiciones bajo las cuales la detención de personas resulta concordante con los derechos y garantías de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y en tal sentido, confirma que:

88. El artículo 7 de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida estará en concordancia con las garantías consagradas en la Convención siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional, respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática¹⁹.

¹⁸ Párrafo 79.51.

¹⁹ En este párrafo, se cita expresamente: *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; y *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 10, párr. 197.

89. La restricción del derecho a la libertad personal, como es la detención, debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). A su vez, la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas.

90. Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.

A partir de tales presupuestos, ingresa entonces el análisis de la legitimidad de las detenciones colectivas:

91. La detención de las víctimas en este caso constituyó una detención colectiva y programada, en la que aproximadamente 128 personas fueron detenidas, sin orden de detención y sin haber sido aprehendidas en flagrante delito, y que fue realizada con la declarada finalidad de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional.

92. El Tribunal entiende que la detención colectiva puede representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana cuando el Estado cuenta con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial.

93. Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria. En concordancia con ello, en el *Caso Bulacio* la Corte estableció que las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, la presunción de inocencia, la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia- y la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.

96. Las detenciones programadas y colectivas, las que no se

encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna.

b. El derecho a la integridad personal y a la vida

Continuando con la secuencia cronológica de los hechos bajo análisis, luego la Corte ingresó al estudio de las afectaciones vinculadas a la integridad personal y a la vida.

99. En el presente caso, las víctimas fueron detenidas colectivamente, de forma ilegal y arbitraria, sometidas a tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes durante su detención. Fueron golpeadas con pistolas en la cabeza y con sillas, acusadas de «ladrón» y estuvieron aisladas y amarradas durante su detención en el CORE VII. Mientras se encontraban bajo la custodia estatal, y cumpliendo las amenazas que les hicieron los agentes estatales, fueron asesinados con armas de fuego y armas blancas. El menor Marco Antonio Servellón García fue ejecutado con cuatro disparos de arma de fuego dirigidos a su rostro y su cabeza. El menor Rony Alexis Betancourth Vásquez recibió dos disparos de arma de fuego en la cabeza, y cuatro heridas de arma blanca, tres de las cuales localizadas en el pecho. Orlando Álvarez Ríos murió como consecuencia de dos disparos de arma de fuego y su cuerpo presentaba señales de que había sido objeto de violencia sexual antes de su muerte. Diomedes Obed García Sánchez fue ejecutado mediante ocho disparos producidos por arma de fuego, además de tres heridas de arma blanca, dos de ellas producidas por machete, una de las cuales habría sido tan profunda que le habría «casi [...] cercena[do] la cabeza». El ensañamiento con que se ejecutó a las víctimas, privándoles de la vida en forma humillante, las marcas de tortura física presentes en los cuatro cadáveres, y la forma como sus cuerpos fueron abandonados a la intemperie, constituyeron graves atentados al derecho a la vida, a la integridad y libertad personales.

103. En el presente caso agentes de la fuerza pública, haciendo uso ilegal de su autoridad, detuvieron a las víctimas y las ejecutaron. Al respecto, la Corte ha reiterado que en relación con el derecho a la vida, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y que es particularmente grave su vulneración cuando ésta es producida por agentes estatales, hecho reconocido por el Estado en su allanamiento.

c. El contexto de violencia hacia los niños y jóvenes

Una cuestión que ha sido debidamente abordada, a efectos de encuadrar correctamente el hecho sometido ante la Corte, fue

precisamente el contexto de violencia que existía a la fecha del suceso en Honduras.

104. ... la Corte ha establecido, que los hechos de este caso se dieron en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras.

105. El Tribunal observa que, si bien no se encuentra probado en el expediente del presente caso la existencia, en la época de los hechos, de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos en perjuicio de los niños y jóvenes en situación de riesgo, sí está probado el contexto de violencia dentro del cual se han perpetrado las violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personales en este caso.

106. Es necesario resaltar que el Estado manifestó ante la Corte que «desde 1997 a la fecha [de presentación de la contestación de la demanda, el 4 de julio de 2005,] se ha registrado una cantidad importante de muertes violentas de menores», y que el Estado «[...] ha venido haciendo importantes esfuerzos para fortalecer una política de protección a la niñez y sus derechos en general y, en particular, para contrarrestar el fenómeno de muertes de menores». El Estado reconoce la existencia de lo que llama fenómeno de muertes violentas de menores, aunque rechaza la alegación de que el fenómeno se trate de una política de «profilaxis social».

107. Sin embargo, la Corte ha afirmado que la responsabilidad internacional se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado, y es consecuencia de todo menoscabo a los derechos humanos que pueda ser atribuido a la acción, y también a la omisión, de cualquier poder u órgano de éste. La responsabilidad internacional puede configurarse aún en ausencia de intencionalidad, y hechos violatorios de la Convención son de responsabilidad del Estado independientemente de que éstos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada.

108. La obligación positiva derivada del deber de respeto y garantía, de crear las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a los derechos humanos, en circunstancias como la del presente caso, en que ha existido un contexto de violencia caracterizado por ejecuciones extrajudiciales e impunidad, se convierte en el deber, a cargo del Estado, de hacer cesar las condiciones que permiten la ocurrencia reiterada de las privaciones arbitrarias a la vida y de su falta de investigación.

109. En el presente caso, está demostrado que el Estado no adoptó las medidas necesarias para cambiar el contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en el marco del cual fueron ejecutados Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourth Vásquez, Orlando Álvarez Ríos y Diomedes Obed García Sánchez. Esto agrava la responsabilidad internacional del Estado.

Con relación al proceso de estigmatización vinculado a niños y

adolescentes en situación de vulnerabilidad social y sus consecuencias concretas, la Corte señaló que:

110. El referido contexto estuvo marcado por la estigmatización de los jóvenes como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales.

112. La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

113. Lo anterior es particularmente grave en el presente caso, ya que Marco Antonio Servellón García y Rony Alexis Betancourth Vásquez eran menores de edad. En la *Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte expresó que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños y niñas, quienes tienen además derechos especiales derivados de su condición a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Asimismo, la Corte indicó que el artículo 19 de la Convención debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial.

117. Los hechos del presente caso ocurrieron en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro.

d. El contexto de impunidad

El análisis situacional no se limitó al contexto de violencia, sino que además la Corte también analizó el grado de impunidad que caracterizaba el momento en que se produjeron los hechos del caso.

Y desde esta perspectiva se sostuvo que:

118. La Corte no puede dejar de advertir que los hechos del presente caso forman parte de una situación en que prevalece un alto índice de impunidad en hechos criminales perpetrados tanto por agentes estatales como por particulares, lo que crea un campo propicio para que violaciones como las de este caso sigan ocurriendo.

119. La Corte ha establecido que una de las condiciones para garantizar efectivamente los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, que se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. A la luz de ese deber, una vez las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos.

123. En casos de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida, y en su caso, castiguen a todos sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así, se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida. Además, si los hechos violatorios a los derechos humanos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Con relación a las investigaciones internas vinculadas a los hechos analizados en este caso, la Corte señaló que:

148. La Corte ha constatado que se abrió un proceso penal en la jurisdicción ordinaria, en el cual se acumularon las causas iniciadas en relación con los hechos del presente caso. El Tribunal recuerda que, a la luz de lo establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención, los procedimientos deben ser efectivamente desarrollados con respecto a las garantías judiciales, en un plazo razonable, y deben ofrecer un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de los hechos y la reparación a los familiares.

149. En el presente caso el proceso penal se inició el 5 de marzo de 1996 y en consideración del trámite del mismo se realizó una consulta a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia relativa a la dirección del procedimiento. Dicha Sala, en respuesta a la consulta, el 12 de agosto de 2002 señaló lo siguiente:

[...]1. Las presentes diligencias de investigación se encuentran todavía en etapa sumarial o instrucción, a pesar de la prescripción de procesar contenida en el artículo 174 del Código de Procedimientos Penales de 1984, en cuanto a que el sumario no durará más de un mes, excepto en los casos en que deba practicarse pruebas fuera del territorio, pero en todo caso no excederá de 3 meses. 2. Dentro de las diligencias ordenadas por el Juez instructor están, identificación de archivos, nombramientos, causa[s] de altas y bajas de algunos tenientes y agentes, sin que se haya ejecutado tales requerimientos por autoridad responsable obligada a suministrar las informaciones requeridas; asimismo ha ordenado remisión de informaciones sobre hojas de vida de los procesados sin que haya tenido el Tribunal respuestas oportunas y precisas para fortalecer la investigación; ante la inobservancia de lo ordenado, el juez responsable de la investigación no puede pasar desapercibido [de] tales negligencias, de lo que deberán actuar responsablemente en la esfera de sus atribuciones. 3. Los niveles de investigación practicados hasta ahora para investigar la muerte de MARCO ANTONIO SERVELLON GARCIA, DIOMEDES OBED GARCIA, ORLANDO ALVAREZ RIOS Y RONY ALEXIS BETANCOURT[H], no han sido efectivas, ya que no han logrado cumplir con el objetivo de la etapa sumarial del proceso [...].

150. La situación señalada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha variado once años después de ocurridos los hechos y a cuatro años de haberse emitido la referida consulta. En el proceso penal tramitado en el Juzgado de Letras Primero de lo Criminal de Tegucigalpa no se ha decretado todavía la sentencia de primera instancia, en vulneración del plazo razonable. Este Tribunal considera que dicha demora, en exceso prolongada, constituye *per se* una violación de las garantías judiciales, como lo ha señalado en otros casos, la cual no ha sido justificada por el Estado.

e. El voto razonado del Juez Cançado Trindade

En este punto, resulta de particular interés el abordaje del contexto de descomposición del tejido social que efectúa en su voto razonado el juez Cançado Trindade.

17. En las declaraciones periciales que obran en el expediente del presente caso, recogidas en la Sentencia que viene de adoptar esta Corte, hay referencias a «la política de limpiar las calles» y a «la política de ‘cero tolerancia’ del Estado» y a la acción del crimen organizado, del narcotráfico y de «grupos particulares clandestinos de ‘limpieza social’». El cuadro que se desprende de los hechos del presente caso es, a mi modo de ver, el de una clara descomposición del tejido social, de un medio social indiferente a la suerte de sus miembros marginados, y partidario de políticas represivas, - como hoy día se constata en la virtual totalidad de América Latina y en casi todo el mundo, sobre todo en relación con los jóvenes (que viven en un presente fugaz, sin futuro) y los migrantes indocumentados.

18. No sorprendentemente y en buena hora, la Corte Interamericana retoma su mejor jurisprudencia, de las Opiniones Consultivas n. 17, sobre *La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), y n. 18, sobre *La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), así como de sus Sentencias en el caso de los «Niños de la Calle» (*Villagrán Morales y Otros*) versus *Guatemala* (fondo, 19.11.1999, y reparaciones, 26.05.2001). Ahora, en el presente caso *Servellón García y Otros*, los hechos que han dado origen al *cas d'espèce* revelan, una vez más, que casos del género representan un microcosmo de la violencia perpetrada, sin fronteras, contra niños en las calles del mundo, reveladora a su vez del triste destino de muchos de los marginados y excluidos, ya en el alba de sus vidas. Para éstos, la vida efectivamente no es más que una *walking shadow*, en la expresión de un escritor universal, y una sombra que muy pronto se desvanece.

En definitiva, en una perspectiva histórica, concluye en que:

32. Al autoritarismo de la década de los ochentas se siguió este cuadro de violencia crónica de la década de los noventas, con la tolerancia por parte del Estado y su negligencia en cuanto a la impunidad.

IV. Principios, estándares y reflexiones que se derivan de la sentencia

En este apartado pretendo, aún a riesgo de extremar algunos análisis y/o conceptos, extraer de la sentencia de la Corte principios o estándares que puedan resultar de utilidad para su concreta operatividad práctica.

En función de ello, expresamente soslayaré algunas cuestiones y me limitaré a tratar tan sólo aquellas que, reitero, permitan afirmar la existencia de principios que resulten interesantes para su aplicación doméstica.

IV.1. Los estándares sobre detención de personas

Respecto a esta cuestión, la Corte ha ratificado los principios y estándares bajo los cuales la detención de personas resulta legítima a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰.

²⁰ Estos principios habían sido establecidos en los ya citados: Caso López Álvarez, Caso García Asto y Ramírez Rojas, Caso Palamara Iribarne; y también cabe agregar el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35.

En tal sentido, la Corte ha establecido que la legalidad y razonabilidad de dicha medida de coerción dependerá del respeto de los siguientes principios:

- excepcionalidad
- presunción de inocencia
- legalidad
- necesidad
- proporcionalidad

Asimismo, luego de realizado el debido tamiz por vía de estos principios, la práctica de la detención debe quedar debidamente acotada a los excepcionales supuestos que prevén las leyes respectivas (aspecto material) y materializada de conformidad con los procedimientos establecidos para tales causales (aspecto formal)²¹.

Por otra parte y vinculado estrictamente al denominado encarcelamiento preventivo o prisión preventiva, en esta sentencia la Corte también ratificó el fundamento exclusivamente procesal (esto es, cautelar) de dicha medida.

En tal sentido, su imposición debe -en primer lugar- satisfacer un requisito probatorio, es decir, exige la existencia de elementos suficientes respecto de la responsabilidad de la persona sometida a proceso. Y,

²¹ En una aproximación a una «teoría general de las medidas de coerción», se ha explicado que a los «efectos de la imposición de una medida de coerción se debería seguir un procedimiento similar al que utilizamos para concluir en la imposición de una pena o una medida de seguridad. Por ejemplo, si hablamos de tipicidad, a la hora de ingresar en el análisis de una conducta delictiva también debemos poder hablar de tipicidad procesal o, más precisamente, de los tipos de las medidas de coerción» (Bruzzone, Gustavo A., *La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en AA.VV., *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 243). Y luego, el mismo autor afirma que la «primer regla que se debe tener presente es un derivado del principio constitucional del nullum crimen y que en esta materia se define como la nulla coactio sine lege, que no es otra cosa que la fórmula propuesta por Eberhard Schmidt hace 40 años y se traduce en constatar si la medida de coerción o de injerencia se encuentra prevista en la ley procesal, con qué alcance o para qué supuestos» (Bruzzone, Gustavo A., *op. cit.*, p. 248).

en segundo lugar, la privación de libertad debe ser «*estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia*»²².

En esta sentencia, la Corte Interamericana también confirma el principio que ya había sentado en punto a la ilegalidad de las detenciones colectivas o masivas (*razzias*). El argumento utilizado para fundar dicho principio remite, precisamente, al estándar de los «motivos previos» que justifiquen las medidas de coerción. Es por vía de la inexistencia de motivos objetivos previos que permitan justificar la injerencia estatal en desmedro de los derechos de las personas que se fundamenta la arbitrariedad.

La Corte ha sido extremadamente clara a la hora de sostener que la detención sin orden judicial sólo puede ampararse en la existencia de «*indicios fundados*» de la comisión de un delito. Cualquier otro pretexto de seguridad ciudadana que pretenda invocarse como causa de la detención, convertirá irremediablemente en ilegal y arbitraria la privación de libertad practicada.

Esta misma línea argumental es la que permite afirmar, entonces, que las detenciones masivas o *razzias*, en tanto configuran privaciones de libertad masivas en las que no se acredita la conducta de cada una de las personas afectadas, devienen necesariamente en ilegales y arbitrarias²³.

²² Caso Servellón García y otros, párr. 90. En esta misma línea, la Corte ya había expresado que del «*artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva...*

²³ En base a dichos argumentos, la Corte reitera en este caso lo afirmado en el Caso Bulacio, en punto a que las «*razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener –salvo en hipótesis de flagrancia– y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad*

Este manojo de principios y estándares, cuya operatividad configura un importante límite al poder punitivo del Estado, reviste sensible importancia cuando de niños y adolescentes se trata.

En efecto, debido a la especial situación y estado de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas menores de edad, el estricto cumplimiento de tales principios importa un requisito insoslayable a la hora de analizar la intervención punitiva en el marco del sistema penal juvenil respetuoso del modelo que impone la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y ello, porque «*si bien el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño obliga a garantizar que sólo se recurrirá al arresto como último recurso y por el mínimo tiempo necesario, en 1999 se calculó que 1 millón de niños se encuentran privados de libertad. La mayoría están acusados de delitos menores o leves y es la primera vez que los cometen. Muchos de ellos son detenidos por ausentismo escolar, vagabundeo o por ser personas sin techo. En algunos países, la mayoría de los niños detenidos no han sido condenados por cometer un delito, sino que se encuentran a la espera del juicio*»²⁴.

IV.2. El derecho a la integridad personal y a la vida

La lectura de la sentencia vinculada a las conductas que realizaron los agentes estatales en perjuicio de las víctimas, remite a aquellas consideraciones que sostienen que el sistema penal, aunque no sea formalmente reconocido, institucionaliza no sólo lo métodos legalmente admitidos, sino también los ilícitos.

La secuencia «aprehensión-detención-tortura-ejecución» configura lamentablemente un patrón clásico de control punitivo en nuestra región.

Y es por ello que se ha señalado que junto «*al control social punitivo institucionalizado, los integrantes de sus propios segmentos, o algunos de ellos, llevan a cabo un control social punitivo paraínstitucional o 'subterráneo'..., por medio de conductas no institucionales (ilícitas), pero que son más o menos normales en*

²⁴ Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, ya citado, párr. 61.

términos estadísticos»²⁵.

Es obvio que la decisión de la Corte en este caso estaba limitada a la demanda presentada por la Comisión. Sin embargo, en este punto y aunque más no sea a modo de hipótesis, entiendo que el caso puede pensarse como la punta de un iceberg que navega no sólo por Honduras, sino por toda la región. Y desde esta perspectiva, es posible aventurar que lo que aparece en la superficie es un pequeño segmento de un sistema penal subterráneo.

Resulta inevitable que las «agencias ejecutivas ejercen poder punitivo al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico. Esto provoca que el poder punitivo se comporte fomentando empresas ilícitas, lo que es una paradoja en el ámbito del saber jurídico, pero no lo es para las ciencias políticas ni sociales, donde es claro que cualquier agencia con poder discrecional termina abusando del mismo. Este abuso configura el sistema penal subterráneo que institucionaliza la pena de muerte (ejecuciones sin proceso), desapariciones, torturas, secuestros, robos, botines, tráfico de tóxicos, armas y personas, explotación del juego, de la prostitución, etc. La magnitud y modalidades del sistema penal subterráneo depende de las características de cada sociedad y de cada sistema penal, de la fortaleza de las agencias judiciales, del equilibrio de poder entre sus agencias, de los controles efectivos entre los poderes, etc. (...) En la medida en que el discurso jurídico legitima el poder punitivo discrecional y, por ende, renuncia a realizar cualquier esfuerzo por limitarlo, está ampliando el espacio para el ejercicio del poder punitivo por los sistemas penales subterráneos»²⁶.

IV.3. El contexto de violencia

Tal como surge de la sentencia, la Corte Interamericana abordó con minucioso detalle el contexto de violencia hacia los niños y

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 15.

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 24.

adolescentes que existía al momento de los hechos en Honduras.

Desde este enfoque que resulta central cuando de personas menores de edad se trata, cabe recordar aquella advertencia en punto a que el «*contexto es el texto de los adolescentes, y también por donde va a transitar su destino, a veces irreversible desde el inicio, como en las tragedias*»²⁷.

Aquí radica el motivo que impone un abordaje interdisciplinario cuando se trate de intervenciones estatales en esta materia. Es decir, más allá del contenido o naturaleza de la intervención, resulta insuficiente toda aproximación a la infancia y adolescencia sin tener en cuenta el contexto personal y social. Y, sobre este punto, la resolución de la Corte Interamericana contextualiza debidamente el caso en análisis.

Desde este punto de vista, la sentencia contiene un análisis vinculado al proceso de estigmatización de las personas menores de edad en estado de vulnerabilidad social que resulta sumamente interesante. Si bien el análisis fue efectuado desde una perspectiva protectora de los derechos humanos, son innegables las consecuencias que de allí pueden extraerse en lo que respecta a principios de política criminal, en particular, cuando de infancia y adolescencia se trata.

La Corte analizó esta cuestión al referirse a la estigmatización de los jóvenes «*como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales*»²⁸.

Ante ello, y fundado en el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, la Corte fue contundente en afirmar que el «*Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la*

²⁷ Luna, Oscar, *Adolescencia: el riesgo como cultura, el no lugar como destino...*, en Dobón, Juan y Rivera Beiras, Iñaki (comp.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 127.

²⁸ Párrafo 110.

sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas»²⁹.

De esta forma, la Corte está estableciendo un criterio de política criminal y de intervención estatal que posee importantes repercusiones. De alguna manera, está fijando un estándar de responsabilidad internacional en función de la existencia de un proceso de etiquetamiento del colectivo infancia-adolescencia, en el que los Estados se encuentran obligados no sólo a no crearlo ni fomentarlo, sino además arbitrar los medios necesarios para desactivarlo en caso que ello obedezca a prácticas sociales. De lo contrario, el Estado debe asumir la responsabilidad que le corresponda, ya que por su acción u omisión, ha colocado a las personas menores de edad en una indebida situación de riesgo.

La Corte también fue contundente en afirmar que los hechos del presente caso sucedieron «en razón de la condición de personas en situación de riesgo social que tenían las víctimas, lo que demuestra que el Estado no les proporcionó a Marco Antonio Servellón García ni a Rony Alexis Betancourth Vásquez un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso, y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro»³⁰.

Sobre este punto, cabe interrogarse si la vinculación que la Corte establece entre la situación de riesgo social y las víctimas menores de edad, también podría -eventualmente- efectuarse en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal. Es decir, a mi criterio, resulta evidente que cuando el Estado ha incumplido con sus

²⁹ Párrafo 112.

³⁰ Párrafo 117.

obligaciones mínimas en punto a los derechos básicos de los niños y adolescentes, a la hora de formular un eventual reproche penal, ello debe tener alguna consideración.

Esta línea argumental remite, necesariamente, a la denominada *culpabilidad por vulnerabilidad*, respecto de la cual se ha explicado que «reconoce un antecedente importante en el concepto de co-culpabilidad, que aunque se pretendió considerarlo producto del derecho penal de los países del socialismo real, tiene origen muy anterior a éste. La idea central a que responde es que, dado que ninguna sociedad tiene una movilidad vertical tan libre que proporcione a todos sus miembros el mismo espacio social, el reproche de culpabilidad debe adecuarse en cada caso al espacio social que la persona ha tenido y, por consiguiente, la sociedad debe cargar con la parte que le fue negada (es co-culpable en esa medida). Es incuestionable que esta idea tiene el mérito de introducir en una construcción de la culpabilidad normativa, que usualmente reconoce raigambre idealista, un potente componente de realismo»³¹.

³¹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 626. Tal como señalan los autores citados, el origen de estas ideas puede encontrarse en Marat, quien en su obra clásica afirmó que: «Haced abstracción de toda clase de violencia, y encontraréis que el único fundamento legítimo de la sociedad es la felicidad de los que la componen. Los hombres no se han reunido más que por su interés común; no han hecho las leyes más que para fijar sus respectivos derechos, y no han establecido un gobierno más que para asegurar el goce de estos derechos. Si renuncian a su propia venganza, es porque la declinan en el brazo público; si renuncian a la libertad natural, es por adquirir la libertad civil; si renuncian a la primitiva comunidad de bienes, es para poseer en propiedad alguna parte de ellos. (...) En una tierra que toda es posesión de otro y en la cual no se pueden apropiar nada, quedan reducidos a morir de hambre. Entonces, no conociendo la sociedad más que por sus desventajas, ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ellos es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino. Si para mantener la sociedad es necesario obligarles a respetar el orden establecido, ante todo, debe satisfacer todas sus necesidades. La sociedad debe asegurarles su subsistencia, un abrigo conveniente, entera protección, socorro en sus enfermedades y cuidados en su vejez, porque no pueden renunciar a los derechos naturales, en tanto que la sociedad no haga preferible este estado al natural. Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los

Bajo estas condiciones, la responsabilidad de los niños y adolescentes debe ser analizada desde un enfoque completamente diferente al tradicional. En este sentido, se ha señalado que la responsabilidad debe «ser construida como un problema relacionado con las tareas asignadas a la justicia juvenil, al gobierno local, la escuela y la familia. Así desplazada, la responsabilidad del joven puede ser reconceptualizada. (...) ... si situamos la búsqueda de responsabilidad en el juego recíproco de las diferentes agencias que, se supone deben cuidar al joven, entonces su propia responsabilidad debería buscarse en las relaciones que establece con estas agencias: la independencia como una función, más que lo opuesto, de la dependencia. Y si decidimos que preferimos limitar tanto como sea posible el recurso no sólo al encarcelamiento, sino también a cualquier otra forma de segregación, custodia, aislamiento o asistencia totalizante, la responsabilidad central por parte de los operadores y, sobre todo, de la magistratura, deviene... en la asunción consciente del riesgo de producir inseguridad social: la tarea, es decir, de ampliar y extender los límites de compatibilidad y de tolerancia del sistema social»³².

V. A modo de conclusión

Tal como lo señalé en la introducción, a la hora de realizar este breve comentario pretendí enmarcarlo en la lógica de los discursos de la seguridad y, a partir de allí, en las consecuencias que ello acarrea en las prácticas sociales.

En esta sentencia la Corte Interamericana dedicó especial atención al contexto de violencia que sobre la niñez y adolescencia en riesgo social existía, como así también al proceso de estigmatización que, de alguna manera, generaba aquel contexto.

Esta circunstancia importa -nada más ni nada menos- que centrar

que violan sus leyes» (Marat, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 67-68).

³² Pitch, Tamar, *Responsabilidades Limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 187.

la discusión en punto a las tensiones que se presentan entre el Estado de derecho y la seguridad de las personas. Una problemática que resulta insoslayable por los peligros que acarrea, ya que «*si se pretende un Estado de derecho, éste no puede sino defraudar esa búsqueda de protección total, pues la seguridad total no es compatible con el respeto absoluto de las formas legales. (...) Acaso se trate de una contradicción inherente al ejercicio de la democracia moderna, la cual se expresa por el hecho de que la seguridad, en esta sociedad, es un derecho, pero ese derecho tal vez no pueda cumplirse plenamente sin movilizar medios que resultan ser atentatorios del derecho»*³³.

En esta línea de análisis, la relación dialéctica que se presenta entre el Estado de derecho y el Estado de policía resulta de trascendental importancia³⁴. Así, y en lo que respecta al presente caso, siguiendo la terminología de los autores citados, es posible afirmar que el Estado de *pandilla* -concepto que utilicé para el título del presente trabajo- configura una subcategoría del Estado de policía. Es decir, el Estado de *pandilla* vendría a constituir la especialización en «menores» del Estado de policía.

Es por ello que, en esta vinculación dialéctica, el gran desafío es entonces que el Estado de derecho limite del mejor modo posible las arbitrariedades e ilegalidades de aquél otro modelo.

En este marco, es posible caracterizar a la sentencia de la Corte como una forma de restablecimiento del Estado de derecho. Aunque, claro está, para Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourt, Orlando Álvarez Ríos y Diomedes Obed García Sánchez, haya sido demasiado tarde.

³³ Castel, Robert, *op. cit.*, p. 31-32.

³⁴ Al respecto se explicó que el «*estado de derecho es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, y se opone al estado de policía, en que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda... la historia muestra la dinámica del paso del estado de policía al de derecho, lo que impone una posición dialéctica: no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran*» (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 5).

Buenas prácticas de la Defensa Pública Reflexiones del caso ‘Bulacio’

Por Iris Amalia Moreira y Sergio María Oribones

Los hechos del caso

Es necesario repasar los hechos llevados ante el sistema Interamericano de Derechos Humanos por los familiares de Walter David Bulacio.

El 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o «razzia» de «más de ochenta personas» en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría 35^a, específicamente a la «sala de menores» de la misma. En este lugar fue golpeado por agentes policiales. Los detenidos fueron liberados progresivamente sin que se abriera causa penal en su contra y sin que conocieran, tampoco, el motivo de su detención. En el caso de los menores, no se notificó al Juez Correccional de Menores de turno, tal como lo requería la ley N° 10.903 y, en el caso particular de Walter David Bulacio, tampoco se notificó a sus familiares. Durante su detención, los menores estuvieron bajo condiciones de detención inadecuadas.

El 20 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio, tras haber vomitado en la mañana, fue llevado en ambulancia cerca de las once horas al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El médico que lo atendió en ese hospital señaló que el joven presentaba lesiones y diagnosticó un «traumatismo craneano». Esa misma tarde la presunta víctima fue trasladada al Hospital Municipal Fernández para efectuarle un estudio radiológico y regresado al Hospital Municipal Pirovano. Walter David Bulacio manifestó al médico que lo atendió que había sido golpeado por la policía, y esa noche fue visitado por sus padres

en dicho centro de salud, aquéllos se habían enterado poco antes de lo sucedido a su hijo, a través de un vecino.

El 21 de abril de 1991, el joven Walter David Bulacio fue trasladado al Sanatorio Mitre. El médico de guardia denunció ante la Comisaría 7^a que había ingresado «un menor de edad con lesiones» y, en consecuencia, ésta inició una investigación policial por el delito de lesiones.

El 23 de abril de 1991 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción de Menores N° 9 (en adelante «el Juzgado No. 9») conoció sobre las denuncias de lesiones en perjuicio de Walter David Bulacio.

El 26 de abril siguiente el joven Walter David Bulacio murió. El 30 de abril de 1991 el Juzgado recién mencionado se declaró incompetente y remitió la causa «contra NN en perjuicio de Walter [David] Bulacio por lesiones seguidas de muerte» al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 5 (en adelante «el Juzgado No. 5»), que conoce de delitos cometidos por mayores de edad. Los padres de la presunta víctima se constituyeron en querellantes el 3 de mayo siguiente ante el Juzgado N° 9 en la causa sobre las circunstancias en que ocurrieron las detenciones y otros ilícitos cometidos contra Walter David Bulacio y otras personas. La causa fue dividida y el Juzgado N° 5 retuvo la investigación de las lesiones y la muerte de Walter David Bulacio.

Apuntamos que a la época de estos hechos, en el orden internacional, el procedimiento por infracciones atribuidas a niños y jóvenes y la jurisdicción destinada a conocer tales hechos, encontraban marco regulatorio en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y otros instrumentos, en particular las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas de Beijing), de 1985, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), de 1990, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad), de 1990. La *Opinión Consultiva OC-17/2002* completó, al año siguiente, este contexto normativo.

Los actos trascendentes del procedimiento y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 24 de enero de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República Argentina que se originó en la denuncia N° 11.752, recibida en la Secretaría de la Comisión el 13 de mayo de 1997. Solicitó que declarara la violación en perjuicio de Walter David Bulacio de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 19 (Derechos del Niño), así como los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en detrimento de aquél y sus familiares, todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana. Igualmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar diversas reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

Las partes llegaron a un acuerdo de solución amistosa el 26 de febrero de 2003. Por un lado, el gobierno argentino reconoció la responsabilidad por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia con base en la demanda efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido se deja constancia que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales. Por otro lado, las partes solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara sobre las cuestiones de derecho discutidas en el caso, en lo correspondiente a la aplicación del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el marco de lo establecido por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 17.

En un posterior documento aclaratorio del acuerdo, el Estado argentino reconoció que la detención fue ilegal porque se aplicó normativa que luego fue declarada inconstitucional como el Memo 40, el cual era contrario a los estándares internacionales, y, además, porque se incumplieron normas internas que obligan a los funcionarios policiales a dar aviso a los padres, e informar a las personas menores de edad sobre las causas de la detención, y dar intervención a un juez sin demora. Como consecuencia de ello se

violaron los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 7 de la Convención. Asimismo, el Estado argentino reconoció responsabilidad por la violación del derecho a la vida y la integridad física, en los términos del acuerdo, por un inapropiado ejercicio de su deber de custodia. También en función de la responsabilidad internacional por las violaciones de los artículos 4, 5 y 7 el Estado argentino reconoció responsabilidad por la violación del artículo 19, por la no adopción de las medidas de protección que la condición de menor requería. Finalmente, el Estado reconoció la violación de los artículos 8 y 25. Ello por cuanto, basados en las circunstancias particulares del caso, se excedieron los estándares internacionales en materia de plazo razonable y no se alcanzó el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de recursos efectivos.

Conforme lo peticionado por las partes, el Tribunal internacional dictó sentencia el día 18 de setiembre de 2003 y allí se encargó de destacar que, en el caso, se habían violado:

a. El *derecho a la libertad personal*, consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, quien fue detenido por la policía de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de *razzia* sin que mediara orden judicial, y al no habersele informado de los derechos que le correspondían como detenido, ni haber dado pronto aviso a sus padres y al juez de menores sobre la detención.

b. El *derecho a la integridad personal*, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, quien fue golpeado por agentes de policía y sometido a malos tratos, según se manifiesta en la demanda.

c. El *derecho a la vida*, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, ya que el Estado, que se hallaba en una posición de garante, no observó «un apropiado ejercicio del deber de custodia».

d. El derecho a la *protección judicial y a las garantías judiciales*, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, al no haber informado al juez de menores inmediatamente de la detención de aquél. Por otra parte,

se privó de estos mismos derechos a los familiares de Walter David Bulacio al no haber provisto a éstos de un recurso judicial efectivo para esclarecer las causas de la detención y muerte de Walter David, sancionar a los responsables y reparar el daño causado.

e. El derecho a las *medidas especiales de protección* a favor de los menores, consagradas en el artículo 19 de la Convención Americana, que no fueron adoptadas a favor de Walter David Bulacio, como menor de edad.

f. Las obligaciones generales del Estado, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, respecto de los derechos violados tanto a Walter David Bulacio como a sus familiares.

El justo equilibrio entre el orden y la seguridad ciudadana y la protección de los derechos de los jóvenes a la libertad personal, a la vida, la integridad personal, a la protección judicial, a las garantías judiciales y a las medidas de protección.

La sentencia en comentario colocó esta cuestión bajo precisos límites, expresando: «...esta Corte reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’. Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho (parágrafo 124). En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al analizar el artículo 7 de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)» (parágrafo 125).

El Juez García Ramírez, en su voto fundado explicó: «La Corte considera probado que en la época de los hechos se llevaban a cabo

en la Argentina prácticas policiales que incluían las denominadas razzias, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. El Memorandum 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos (supra 69.A.1). Las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener -salvo en hipótesis de flagrancia- y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad».

Partimos de la premisa de que no está en discusión la legitimidad del accionar policial en cumplimiento de la función de seguridad que las leyes le asignan. Pero, si revisamos críticamente la práctica policial en nuestro país podemos afirmar que hasta la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, las detenciones arbitrarias de menores constituyeron una práctica habitual y tuvieron coexistencia pacífica con la doctrina y la legislación vigente. Razones de prevención especial justificaban las sistemáticas *razzias* de jóvenes reunidos en lugares tenidos como *peligrosos*. Fue mérito de la Convención de los Derechos del Niño poner de resalto la flagrante inconstitucionalidad de las normas que las autorizaban. En la actualidad toda la sociedad conoce su ilegalidad y podemos decir que las *razzias* han desaparecido también, en los hechos, por lo menos como sistema. Sin embargo, el peligro de que ellas vuelvan a aparecer en nuestra historia siempre está latente sobre todo cuando la sociedad *confundida* reclama represión policial y dureza judicial contra los niños y jóvenes a quienes se les atribuye producir su inseguridad ciudadana.

Estamos convencidos que la Defensa Pública puede y debe contribuir a evitar estas situaciones con acciones concretas.

En este trabajo trataremos de difundir cinco buenas prácticas - todas con marco legal- de los Defensores Públicos de Comodoro Rivadavia que creemos adecuadas a dicho objetivo. Sin que tengamos datos sobre la incidencia que cada una de ellas ha tenido, lo cierto es que, en las jurisdicciones donde ellas se cumplen con regularidad, la cifra total de hechos de violencia cometidos por la Policía ha disminuido.

Las visitas sorpresivas a los centros de detención

Los magistrados y funcionarios de la Defensa Pública de la Circunscripción de Comodoro Rivadavia, desde antes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizamos estratégicas y sorpresivas visitas a los centros de detención, sobre todo los fines de semana, con el fin de detectar detenciones ilegales.

La Corte Interamericana, se ocupó de precisar las circunstancias a tener en consideración para determinar si una detención es legal o ilegal. Así dijo: «*Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos, que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, trasladados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención*» (parágrafo 132).

Las visitas sorpresivas, pero sistemáticas, a las celdas de las comisarías y el cotejo de los detenidos con los registros de los que habla la Corte en su sentencia, constituyen una «buena práctica» porque permiten desnudar crudamente una «mala práctica policial» que más tarde, no se puede disfrazar de legal.

La denuncia y la querella por abusos policiales

El correcto asesoramiento a la víctima de abusos policiales acerca de su derecho a formular denuncia penal e incluso, el acompañamiento personal ante la fiscalía a estos efectos, es, sin

duda, otra «buena práctica» de los defensores públicos. Pero mejor aún, resulta la constitución como querellante o actor civil en el proceso penal para que la víctima obtenga una sentencia condenatoria en contra del mal funcionario policial y una reparación por el daño que le provocó su ilícito accionar.

Sucede a menudo que, en el mismo proceso penal, la Defensa Pública del Chubut, por mandato de la ley 4920, deba asistir técnicamente a las dos partes del conflicto: a la víctima del abuso policial promoviendo la respectiva querella y al imputado, funcionario de las filas policiales, ejerciendo su defensa técnica. Obviamente, son distintos defensores públicos quienes ocupan los antagónicos roles. Pero, hay algo más. El defensor público «querellante», aunque conciente de la trascendencia de su tarea, suele sentir que entra en crisis su propio rol defensista. Parece una buena medida para evitar estas tensiones, que, en definitiva repercuten en la calidad del servicio público que se presta, la creación de una oficina exclusiva y específica de «Querellas», tal como se encuentra organizada en el ámbito del Ministerio de la Defensa Pública nacional.

Las denuncias en el Banco de Datos

La creación del «Banco de Datos de Casos de Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes» en las distintas jurisdicciones provinciales constituye una herramienta valiosísima en la tarea de luchar contra los excesos y abusos policiales.

Las provincias de Buenos Aires y Chubut tienen ya organizados estos registros dentro de la órbita de la Defensa Pública. Sin duda, se trata de concretas medidas de acción positivas que honran el compromiso internacional asumido por el Estado argentino al ratificar la «Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» y otorgarle jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

Si bien la información colectada por el magistrado o funcionario de la Defensa Pública en entrevista privada con la víctima de la tortura, es de carácter reservado y de manejo exclusivo de su Director, lo cierto es que su implementación posibilita la confección

de un mapa de situación de la violencia policial y la adopción de medidas prácticas para combatirla.

Vale la pena aclarar que el registro del hecho de la tortura así como de los datos del agresor en el Banco de Datos, se efectúa aunque la víctima exprese una voluntad contraria a la formulación de la correspondiente denuncia penal.

Los habeas corpus por las condiciones de detención

En el voto del Dr. Sergio García Ramírez, se lee «*Así, el Estado es garante de la vida, la integridad, la salud, entre otros bienes y derechos, de los detenidos, como lo es de que las restricciones correspondientes a la detención no vayan más allá de lo que resulte inherente a ésta, conforme a su naturaleza. En mi Voto particular concurrente en el Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia del 21 de junio de 2002, señalé que la función de garante implica: a) omitir todo aquello que pudiera infiligr al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente –conforme a la ley aplicable– para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra».*

En la Circunscripción de Comodoro Rivadavia, en el año 2002 se organizó la Oficina de Asistencia al Detenido y al Condenado, bajo la Jefatura de uno de los que suscriben este trabajo.

Quizás uno de los logros más importantes de esa Oficina -emulada más tarde, en el resto de las Circunscripciones- fue el de haber logrado la sistematización de las inspecciones revisando las condiciones edilicias, de higiene, salubridad y alimentación de los lugares de detención.

Ello permitió un seguimiento regular sostenido en el tiempo y la ejecución de «buenas prácticas» concretas: intimaciones extrajudiciales y judiciales a los responsables de los centros para que el Estado asumiera su función de garante de la vida, la integridad y la salud de los presos; sucesivos amparos por reacondicionamiento de espacios de detención y varios amparos por cese de la privación de la libertad por superpoblación carcelaria; todos acogidos por la

Cámara del Crimen de Comodoro Rivadavia.

La consecuencia jurídica más trascendente de estos habeas corpus fue haber obtenido la libertad anticipada de los condenados que llevaban algún tiempo de encierro, que no habían cumplido la mitad de la condena, pero que tenían un buen comportamiento carcelario. Catorce libertades (14) anticipadas para una población carcelaria de cincuenta y nueve (59) internos que convivían en cuarenta y cinco (45) plazas de la Alcaidía policial, fue un excelente resultado.

Y la noticia más difundida fue el anuncio del Gobernador de la provincia del Chubut, declarando la emergencia carcelaria, disponiendo de una partida dineraria extraordinaria para atender las refacciones urgentes y una partida ordinaria de cinco millones de pesos para construir un establecimiento carcelario provincial. Hasta la fecha todavía no se dispone del predio donde se levantará, aunque los planos ya están aprobados.

En el ámbito de la Defensa Pública nacional la «Comisión de Cárcel», creada en febrero de 1998 por Resolución 158/98 de la DGN, se encarga de la evaluación de los contextos de detención en los lugares que alojan detenidos de la Justicia Federal, actuando de modo complementario a la actividad propia de cada Defensor Público. En esa función presentó acciones de habeas corpus, ante situaciones de emergencia y gravedad, v. gr.: la solicitud de traslado de mujeres y niños detenidos en el contenedor del escuadrón Nro. 53 de Gendarmería Nacional en San Salvador de Jujuy en 2005, la acción conjunta con la Procuración Penitenciaria a favor de las personas detenidas en el Complejo Penitenciario Federal de ciudad de Buenos Aires, que alojaba 2400 personas en un espacio que sólo permitía 1700 cupos, habeas corpus a favor de los detenidos del escuadrón Nro. 20 de San Ramón de la Nueva Orán, provincia de Salta en 2007.

El control judicial de la detención

La Corte se ocupó de remarcar la importancia del control judicial inmediato sobre las detenciones practicadas por la policía. Así señaló *«Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de*

derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. «[Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado» (parágrafo 129).

Los nuevos ordenamientos procesales de tinte acusatorio, adversarial y con actos procesales cumplidos exclusivamente en audiencias orales, tienen la ventaja de que el control de detención se efectúa, ciertamente, dentro de las veinticuatro horas de la detención pedida por el fiscal, en audiencia presidida por el juez de garantías y con la presencia del imputado y su defensor. Lo primero que se examina es la legalidad de la detención y la forma en que ésta se ha cumplido. Va de suyo, que la inmediatez de este control permite detectar las señas corporales que deja el abuso policial, al punto que su denuncia por el imputado se efectiviza ya en esta primera audiencia.

Constituye otra «buena práctica» de los Defensores Públicos, el uso de todas las vías legales, para que se respete el plazo de veinticuatro horas que como máximo debe transcurrir entre la aprehensión y el control judicial de la medida, interponiendo el respectivo *habeas corpus* ante su inobservancia. Y ello, porque el tiempo en exceso sin control jurisdiccional, constituye un agravamiento ilegítimo de la detención.

Entendemos que estas «buenas prácticas» de los operadores de la Defensa Pública propenden a dar efectiva protección de los derechos de los jóvenes a la libertad personal, a la vida, a la integridad personal, a la protección judicial, a las garantías judiciales y a las medidas de protección. Entendemos, también, que es tarea de los operadores de la Defensa Pública despertar conciencia ciudadana de que ellas contribuyen al orden y seguridad tan anhelados por estos tiempos, como medio para afianzar el Estado

de Derecho. En este rubro de nobles modos de trabajo, queremos mencionar a la «Comisión de seguimiento del tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes» formada en el ámbito de la Defensoría General de la Nación por Resolución DGN 841/06 con el objetivo especial de coordinar tareas tendientes a verificar las condiciones generales de alojamiento de niñas, niños y adolescentes en las diferentes instituciones del país, que se ejecuta a través de visitas a las instalaciones y entrevistas con los allí alojados, para verificar los estándares nacionales e internacionales de albergue.

El proceso penal juvenil. Las garantías. Las medidas socio-educativas. Las medidas de protección.

El fallo ‘Bulacio’ se ocupó de trazar los acotados límites de la intervención penal estatal cuando se trata de atribuir un hecho delictivo a una persona merecedora de la tutela de la Convención de los Derechos del Niño y sus instrumentos complementarios.

Así se lee en la sentencia: *«Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control social penal o cuasipenal, como es el atinente a los menores de edad. Las figuras de conducta que justifican la intervención sancionadora del Estado deben referirse a verdaderas afectaciones indebidas de bienes jurídicos, previstas legalmente, no apenas a situaciones de supuesto riesgo o peligro que hagan sospechar -conforme al arbitrio de quienes las observan- la posibilidad de que ocurra una transgresión, y con este «fundamento» pongan en curso el aparato represivo del Estado. Y en todo caso es preciso establecer una clasificación racional de las conductas ilícitas, distribuidas en categorías bien sustentadas, que advierta la diferente gravedad de las infracciones y regule en consecuencia la reacción jurídica, sin incurrir en excesos propios de un sistema autoritario. Ciertamente hay que prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos, y a este fin sirve la función de policía en el Estado de Derecho, pero esa prevención no legitima acciones ilimitadas frente al comportamiento de jóvenes que no vulneran el orden jurídico, o lo quebrantan con acciones de escasa entidad o lesividad que no constituyen delitos ni debieran acarrear el trato y las consecuencias inherentes a éstos. La fractura de los límites para*

la actuación represiva del poder público y la invasión de los naturales espacios de libertad de las personas –menores de edad, en la especie– constituye un serio peligro, este sí, para el Estado de Derecho. De todo ello resulta la necesidad de respetar el ámbito del comportamiento libre y establecer cuidadosamente, dentro del marco de la ley, aquellos actos que implican lesión grave de bienes jurídicos, frente a los cuales resulte legítimo –conforme a un criterio de legitimidad material, no apenas formal– poner en movimiento la función punitiva, deslindándolos de infracciones menores, que deben ser atendidas con otras medidas e instrumentos, públicos y privados» (parágrafos 14 y 15).

Es nítido que la Corte pontificó el respeto absoluto del modelo de ‘protección integral de la infancia’ que terminó de perfeccionarse con la Convención de los Derechos del Niños (CDN) de 1989, y que reconoce como hitos incuestionables las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso Gault (1967) y del Tribunal Constitucional español (1991).

Vale la pena que repasemos brevemente la historia y las características de su nefasto predecesor, el modelo de la «situación irregular» para que, en la polaridad, entre uno y otro, podamos distinguir sus diferencias y formular apreciaciones críticas que nos permitan adoptar posición y sentar los lineamientos de nuestras intervenciones como defensores y asesores de familia.

En el siglo XIX, los «salvadores del niño» impulsaron una serie de reformas tendientes a la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal de adultos, aunque en rigor se preveía expresamente la posibilidad de derivar casos desde el tribunal de menores al tribunal criminal de adultos, mediante la figura del «waiving». Estos reformadores perseguían un ideal rehabilitador y adherían a la llamada «nueva penología» de orientación socio-etiológica. La cárcel se sustituía por reformatorios organizados bajo diversas modalidades (escuelas industriales, escuelas de formación, residencias de acogida en el campo, etc). Explica la doctrina que por aquel entonces, Frederick Wines, notable reformador y experto en criminología, declaraba en 1879: «El objeto de las instituciones de reformatorio

está bien claro: no es el castigo por los delitos pasados, sino el adiestramiento para la utilidad futura...» (intervención en el Board of Public Carities de Illinois, citada por Platt, páginas 124-125).

En este marco ideológico, en 1899 se creó el tribunal de menores de Illinois, primer tribunal especial de la historia. Su competencia abarcaba conductas cometidas por adolescentes que eran constitutivas de delitos («*delinquency offenses*»), y se extendía además a las llamadas «*status offenses*» o delitos en razón de su condición, referidas a comportamientos del menor (tales como huir del hogar paterno, o no asistir a la escuela). El procedimiento era concebido como un medio a través del cual se aplicaba al joven un beneficio y no una sanción, razón por la cual estaba desprovisto de garantías y concluía con la imposición de una medida de duración indeterminada, sujeta al hecho futuro e incierto de la «*rehabilitación*».

Este núcleo, a pesar de su origen anglosajón, fue la base del modelo que en el contexto latinoamericano se conoce como «doctrina de la situación irregular» con una patente confusión de la vía sancionatoria y la proteccional. Lo ejemplifica Julio Cortés Morales afirmando que el no ejercicio por el niño de algo que debería entenderse como un derecho, como es la educación, era sancionado de la misma forma que si el niño hubiera cometido un robo o asesinato. De este modo la intervención estatal no era considerada punitiva sino de protección o tutela, y la falta de garantías en los procedimientos estaba justificada en el hecho de que no se aplicaba una sanción sino un beneficio. El Estado asumía la guarda de todo menor en condiciones sociales o individuales adversas que podían llevarlo a la comisión de un delito.

En las antípodas, promediando la década del 80 del siglo pasado y animado, sobre todo, en el escaso éxito del interventionismo que había operado hasta entonces, se generó el «*Justicie Model*», Modelo de «justicia», o de «responsabilidad», o Modelo «jurídico». Su principal característica es el reconocimiento de garantías constitucionales al niño, verdadero sujeto de derechos.

Sus postulados son:

- (I) El niño es un sujeto de derechos;

- (II) Debe regir el principio de la progresividad y distinguirse entre niños y adolescentes;
- (III) La responsabilidad penal sólo puede ser atribuida por actos legalmente determinados como delitos;
- (IV) Procesalmente, el menor no puede tener una situación menos garantizada que la de un adulto;
- (V) Se aplica (o debiera aplicarse) la doctrina de la «protección integral».

Consecuentemente, no abandona la ideología educativa. Asume que cada persona es responsable de lo que hace; el presupuesto es que los delitos son cometidos como el resultado de una decisión racional, pesando beneficios y costos. El niño es una persona desprotegida, pero necesitada de pena y corrección. Enfatiza las ideas de prevención y retribución. La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido.

El reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos a los niños, niñas y adolescentes implica que nunca más, bajo el pretexto de la protección de estas personas, podrán restringirse sus derechos. La lógica de la protección de derechos no puede ser la misma que la de infracción de normas penales por el joven. La intervención del Estado debe ser máxima en el primer caso y mínima en el segundo.

Sin embargo, este sistema, a pesar de que logró instalar definitivamente un proceso penal juvenil respetuoso de las garantías procesales, a nuestro criterio, se encuentra a mitad de camino en nuestro país.

Por un lado, las conductas que se juzgan en este ‘proceso penal juvenil’ son las tipificadas en el Código Penal, un código de adultos. Al mismo tiempo se espera que la sanción sea aplicada al joven con la misma dureza que a un adulto. Para ponerse a tono con la CDN y con las enseñanzas de la Corte Interamericana en el caso ‘Bulacio’, es necesario avanzar en la sanción de un catálogo de infracciones juveniles que tipifiquen *sólo* atentados graves contra los derechos de otras personas, tomando en cuenta las especificidades de los jóvenes. Claro está que ello significa la despenalización de ciertas conductas de los jóvenes, aquellas que no son graves. Al menos,

esta adecuación constitucional deberá ser aceptada por la sociedad argentina que hipócritamente se concibe como «virtuosa», percibe a los jóvenes como una «lacra» y no está dispuesta a tolerarle los hechos graves que ellos ejecuten.

Por otro lado, rara vez, se acierta en la faz sancionatoria. Muchas veces las dos «hipótesis de intervención» estatal concurren en el mismo caso: un niño comprometido en actos delictivos sufre de abandono o explotación. Se busca dar una «respuesta integral» al «problema» y entonces, el tribunal penal ordena su «internación» -en los mismos «institutos» del modelo tutelar o semejantes, ahora pintados a nuevo- volviendo a la confusión de las viejas épocas.

El derecho penal juvenil es control punitivo-preventivo. Para hacer un ajuste a la CDN, es necesario que, como regla general, para los jóvenes en que el delito aparece como un episodio en el tránsito hacia la adultez, se renuncie al máximo a una sanción, no sólo si es privativa de libertad, sino también si es ambulatoria. La moderna política del Derecho penal juvenil ofrece numerosas salidas para ello, la conciliación, la reparación, la renuncia al procedimiento o la ejecución efectiva de la sanción ordenada por el juez.

Los programas ambulatorios, representan sólo el mal menor frente al mal mayor de las medidas privativas de libertad, a las que pretende sustituir. Deben quedar reservados para aquellos jóvenes que empiezan a hacer del delito su medio de vida y deben cumplir clara función sancionatoria. Claro está, siempre al lado, deberá funcionar eficazmente la vía de la protección de derechos, si y solo sí, los básicos del joven están vulnerados. Y lo más importante, todos los operadores, los del control y los de la protección, deben actuar seriamente, para que el sistema sea creíble, para el joven y para la sociedad.

La privación de la libertad y con escasa duración, debe ser excepcional, aplicable, sólo a los delitos graves.

No nos cabe duda que la educación y la restitución de derechos es tarea ajena al derecho penal juvenil. Damos algunas razones de esta afirmación. El fundamento de la auténtica educación es liberador, emancipador, lo que excluye, por sí, todo fundamento sancionador.

Si se imparte verdadera educación, es porque se desprecia el aspecto punitivo reduciendo la relación a pura educación y ayuda. La tensión entre sanción y educación es difícil de resolver con un solo programa y un solo operador. El joven debe contar con el apoyo de personas que no se identifiquen con el rol de control y sanción. Consecuentemente, deben intervenir, respecto de un mismo joven, las dos vías al mismo tiempo y separadamente, por medio de agentes diferenciados: al mismo joven «sancionado» con una medida ambulatoria obligatoria y al que se controla en el cumplimiento de sus deberes, debe entregársele herramientas para la superación de su marginalidad social y económica, permitiéndole un disfrute más real de sus derechos, pero por parte de un programa y personas distintas, provenientes de la vía de protección especial de derechos.

En algunas legislaciones provinciales como la del Chubut -a partir de las leyes 4347 y 5478- y en la Nación con la sanción de la ley 26.061, podemos afirmar recepcionada y regulada suficientemente esta doble vía. Sin embargo, en los hechos hay confusión, sobre todo en los fiscales y jueces. Es una misión actual de los operadores de la Defensa Pública aportar claridad en esta distinción, a través de nuestras peticiones y oposiciones a los pedimentos fiscales, e impugnaciones de las resoluciones judiciales que incurran en error interpretativo de las claras normas procesales.

La ‘supergarantía’ de la infancia. Caso de los infractores menores de la edad de responsabilidad juvenil

Los infractores menores de la edad de la responsabilidad juvenil no pueden ni deben ser sentados delante de un juez penal. Ni el derecho a ser oído del niño, ni la necesidad de despertar el sentido de su responsabilidad y la de sus padres, ni la función pedagógica que se atribuye al pseudo-proceso penal de un niño de 10 o 12 años lo justifican.

Veamos: la Convención de los Derechos del Niño cataloga al niño como todo menor de 18 años (artículo 1º). Sin embargo, en lo que hace a la represión penal realiza una marcada distinción: establece las garantías que se deben respetar para aquellos menores a los que se alegue que hayan infringido las leyes penales, o se los

acuse o declare culpables (artículo 40 incisos 1 y 2), para en el inciso 3. a) considerar el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, más conocidas como Reglas de Beijing, por su parte, define al sujeto que aquí nos interesa como todo niño o joven que, *con arreglo al sistema jurídico respectivo*, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto, y menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito (artículo 2.2 incisos a) y c)).

Así las cosas, nuestro derecho local -Ley 22278- decide que ese «piso» de imputabilidad sea a los dieciséis (16) años.

El nuevo proceso penal del Chubut (Ley 5478), en su artículo 403 establece que al menor de 18 años a quien se le atribuya participación en un acto u omisión catalogado como delito, le serán de aplicación de las reglas para niños y adolescentes (libro V); y si, como principio general (artículo 1º Ley 5478), la Convención de los Derechos del Niño (artículo 75 inciso 22 CN), resulta de aplicación directa y prevalece sobre cualquier otra norma de jerarquía inferior, e informan toda la interpretación del articulado adjetivo, no resulta forzoso concluir que los jóvenes imputables, en los términos del artículo 1º Ley 22278, tal cuál ocurre en el caso que nos ocupa, resultan ajenos a cualquier tipo de persecución en el proceso penal, trámite éste que no esta «pensado» con la finalidad protectora de los jóvenes que dispone el artículo 4 de la CDN.

En el orden de ideas expuesto, leemos: «La CDN diferencia claramente dos situaciones distintas entre si: una es la de los niños imputados de delitos y otra, la de niños que tienen sus derechos vulnerados. Ambas situaciones merecen diferentes tratamientos, la primera incumbe a la política criminal; la segunda es una cuestión de políticas sociales que el Estado debe abordar por otra vías diferentes de la Justicia» (Laura Elbert, Virginia Vasile y Fabiana Reyes, Situación normativa de las personas menores de 18 años imputados de la comisión de un delito, Publicado por UNICEF, en: Proponer y dialogar -Temas jóvenes para la reflexión y el debate,

UNICEF- Agosto 2002).

Las orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing expresan que para reparar los derechos vulnerados que se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el numero de casos en que haya de intervenir la justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente acarrea cualquier tipo de intervención.

Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, lo único que podría habilitarlo a intervenir -y no coactivamente- es un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar como derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

Además, como no podía ser de otra manera, el análisis sistemático del Código Procesal Penal del Chubut que venimos analizando nos conduce a la misma conclusión. Así vemos que el Fiscal puede solicitar el archivo de la causa después de la valoración inicial (art. 269) en los casos en que no se hubiese podido individualizar al autor o participe, es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción, o no se puede proceder (art. 271), si conjugamos ello, con el 4to. párrafo del art. 405, que contempla la posibilidad de archivar la causa, el archivo, en tal caso, solamente resultaría aplicable cuando aparecen jóvenes menores de 16 años, es decir inimputables, ya que sería un caso en que no se puede proceder, lo que armoniza con la normativa constitucional arriba expresada.

Y si existiese a criterio del Ministerio Público Fiscal alguna situación del joven que requiriese la intervención estatal, deberían remitir los antecedentes a los organismos pertinentes (art. 405 de la Ley 5478 o art. 87 inc. l) y el inc. q) de la Ley Provincial 4347), sin necesidad de convocar a la audiencia de apertura de la investigación la cual está

prevista con otro objeto en el Código Procesal Penal, tan sólo detengamos nuestra atención en las actividades que en ella se cumple para percibir esto: vemos que ahí se le imputará -a un inimputable (c)- el hecho delictivo, se lo interrogará sobre el mismo, sobre sus antecedentes penales, etc. Todo en aras del art. 12 de la CDN? No es adecuado porque se le otorga el mismo tratamiento que al joven mayor de 18 años, situación absurda e ilegal en los términos apuntados por la CDN y el artículo 16 de la Constitución Nacional y a contrario sensu el artículo 35 de la Constitución del Chubut.

Convocar a la audiencia de apertura de la investigación, o a cualquier acto del procedimiento penal a jóvenes menores de dieciséis (16) años importa además un dispendio jurisdiccional contrario a lo que el legislador tuvo en mira con la nueva normativa: «...los distintos instrumentos que el nuevo código ha concebido permite que los recursos de que dispone el Estado (Ministerio Fiscal) se apliquen preferentemente a la persecución de los casos más relevantes y complejos..., se apreciará el efecto positivo inmediato que sobrevendrá al posibilitarse la atención preferente de la persecución penal pública en los hechos que se proyectan más negativamente hoy, pretiriendo un gran número de hechos que insumen considerable tiempo y cantidades de recursos humanos, materiales y económicos, en forma muy gravosa por la desproporción entre su empleo y los resultados en relación a los fines del proceso penal» (Raúl Heredia, reflexiones a propósito del nuevo código procesal penal de Chubut (Ley 5478), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (www.acader.unc.edu.ar).

Enseña la doctrina especializada «Un caso particularmente complejo es el de la intervención que suele tener lugar respecto de niños que cometan hechos delictivos pero que no pueden ser considerados responsables ante la ley por los mismos. Si los planes de reforma del gobierno en materia de responsabilidad juvenil prosperan, esa hipótesis se dará por debajo de los catorce años. Es decir, para efectos legales, el delito cometido por niños de trece o menos años de edad, no existe, pues ni siquiera será posible imponer en ese caso las medidas (sanciones) especiales de la futura ley de responsabilidad juvenil, se las considere o no «educativas». Este es

un caso que desafía la consistencia del principio de separación de medidas, porque la tendencia habitual en los casos de delitos graves cometidos por niños no responsables, es aplicarles por ese hecho medidas de la vía de «protección» (la vía aplicable a los niños abandonados, maltratados, etc.), a las que muchas veces se tiende a configurar como medidas pseudos-sancionatorias, con un importante grado de control. Este peligro se encuentra incluso en un cuerpo legal tan elaborado y respetuoso de los derechos del niño, como el Estatuto del Niño y el Adolescente, de Brasil, que al acto infractor de ley penal cometido por un niño (menor de 12 años, completamente no-responsable por esas conductas) aplica, sin necesidad de otro requisito, las medidas de protección. Desde luego que si las medidas de protección (incluida la acogida en centros u hogares residenciales) se configuran realmente como oferta de ayuda y no como imposición, no hay ninguna objeción frente a que dicha oferta se haga a un niño necesitado de ella, que además ha cometido un hecho delictivo (por el que, dada su edad, no es responsable). El problema es que si la sola comisión de ese hecho (que se supone ante la ley no existe) ya es mérito para aplicar medidas de protección, la tendencia natural a configurarlas de un modo sancionatorio es fuerte y su carácter «de ayuda» y de «restitución de derechos» corre el riesgo de desnaturalizarse, y convertirse en un nombre que encubre control y sanción en pena encubierta. Por ello, la decisión de fijar el límite de responsabilidad penal (aunque sea penal-juvenil) a una determinada edad, debe ser muy seria e implica asumir el siguiente compromiso político, que se debe garantizar jurídicamente: por grave que sea el hecho delictivo cometido por una persona menor de esa edad, se renuncia absolutamente a privarlo de libertad o a imponerle otra medida cuyo incumplimiento por el niño pueda implicar privación de libertad» (*Jaime Couso Salas «Problemas teóricos y prácticos del principio de separación, medidas y programas, entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos», en Justicia y Derechos del Niño, N° 1, p. 79.*)

En definitiva, entendemos que un menor de dieciséis (16) años resulta ajeno al proceso penal, y cualquier situación que amenace su derechos debe atenderse por los organismos estatales pertinentes, nunca en un trámite del proceso penal como lo es la audiencia de

inicio del proceso penal; la posible participación de un joven en un hecho delictivo no es sinónimo, o signo inequívoco de violación de sus derechos, esto responde a la lógica tutelar de situación de peligro o abandono, puede ser un indicador pero nunca una conclusión directa, y en ese supuesto, nuestro sistema legal que en el tema abreva en la ideología de la «protección integral» con meridiana claridad dispone que otros estamentos estatales se ocupen de ese joven y sus derechos vulnerados, lo excluye del proceso penal.

En este sentido la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia dispuso que puede corresponder la aplicación de una medida de protección pero no por la justicia penal, puesto que a tales fines debe ser remitida a la justicia civil - art. 87 inc. l) de la ley 4347- (Conf. Aída Kemelmajer de Carlucci «Justicia Restaurativa», Rubinzel - Culzoni, Sta. Fe, pag. 96). Va de suyo entonces que el supuesto que nos ocupa no encuadra dentro de las previsiones del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que tal norma junto con la del artículo 37 constituyen los lineamientos generales del sistema de responsabilidad penal juvenil; sistema del cual esta excluido el menor W. L, en razón de su edad. (*Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala «A», agosto de 2005*).

A nuestro criterio, la exclusión de toda intervención sancionatoria estatal por debajo de los dieciséis (16) años es la ‘supergarantía’ de la infancia en la Argentina.

Los Defensores Pùblicos y Asesores debemos luchar porque ella efectivamente sea resguardada y que ningún pretexto responsabilizador o educador la desvirtúe y desconozca; en ese sentido entendemos el «Convenio marco de cooperación institucional entre el Ministerio Pùblico de la Defensa de la Nación y el Ministerio de la Defensa Pública de la Provincia del Chubut» recientemente suscripto, donde entre otros tópicos, se propone la coordinación e implementación de «buenas prácticas» con independencia de los fueros que nos impone nuestro sistema de gobierno federal; así planea en el punto 4. «Diseñar y ejecutar actividades de formación, investigación y difusión sobre mecanismos internacionales, nacionales y provinciales de protección de derechos humanos», y promueve en

el punto 7. «Elaborar y presentar dictámenes, documentos, informes, denuncias y acciones administrativas y judiciales, destinados a tornar operativos los compromisos asumidos por el Estado Argentino en materia de protección de derechos humanos»; el original acuerdo de la Defensa Pública de Nación y Chubut nos coloca en la senda auspiciosa del consenso con miras de optimizar insumos e información para «defender» mejor los derechos de las personas que nos ocupan; el futuro demostrará si supimos aprovechar esta posibilidad que hoy se proyecta.

MUJERES

La sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Penal Miguel Castro Castro.

Condiciones de detención y derechos de las mujeres

Por Florencia G. Plazas

I. Introducción

El 25 de noviembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dictó sentencia en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fue la primera vez que ese órgano jurisdiccional aplicó, para analizar los hechos y derechos involucrados en el caso, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Entre el 6 y el 9 de mayo de 1992 el gobierno peruano efectuó en el Penal Castro Castro el «Operativo Mudanza 1». Oficialmente se estableció que tenía como finalidad trasladar a las internas a otros penales. Sin embargo, resultó ser un ataque dirigido a las mujeres alojadas en el pabellón 1A y a los internos varones del pabellón 4B, todos ellos acusados de hechos de terrorismo.

En el ataque se utilizaron armas de guerra, explosivos, granadas y francotiradores. Resultaron muertas 41 personas y heridas más de 185. La Corte IDH entendió que, tanto durante el operativo como en el traslado posterior de los sobrevivientes a hospitales y otros penales, el Estado peruano violó derechos humanos fundamentales en el trato a los reclusos, y los catalogó de tortura.

Si bien el Estado se allanó parcialmente respecto de los hechos denunciados, la Corte IDH dictó sentencia. Como se verá, esta decisión jurisdiccional representó un avance del sistema interamericano de derechos humanos en lo que se refiere a la justicia de género.

La Corte IDH entendió que el Estado peruano había perpetrado,

en el ataque al Penal Castro Castro, ciertos actos contra las víctimas mujeres con la especial finalidad de afectarlas en razón de su género. Expresamente estableció: «...la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres»¹.

La Corte IDH también utilizó el concepto de violencia sexual a la luz de los avances del derecho penal internacional para analizar las condiciones de detención que fueron impuestas a las reclusas del Penal Castro Castro así como las inspecciones vaginales a las que fue sometida una de las internas víctima del «Operativo Mudanza 1». Asimismo, estableció diferencias en las reparaciones económicas favoreciendo a aquellas víctimas mujeres que padecieron un mayor sufrimiento por su calidad de embarazadas o madres.

II. Hechos

Al analizar los hechos del caso la Corte IDH hizo especial hincapié en la necesidad de contextualizarlos en el momento histórico y político que se encontraba atravesando el Estado peruano².

Para ello, tuvo especialmente en cuenta que desde comienzos de la década de los ochenta hasta finales del año 2000 se vivió en ese país un «conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policial y militar»³ en el que se estableció una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos con ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechadas de ser miembros de grupos armados como Sendero Luminoso o el

¹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160, par. 223.

² Para ello resultó fundamental el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, CVR, del 27 de agosto de 2003. Asimismo, en dicho documento se analizó, dentro del capítulo «Los casos investigados por la CVR», los hechos sucedidos en el Penal Castro Castro.

³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.1.

Movimiento Revolucionario Tupac Amaru.

Estas prácticas, llevadas a cabo por agentes estatales siguiendo las órdenes de jefes militares y policiales, fueron implementadas también en las prisiones en las que el Estado «*improvisó un sistema único de concentración de reclusos, sin implementar regímenes adecuados a estos internos acusados y sentenciados por delitos de terrorismo y traición a la patria*»⁴.

El 6 de abril de 1992 el entonces presidente constitucional, Alberto Fujimori, promulgó un decreto a través del cual disolvió el Congreso y el Tribunal de Garantías Constitucionales, intervino el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal. Ese mismo día dictó otro decreto en el que ordenó la reorganización del Instituto Nacional Penitenciario y encargó a la Policía Nacional del Perú el control de la seguridad de los centros penitenciarios. En el marco de esta reorganización se ejecutó el «Operativo Mudanza 1».

De acuerdo a la sentencia emitida por la Sala Nacional de Terrorismo de la Corte Suprema de Justicia del Perú⁵, la versión oficial fue que el operativo consistió en el traslado de las mujeres que se hallaban detenidas en el pabellón 1A del Penal Castro Castro a otra unidad penitenciaria. Sin embargo, ni el director del penal ni las internas ni sus familiares o abogados fueron informados al respecto. Tal como lo establece la Corte IDH, «*el objetivo real del ‘operativo’ no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un ataque premeditado, un operativo diseñado para atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro*»⁶.

Al momento de los hechos, en dichos pabellones se encontraban alojadas personas acusadas o sentenciadas por delitos de terrorismo o traición a la patria que, presuntamente, eran miembros del grupo armado Sendero Luminoso. En el 1A se alojaban 135 mujeres y 50 varones y en el 4B, aproximadamente 400 varones.

⁴ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.10.

⁵ Sentencia del 3 de febrero de 2004.

⁶ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.16.

En la madrugada del 6 de mayo de 1992 se inició el operativo con participación de personal policial y de efectivos de unidades especializadas. Agentes estatales pertenecientes a las fuerzas de seguridad derribaron la pared externa del patio del pabellón 1A utilizando explosivos a la vez que personal policial tomó control de los techos abriendo boquetes desde los cuales efectuaron disparos de armas de fuego hacia el interior del pabellón. En las ventanas y techos de los pabellones lindantes se ubicaron francotiradores.

En horas de la mañana la Policía Nacional introdujo granadas, bombas y gases lacrimógenos en el pabellón 1A. Como existía comunicación interna subterránea entre este pabellón y el 4B, las internas comenzaron a usar esos túneles para huir. Para ello tuvieron que arrastrarse por el suelo para no ser alcanzadas por los francotiradores. Debieron pasar por encima de los cuerpos de los internos muertos y al final del túnel se encontraron con grupos de policías que les disparaban.

Los internos alojados en el pabellón 4B reaccionaron al ataque de sus compañeras con una protesta pero la policía les disparó para acallarlos.

Los ataques continuaron durante todo el día. Por la tarde ingresaron agentes estatales y trasladaron a algunas internas heridas a la zona de admisión y posteriormente a otro penal. Al día siguiente, se prohibió la presencia de organismos de derechos humanos en las cercanías del lugar y se estableció el corte del suministro de luz, agua y alimentos para los internos. Efectivos de las fuerzas armadas incrementaron los ataques contra el pabellón 4B utilizando cohetes desde helicópteros, granadas y fuego de mortero.

El Estado peruano rechazó los ofrecimientos de intervención de la Cruz Roja Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Episcopal de Acción Social y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

En horas de la mañana del último día del operativo, el 9 de mayo de 1992, se reanudaron los ataques con mayor intensidad contra el pabellón 4B. Por la tarde, un grupo de internos solicitó el alto el fuego y anunció que saldrían desarmados del pabellón. Sin embargo, a pesar de su rendición, fueron ejecutados por ráfagas de disparos.

Una vez culminado el operativo, se mantuvo por varios días a los sobrevivientes boca abajo en el piso, a la intemperie, sin abrigo, en posición fetal y permitiéndoles levantarse sólo para ir al baño. Los internos recibieron golpes y fueron vigilados en todo momento por agentes estatales con perros. Entre ellos se encontraban personas heridas y mujeres embarazadas⁷.

Algunos internos varones permanecieron en esas condiciones hasta el 22 de mayo. Las mujeres fueron trasladadas a diferentes penales y los heridos, luego de varios días sin atención médica, al hospital. Sin embargo, una vez allí no recibieron atención adecuada, fueron desnudados y se los obligó a permanecer sin ropa. A las mujeres no se les permitió asearse, estaban cubiertas con sábanas y para ir al baño eran acompañadas por un guardia varón que las apuntaba mientras hacían sus necesidades fisiológicas. Una de ellas fue objeto de una inspección vaginal dactilar realizada por varias personas encapuchadas a la vez⁸.

Las internas que fueron trasladadas a otros penales sufrieron constante mal trato físico y psicológicos. Fueron incomunicadas entre sí y con el mundo exterior ya que no pudieron acceder a periódicos, libros, televisores o radios. Una vez levantada la incomunicación absoluta, sólo pudieron comunicarse con sus familiares e hijos una vez al mes a través de una malla⁹.

Tampoco se les proveyó de objetos de aseo personal como jabón, toallas sanitarias ni ropa íntima ni de abrigo. Permanecían de a dos en celdas de dos metros por dos metros 23 horas del día y no tenían acceso a luz natural ni artificial. Los alimentos eran escasos y eran requisadas varias veces por día.

Similares situaciones sufrieron los internos varones que permanecieron en el Penal Castro Castro así como aquellos que fueron trasladados a otras unidades.

⁷ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.42.

⁸ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.49 a 197.51.

⁹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.56.

Por su parte, los familiares de los internos no obtuvieron información de las autoridades sobre la situación de sus allegados. Debieron recorrer hospitales y morgues para saber si éstos se encontraban vivos o muertos. En ningún momento recibieron ayuda estatal para buscar e identificar los restos de los muertos¹⁰.

III. El allanamiento parcial del Estado peruano

El Estado peruano se allanó respecto de los hechos que sucedieron entre el 6 y el 9 de mayo es decir, mientras duró el «Operativo Mudanza 1». Sin embargo, no aceptó su responsabilidad respecto de lo ocurrido con posterioridad a dicha fecha.

Por ello la Corte dictó sentencia en tanto subsistía la controversia sobre los hechos ocurridos una vez finalizado el ataque al Penal Castro Castro. Asimismo, a pesar del reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado denunciado, entendió pertinente evaluar el alcance del derecho a la vida e integridad personal, fijar la identidad de las víctimas y determinar las reparaciones correspondientes.

IV. Derecho a la vida

La Corte IDH calificó a los hechos ocurridos en el Penal Castro Castro como una «masacre», y sostuvo que «*se trató de un ataque ejecutado para atentar contra la vida e integridad de los internos que se encontraban en los pabellones 1A y 4B*»¹¹.

En su análisis ponderó que no existió un motín de los internos ni ninguna otra causa que legitimase el uso de la fuerza estatal con tal intensidad. Por el contrario, ha quedado verificado que las autoridades estatales no comunicaron que efectuarían un traslado de las internas y que los ataques fueron realizados por parte de

¹⁰ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 197.55.

¹¹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 234.

fuerzas de seguridad especiales utilizando armamento de guerra o propio de incursiones militares.

La Corte IDH puntualizó que el derecho internacional de los derechos humanos exige a los Estados que el respeto al derecho a la vida sea garantizado por dos vías. Debe asegurarse que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente así como adoptar todas las medidas necesarias para proteger y preservar ese derecho. Esta última obligación, que deriva del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), alcanza a todas las agencias estatales y, entre ellas, a las fuerzas de seguridad como la policía y las fuerzas armadas¹².

Por ello se entendió pertinente analizar si el Estado había violado el derecho a la vida de los internos del Penal Castro Castro a través del uso ilegítimo de la fuerza estatal por parte de los funcionarios de seguridad peruanos en el «Operativo Mudanza 1».

La Corte IDH utilizó los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por parte de oficiales encargados de hacer cumplir la ley*, normativa adoptada en el sistema universal de derechos humanos. Estos principios de Naciones Unidas habilitan el uso de armas letales sólo en aquellos casos en que sea estrictamente inevitable para proteger una vida y siempre que no existan medidas eficaces menos extremas¹³.

En la sentencia también se hizo alusión a decisiones previas adoptadas en el ámbito del sistema interamericano en las que se había analizado la magnitud de la fuerza estatal utilizada para mantener el orden dentro de las unidades penitenciarias. En dicha oportunidad la Corte sostuvo que los Estados deben actuar «*dentro de los límites y conforme a procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana*»¹⁴.

¹² Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 237.

¹³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, op. cit., par. 238.

¹⁴ Ver: *Caso Montero Aranguren y otros*, sentencia de 5 de julio de 2006, serie C No. 150, par. 70; Caso Neira Alegría y otros, sentencia de 19 de enero de 1995,

Al trasladar este análisis al ataque al Penal Castro Castro perpetrado por agentes de fuerzas de seguridad peruanas, la Corte enfatizó la inexistencia de un motín previo a la puesta en marcha del «Operativo Mudanza 1» así como la ausencia de alguna causal que ameritara el uso legítimo de la fuerza del Estado.

Por el contrario, sostuvo que quedó probado en el proceso internacional que la resistencia que opusieron los internos fue posterior al ataque perpetrado por el Estado peruano, «*como una reacción normal a la ofensiva de las fuerzas de seguridad, por un instinto natural de defensa de la vida e integridad física*»¹⁵.

El uso irracional de la fuerza estatal en el «Operativo Mudanza 1» quedó demostrado en los resultados de las autopsias realizadas en los cadáveres de los 41 internos muertos, que presentaban de 3 a 12 heridas de bala en la cabeza y el tórax. Los peritajes realizados en los sobrevivientes arrojaron similares resultados.

Asimismo, la Corte IDH destacó la diferencia en el número de bajas entre los internos –41– y las fuerzas de seguridad involucradas en el operativo –1– así como en la cantidad de heridos: aproximadamente 190 internos y sólo 9 agentes policiales¹⁶.

Motivada en las reflexiones de los expertos, la Corte concluyó que «*los disparos efectuados por las fuerzas de seguridad no tenían la finalidad de inmovilizar o persuadir a los internos, sino causar un daño irreparable a la vida de dichas personas*»¹⁷.

En la sentencia analizada también se consideró que el Estado peruano violó el derecho a la vida de los internos muertos que fueron

serie C No. 20, par. 75; *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C No. 5, par. 162; *Caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II*, medidas provisionales; *Caso del Internado Judicial de Monagas (La Pica)*, medidas provisionales; y *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el «Complexo do Tatuapé» de FEBEM*, medidas provisionales, resolución de 30 de noviembre de 2005.

¹⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 241.

¹⁶ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 217.

¹⁷ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 243.

ejecutados el último día del operativo a pesar de haber anunciado que iban a salir del pabellón y solicitar para ello el alto el fuego¹⁸.

Por último, la Corte señaló que fue violado el derecho a la vida de aquellos internos heridos que murieron como consecuencia de la desatención médica en los hospitales a los que fueron trasladados¹⁹.

V. Derecho a la integridad personal

Para establecer si los hechos ocurridos en el Penal Castro Castro constituyeron una violación al derecho a la integridad personal de los internos, la Corte IDH analizó los arts. 5 y 1.1 de la CADH así como los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante, CIT).

En este sentido, el art. 5 prevé el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral; la prohibición de ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y establece que la finalidad de toda pena privativa de la libertad debe tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

Por su parte la CIT señala, en los artículos citados por la Corte IDH, la obligación de los Estados de prevenir y sancionar la tortura a través de la adopción de medidas efectivas para alcanzar tal fin. Asimismo, prescribe que cuando exista una denuncia fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura, el denunciante tiene el derecho a ser examinado imparcialmente, y el Estado debe proceder de oficio y de inmediato a realizar una investigación del caso.

La Corte IDH entendió que la naturaleza de los hechos denunciados ameritaba el ejercicio de su competencia para aplicar la CIT. De esta manera podría abordar con la debida especificidad de la materia el análisis del caso y la posible determinación de la responsabilidad del Estado peruano en los hechos denunciados.

¹⁸ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 245.

¹⁹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 246.

No hubo reparos en que así lo haga pues este instrumento internacional del ámbito interamericano se encontraba vigente al momento de los hechos para el Estado peruano.

Así, la utilización de esta normativa permitió a la Corte ampliar el alcance del derecho a la integridad personal y sostener que éste puede ser violado por los Estados no sólo cuando comete torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes sino también cuando las autoridades judiciales no realizan una investigación seria de los hechos denunciados e inician procesos judiciales respecto de quienes aparezcan como los posibles responsables²⁰.

La Corte analizó a la luz de este derecho los hechos sufridos por los internos en los diferentes momentos: durante el ataque, en el traslado a hospitales y otros penales así como lo ocurrido una vez alojados en algún centro de detención.

Estableció que durante el ataque se utilizaron armas muy lesivas, con explosiones, gases y humos, disparos indiscriminados, en oscuridad total, en un espacio cerrado y en condiciones de hacinamiento, que ocasionaron daños en la integridad física de 185 de los sobrevivientes.

Al analizar el alcance del derecho a la integridad física, la Corte sostuvo que las meras amenazas de ser sometido a actos que lo afecten, cuando sean reales e inminentes, pueden constituir en sí mismas una violación al art. 5 de la CADH. Por ello entendió necesario que al evaluar su posible afectación se tenga en cuenta que «*no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral*»²¹.

Sobre la base de los resultados de los peritajes realizados por los especialistas, la Corte concluyó que «*los internos que sobrevivieron al ataque experimentaron tortura psicológica por las amenazas constantes y el peligro real que generaron las acciones estatales que podían producir su muerte y lesiones a su integridad física*»²².

²⁰ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 273.

²¹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 279.

²² Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 288.

La Corte IDH entendió que también se violó el derecho a la integridad física de los internos sobrevivientes una vez finalizado el ataque. El Estado incumplió con su deber de cuidado, siendo el garante principal del goce efectivo de los derechos de los internos a quienes había privado de su libertad y mantenía bajo una relación de sujeción especial.

Los internos heridos que permanecieron en el Penal Castro Castro no recibieron atención médica. Por su parte, quienes fueron trasladados a hospitales sufrieron nuevas lesiones a su derecho a la integridad psíquica y moral en tanto fueron trasladados en condiciones de hacinamiento, a pesar de estar heridos, y sufrieron golpes por parte de los agentes estatales encargados de su seguridad.

Tanto los internos que fueron reubicados en el Penal Castro Castro como aquellos que fueron alojados en otros penales volvieron a ser golpeados, y muchos de ellos sometidos a un método de castigo colectivo denominado «callejón oscuro», consistente en obligar al detenido a caminar en una doble fila de agentes estatales que golpeaban a los internos con elementos contundentes.

La Corte, de acuerdo a lo testimoniado por los expertos, señaló que éste método de castigo debe ser considerado tortura por su severidad y las consecuencias físicas y psicológicas que acarrea en las víctimas²³.

También se evaluó que la atención médica brindada en los centros de salud a los internos sobrevivientes fue deficiente y, por ello, ocasionó en éstos un sufrimiento psíquico adicional, además de determinar padecimientos crónicos por la falta de tratamiento oportuno de las lesiones sufridas.

La Corte sostuvo que el Estado se encontraba obligado con mayor razón en este caso, en tanto era el garante de la seguridad de los internos, a brindarles la protección necesaria a quienes fueron heridos como consecuencia del accionar de agentes estatales.

En cuanto a las condiciones de detención a las que fueron sometidos los internos con posterioridad al «Operativo Mudanza

²³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 297.

1» y una vez reubicados en otros penales, la Corte las calificó de tortura física y psicológica²⁴.

Consideró que el Estado peruano aprovechó el control que tenía sobre los internos en los centros de detención para causarles un grave deterioro a su integridad física, psíquica y moral. Esto pues fueron alojados «en celdas en condiciones de hacinamiento que no permitían adecuada movilidad ni aseguraban condiciones razonables de higiene y salud, sin acceso a luz natural o artificial; precarias condiciones de alimentación; falta de atención médica adecuada y de suministro de medicinas (...)»²⁵.

La Corte resaltó que el encierro en celdas oscuras llamadas «huecos» –en las que se alojó a un gran número de prisioneros a los que se los obligó a permanecer parados todo el tiempo, pues no había lugar suficiente para sentarse o recostarse–, contrarió normas internacionales de derechos humanos en materia de condiciones de detención de personas.

Este tipo de celdas de aislamiento, sin luz ni ventilación y con diminutas dimensiones, han sido calificadas por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas como un instrumento de tortura en sí mismas²⁶.

A estas condiciones de por sí vejatorias de derechos fundamentales, debe sumarse el hecho de que los internos del penal Castro Castro fueron sometidos a requisas violentas que fueron calificadas como tortura por su severidad y consecuencias físicas y psicológicas. Se estableció que la práctica denominada *falanga*, que consistía en efectuar severos golpes en las plantas de los pies de los internos, fue definida como un método de tortura por el Protocolo de Estambul.

La Corte calificó la incomunicación a la que fueron sometidos los internos con posterioridad al ataque como un trato cruel e inhumano y señaló que en las circunstancias del presente caso se

²⁴ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit. par. 333.

²⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit. par. 319.

²⁶ Informe del Comité contra la Tortura sobre Turquía, 48º período de sesiones, 1994, A/48/44/Add.1.

vio agravada porque los sobrevivientes no pudieron comunicarse con sus familiares para informarles que estaban vivos y esto produjo «sentimientos adicionales de angustia y preocupación»²⁷.

Se determinó que la incomunicación a la que fueron sometidos los internos constituyó una violación al derecho a la integridad personal de los internos. La Corte citó su propia jurisprudencia de casos anteriores y reseñó que «*el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratos crueles e inhumanos lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de la dignidad inherente al ser humano.*»²⁸ Por ello prescribió que la incomunicación de los internos, por los graves efectos que genera, como sufrimientos morales o perturbaciones psíquicas, sólo puede ser utilizada de manera excepcional.

V.1. La situación de los familiares de los internos

La Corte señaló que el Estado peruano también violó el derecho a la integridad personal de los familiares de los internos del Penal Castro Castro tanto durante como con posterioridad al desarrollo del «Operativo Mudanza 1».

Para ello tuvo en cuenta que los familiares de los internos, que estaban fuera del penal mientras se desarrollaba el ataque a la espera de información sobre la situación de sus allegados fueron agredidos, insultados, golpeados y obligados a alejarse mediante disparos, agua y bombas lacrimógenas.

La Corte consideró que una vez finalizado el operativo los familiares continuaron siendo víctimas de malos tratos por parte de las autoridades peruanas mientras solicitaban información sobre el estado de salud de los internos. No fueron informados sobre quiénes habían sobrevivido y quiénes no, así como tampoco dónde se encontraban alojados los heridos y qué tratamiento estaban recibiendo.

²⁷ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 324.

²⁸ Ver: *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de noviembre de 2004; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2003, y *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000.

En la sentencia fue especialmente reseñada la situación que tuvieron que atravesar los familiares que debieron buscar los cadáveres de sus parientes muertos. Necesitaron revisar en las morgues pilas de cuerpos en avanzado estado de descomposición e incluso, varios encontraron allí a sus allegados aún con vida.

Peritos que brindaron su testimonio experto ante la Corte señalaron que las circunstancias que debieron enfrentar estas personas agregaron condiciones de profundo sufrimiento a la ya grave situación que se encontraban atravesando y que podrían haber sido evitadas.

También se analizó la incomunicación a la que fueron sometidos los internos desde la perspectiva de los familiares y se destacaron las nocivas consecuencias que esto les ocasionó. Se sostuvo que ello constituyó también una violación al derecho a su integridad personal.

La Corte, al igual que lo hizo con las mujeres madres, diferenció la situación de los niños que se vieron privados de mantener contacto directo con sus madres detenidas. Estableció una presunción respecto del sufrimiento ocasionado a todos los niños menores de 18 años al momento de los hechos, cuyas madres estuvieron incomunicadas con el mundo exterior con posterioridad al «Operativo Mudanza 1», y determinó para ellos una reparación económica especial²⁹.

VI. La especial afectación a los derechos de las mujeres

La Corte IDH realizó un análisis especial de aquellos actos que fueron ejecutados por agentes estatales peruanos con la particular finalidad de afectar de manera diferencial a las mujeres víctimas del ataque en el Penal Castro Castro.

En su análisis, la Corte partió de la base de que el «Operativo Mudanza 1» fue dirigido especialmente contra el pabellón 1A, lugar en el que se encontraban detenidas exclusivamente mujeres acusadas o condenadas por delitos de terrorismo.

²⁹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 433.

Concretamente señaló que: «*la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres*»³⁰.

En la sentencia se analizaron los tratos crueles e inhumanos a los que fueron sometidos todos los internos, tanto varones como mujeres, durante y con posterioridad al operativo. Sin embargo la Corte entendió que los sufrimientos padecidos fueron mucho más graves cuando se trató de víctimas mujeres.

Se señaló con énfasis que la desatención de las necesidades fisiológicas propias de las mujeres les causó un sufrimiento especial. Tanto el Comité de la Cruz Roja Internacional como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, prescriben la necesidad de adoptar medidas especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas o acompañadas por sus hijos. Para ello deben asegurarse condiciones sanitarias que permitan el acceso regular a los sanitarios así como permitirles que se bañen y limpien sus ropas regularmente.

Estas medidas no fueron adoptadas por los agentes peruanos encargados de la vigilancia y garantía de los derechos de las internas del Penal Castro Castro. Muy por el contrario, como se ha señalado, las mujeres fueron privadas de elementos de higiene, ropa y hasta fueron obligadas a hacer sus necesidades desnudas frente a guardias armados que las observaban y apuntaban.

La Corte entendió que este trato se había tornado aún más grave cuando se trataban de internas mujeres embarazadas en tanto se había afectado directamente su sexualidad y maternidad.

VI.1 La situación de las embarazadas y madres

La Corte realizó un análisis especial respecto de las situaciones vividas por las internas que estaban embarazadas al momento en que ocurrieron los hechos denunciados. Enfatizó el sufrimiento

³⁰ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 223.

adicional que padecieron cuando, para sobrevivir al ataque, debieron arrastrarse sobre su vientre por el piso y pasar por encima de cuerpos de personas fallecidas para huir al pabellón contiguo sin ser alcanzadas por las balas.

La Corte consideró que: «*Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos*»³¹.

También se evaluó que los agentes estatales no tuvieron ninguna consideración especial en el trato de las mujeres embarazadas a las que sometieron a estar tendidas en el suelo boca abajo esperando ser trasladadas desde el Penal Castro Castro a otras unidades penitenciarias.

Por último, señaló que fueron desatendidas las necesidades básicas médicas de salud pre y post natal y que ello constituyó una violación adicional a la integridad personal de las mujeres que se encontraban embarazadas.

La Corte concluyó que las internas madres también tuvieron un sufrimiento psicológico adicional por la imposibilidad de poder comunicarse con sus hijos. La incomunicación severa a la que fueron sometidos todos los internos fue caracterizada como particularmente dañina para las internas madres.

Para establecer esta distinción, se tuvieron en cuenta estudios desarrollados por diferentes organismos internacionales en los que se estableció la necesidad de «*tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo*»³².

En su voto razonado el juez Cançado Trindade realizó un análisis del impacto de los hechos del Penal Castro Castro en el ejercicio de la maternidad de las mujeres víctimas del ataque, tanto

³¹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 292.

³² Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., par. 330.

entre quienes ya eran madres como entre las mujeres solteras respecto a una futura maternidad. Según él, muchas mujeres, por las secuelas de los hechos y la devoción a su búsqueda de justicia y reparación, han sufrido de una maternidad denegada o postergada³³.

VI. 2 Violencia sexual

La Corte estableció que el hecho de haber sido obligados todos los internos, hombres y mujeres, a desnudarse y a permanecer así todo el tiempo que estuvieron alojados en el hospital –días y hasta semanas– constituyó una violación a la dignidad personal. Sin embargo, realizó un análisis particular del trato recibido por las mujeres víctimas del ataque al Penal Castro Castro.

En la sentencia se estableció que: «*la desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato*»³⁴.

La Corte consideró que estas mujeres además de ver violado su derecho a la dignidad personal fueron víctimas de violencia sexual. Se tuvo en cuenta que no se les permitió asearse y que en varias ocasiones fueron acompañadas a los sanitarios por guardias masculinos armados que no les permitieron cerrar la puerta y las apuntaban mientras hacían sus necesidades fisiológicas.

Se estableció que lo constitutivo de la violencia sexual fue que «*las mujeres fueron constantemente observadas por hombres*» ya que «*estuvieron desnudas y cubiertas con tan sólo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado*»³⁵.

La Corte ponderó que la violencia sexual se evidenció en el hecho de que las mujeres, en un estado precario de salud, fueron forzadas a estar desnudas mientras se encontraban en el hospital vigiladas por hombres armados.

³³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, p. 63.

³⁴ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., 306.

³⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., 306.

Esta situación «les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral...»³⁶.

Para alcanzar esta conclusión la Corte tuvo en cuenta opiniones emitidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos así como por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en las que se prescribe que la violencia basada en el sexo es aquella que es dirigida contra la mujer por su condición de tal o que la afecta de forma desproporcionada y que puede implicar daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.³⁷

La Corte produjo un avance en el tratamiento de la violencia sexual en el ámbito interamericano ya que consideró que la inspección vaginal dactilar por varias personas encapuchadas a la vez a la que fue sometida una de las internas constituyó una violación y, asimismo, un acto de tortura.

Utilizando como guía la jurisprudencia emanada del derecho penal internacional y del derecho comparado, determinó que «la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril»³⁸.

La Corte, de acuerdo a lo dispuesto por la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, consideró que «la violencia sexual se configura con acciones de

³⁶ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., 308

³⁷ Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 19, *La violencia contra la Mujer*, Doc.HRI/GEN/1/Rev.1at84 (1994). párr. 6.

³⁸ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, op. cit., 310.

naturaleza sexual que se cometan en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno»³⁹.

Así, al considerar a la inspección dactilar vaginal como tortura, por el grave daño físico y psicológico que produjo en la víctima, reafirmó la doctrina que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había fijado en el caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú⁴⁰.

En ese precedente la Comisión determinó que la violación analizada constitúa tortura pues se encontraban presentes en el caso los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: un acto intencional a través del cual se infligen a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales, el haberlo cometido con un fin, y por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

Por último resulta interesante destacar que en materia de reparaciones la Corte dictó medidas diferenciadas respecto de aquellas víctimas que habían sufrido padecimientos adicionales en razón de su género. Por ello, en la sentencia aquí reseñada se aumentaron los montos fijados por daño inmaterial para las víctimas mujeres que estuvieron desnudas forzosamente ante personal de seguridad, para quien fue sometida a la inspección vaginal así como para aquellas mujeres que estaban embarazadas, por el maltrato y la desatención médica que sufrieron.

VII. El deber de investigar y sancionar a los responsables

La Corte concluyó que el Estado peruano violó el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y sus familiares consagrada en los artículos 8.1 y 25 de la CADH.

Asimismo, consideró que se encontraba incumplida la obligación

³⁹ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., 306.

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Raquel Martín de Mejía contra Perú*, Informe No. 5/96, Caso 10.970, 28 de febrero de 1996, p. 168.

estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en los términos del art. 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer así como la obligación internacional de prevenir, investigar y sancionar a los responsables del delito de tortura, según lo establecido en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La Corte entendió que ambas convenciones complementaban las disposiciones de la CADH en sus ámbitos específicos y que por ello resultaban aplicables al caso que se encontraba sometido a su jurisdicción.

La decisión de la Corte IDH de aplicar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) constituyó un importante avance. Fue la primera vez que el órgano jurisdiccional del sistema interamericano la aplicó sin que su competencia para vigilar su cumplimiento sea expresa.

En su voto, el juez Ramírez sostuvo que el interamericano es un sistema que tiende a ampliar la protección a las personas y por ello debió utilizarse la Convención de Belem do Pará en tanto ésta contribuye a la mejor comprensión y protección de los derechos de las mujeres, especialmente en lo que hace a una vida libre de violencia⁴¹.

Al analizar el cumplimiento por parte del Estado peruano de su obligación de investigar y sancionar a los responsables de los hechos denunciados, la Corte tuvo en cuenta que las autoridades estatales demoraron 13 años en iniciar una investigación penal sobre lo sucedido en el Penal Castro Castro.

Además resaltó que desde el año 1992 –fecha en que sucedieron los hechos– hasta el año 2005 –momento en el que se inició el primer proceso penal ordinario– se había incurrido en numerosas y graves omisiones en lo que hacen a la efectiva vigencia del derecho analizado. Señaló que no se había actuado de manera adecuada

⁴¹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, p. 9 y 12.

para asegurar la «*recuperación, preservación y análisis de la prueba*». En este sentido se especificó que no se habían realizado actas de levantamiento de cadáveres y que los certificados de las necropsias se limitaron a describir las heridas sufridas por las víctimas mortales y los sobrevivientes sin indicar los proyectiles recuperados. Además, y de especial gravedad, fue constatado que gran parte del expediente sobre la investigación administrativa interna fue incinerado de acuerdo a lo establecido por una resolución ministerial y un reglamento interno⁴².

La Corte señaló que el tiempo transcurrido entre los hechos y la apertura de la primera investigación penal, es decir 13 años, «*sobre pasa por mucho un plazo razonable para que el estado realice las primeras diligencias probatorias e investigativas para contar con los elementos necesarios para formular una acusación penal...*» Estableció que además, debía sumarse el tiempo que pudiera llegar a durar el proceso penal hasta existir una sentencia firme.

La dilación en contar con una investigación penal fue analizada por la Corte como una violación en sí misma del derecho al acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. Ello por cuanto se entendió que a través de esta inacción el Estado había incumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar las violaciones, sancionar a los eventuales responsables y reparar a las víctimas y sus familiares.

La Corte también analizó como violatorio del derecho de las víctimas y sus familiares a la tutela judicial efectiva que las investigaciones penales se limiten a los hechos ocurridos entre el 6 y 10 de mayo dejando de lado, entre otras cuestiones, las condiciones de alojamiento y trato a la que fueron sometidos los internos con posterioridad a esa fecha.

De igual forma resaltó que los procesos penales en curso se limitaban a investigar los homicidios, dejando de lado el resto de las conductas reseñadas en la sentencia como violatorias al derecho

⁴² Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 197.75 y 386.

a la integridad personal, y en muchos casos, consideradas tratos crueles, inhumanos o degradantes, o directamente actos de tortura.

Por último, la Corte manifestó que la demora en la apertura de una investigación penal sobre lo sucedido en el ataque al Penal Castro Castro tuvo repercusiones especiales para las víctimas del ataque en tanto «*la reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia del hecho ilícito tipificado penalmente se encuentra sujeta al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal*»⁴³. Por ello concluyó que también se vio vulnerado el derecho de las víctimas a recibir una reparación económica adecuada en compensación por los hechos perpetrados.

La Corte consideró que los asesinatos y las torturas cometidas por agentes estatales en el ataque al Penal Castro Castro, en tanto fueron ejecutados en un contexto de conflicto interno y de graves violaciones a los derechos humanos en el Perú, debían ser considerados crímenes de lesa humanidad. Por esta razón, destacó que pesa sobre el Estado peruano una especial obligación de evitar y combatir la impunidad⁴⁴.

En la sentencia, se hizo especial hincapié en la importancia de erradicar la impunidad en relación a los hechos ocurridos en contextos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos «*tomando en cuenta la necesidad de hacer justicia en el caso concreto y que aquella [la impunidad] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas*»⁴⁵.

VIII. Conclusiones

El caso aquí reseñado es la primera decisión del sistema interamericano en el que se analizó el impacto diferenciado sobre las mujeres de los hechos denunciados.

La Corte entendió oportuno fijar el alcance de los derechos analizados aplicando además de la CADH, tanto la Convención de

⁴³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 395.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 402 y 404.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, op. cit., par. 405.

Belem do Pará como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

De esta forma, al analizar las condiciones de detención a las que fueron sometidas las mujeres con posterioridad al ataque al Penal Castro Castro, la Corte sostuvo que constituyó violencia sexual y un acto de tortura el someter a las mujeres a que estuvieran desnudas mientras se encontraban vigiladas por hombres armados.

También fijó que una inspección dactilar vaginal sin consentimiento consistía una violación sexual. Para ello determinó que para que esta se verifique no resulta necesario que exista penetración vaginal o anal por un miembro viril sino que basta la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal.

Este análisis con perspectiva de género también se vio reflejado en la fijación de reparaciones especiales para aquellas mujeres que habían padecido un sufrimiento especial y adicional en la violación a su derecho a la integridad personal a través de la aplicación de actos de tortura.

Asimismo, la Corte IDH reafirmó estándares en materia de condiciones de detención que había fijado en casos anteriores. Consideró actos de tortura los métodos colectivos de castigo adoptados en las requisas –denominados *falangas*– así como el alojamiento en celdas mínimas y sin luz natural o artificial.

Por último, debe destacarse que la Corte IDH estableció que para que se verifique la vulneración del derecho a la integridad personal no resulta indispensable la existencia de actos estatales que afecten la integridad física sino que puede darse por el sólo hecho de someter a una persona a la amenaza de recibir tratos crueles e inhumanos cuando esto genere una angustia psíquica y moral.

PARTE II

GARANTÍAS JUDICIALES

1. DEBIDO PROCESO

Nuevas Fronteras del Debido Proceso a partir de la Jurisprudencia Interamericana

Por Juan Rubén Pulcini

2. LIBERTAD PERSONAL

Comentario al fallo «Chaparro Álvarez» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por Hernán de Llano

Principios limitadores del encarcelamiento preventivo en el sistema interamericano. Comentario al fallo López Álvarez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por Paola Bigliani

3. DERECHO DE DEFENSA

Comentario al Informe N° 1/05 Caso Moreno Ramos. La Defensa Técnica Ineficaz en materia penal. El control de convencionalidad en materia de debido proceso

Por Mariana Grasso

DEBIDO PROCESO

Nuevas fronteras del debido proceso a partir de la jurisprudencia interamericana

Por Juan Rubén Pulcini

I. Introducción

El comentario del caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Sentencia del 2 de febrero de 2001 sobre Fondo, Reparaciones y Costas), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), constituye un excelente punto de partida para analizar de qué manera los conceptos de defensa en juicio y debido proceso tan vinculados al sistema de garantías del liberalismo clásico, al cual la tradición jurídica argentina ha contribuido en gran forma, particularmente desde el desarrollo en la materia penal y penal procesal, van reformulándose y evolucionando hasta adquirir dimensiones inimaginadas hasta el momento de la constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos (en adelante Tratados DD HH).

Este desarrollo del concepto, en su evolución, ha estado formulado desde una posición negativa o defensista, como límite al poder punitivo del Estado y la discrecionalidad del Poder Judicial. Es decir, que más allá de que, en sus orígenes, las garantías procesales estuvieron vinculadas a resguardar los bienes y la libertad de los «hombres libres», fue la necesidad de elaborar institutos que protegieran los prioritarios bienes jurídicos de la vida y la libertad frente a la arbitrariedad del poder, la que impulsó el fenomenal desarrollo de la materia penal. De tal manera, las garantías para la tutela de los derechos de índole civil, laboral y el resto de materias no penales, fueron a la zaga como meras herramientas de carácter adjetivo.

Este desarrollo del concepto en Argentina, ha sido más amplio en la doctrina constitucional a partir de la incorporación de los Tratados de DD HH a la Carta Magna y la jurisprudencia de los

organismos internacionales; hasta llegar al estado actual en que se advierte un concepto dinámico, en permanente evolución, abierto, como herramienta imprescindible para la efectivización de todo el elenco de los derechos humanos; desdibujado su contorno hasta integrarse con la tutela efectiva y el acceso a la jurisdicción.

El presente trabajo se desarrollará a partir de los ejes vertebradores constituidos por la exposición del caso, la doctrina emanada del mismo, la jurisprudencia internacional y la nacional, para concluir con la más avanzada doctrina; procurando esbozar el actual estado de la cuestión y los nuevos paradigmas a partir de los cuales analizar la existencia de lo que ha comenzado a denominarse como Debido o Justo Proceso Constitucional.

II. El caso

El 22/02/94 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) recibió una denuncia hecha por el Comité Panameño por los Derechos Humanos a favor de 270 empleados públicos destituidos como consecuencia de la Ley 25 del 14/12/90. Ante lo infructuoso del trámite en su seno, el 14/01/98 la Comisión presentó el caso ante la Corte.

Luego de la sustanciación del proceso, la Corte IDH tuvo por probado que el 16/10/90 la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales (en adelante «la Coordinadora») presentó al Gobierno de Panamá, un pliego de 13 peticiones. El 16/11/90, el Estado rechazó el pliego de peticiones. Con tal motivo, la Coordinadora convocó a una marcha para el 4/12/90 y a un paro laboral de 24 horas para el día siguiente. El día 4/12/90 tuvo lugar la manifestación pública de protesta, cuyo propósito era la reivindicación de las peticiones contenidas en el pliego rechazado por el Gobierno. La marcha se realizó de manera pacífica, con la participación de miles de trabajadores. La manifestación coincidió con la fuga del Coronel Eduardo Herrera Hassán de la isla de Naos y la toma parcial del Cuartel Central de la Policía Nacional por parte de éste junto con un grupo de militares. El 5/12/90 se realizó el paro de labores, el cual fue suspendido en el transcurso del mismo día con el fin de que no se vinculara con el movimiento del Coronel Eduardo Herrera

Hassán. Los servicios públicos esenciales no se vieron afectados en el transcurso del paro efectuado el 5 de diciembre de 1990. Esa mañana Herrera Hassán efectuó una marcha al Palacio Legislativo, la cual contó con la asistencia fundamentalmente de militares o ex militares armados. Ese día, el líder revoltoso fue detenido por fuerzas militares estadounidenses y entregado a las autoridades panameñas. Ante los acontecimientos de los días 4 y 5 de diciembre de 1990, el Presidente de la República no decretó estado de emergencia ni la suspensión de garantías (art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante «PSJCR»). El 6/12/90 se remitió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley proponiendo la destitución de todos los servidores públicos que habían participado de la organización, llamado o ejecución del paro del 5/12/90, por considerar que dicho movimiento buscaba subvertir el orden constitucional democrático y suplantarla por un régimen militar. Antes de la aprobación de dicha ley el Estado despidió a la mayoría de los 270 trabajadores supuestas víctimas en el presente caso. Para realizar los despidos, tanto los que se efectuaron antes de ser aprobada la Ley 25 como los que se dieron después de su aprobación, se identificó a los trabajadores con base en los informes o listas que elaboraron los directores. Con fundamento en los informes o listas elaboradas en las respectivas instituciones públicas, la Ley 25 fue aplicada retroactivamente al 4/12/90, por disposición expresa del artículo 6 de la misma ley; declarando insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaran contra la democracia y el orden constitucional. Los trabajadores destituidos nunca fueron vinculados a las investigaciones penales seguidas contra las personas que participaron en el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán. De acuerdo con lo establecido en la Ley 25, la mayoría de los 270 presuntas víctimas interpusieron recursos de reconsideración ante la autoridad que dictó el despido y de apelación ante el superior. Posteriormente, los trabajadores plantearon demandas contencioso-administrativas de plena jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual declaró que los despidos eran legales con base en la Ley 25. Dichas sentencias eran finales, definitivas y obligatorias. En ninguno de los procesos se presentaron pruebas relativas a demostrar que

los trabajadores despedidos habían participado en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional.

Por unanimidad la Corte IDH declaró que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1, 8.2. y 25 del PSJCR, en perjuicio de los 270 trabajadores; ordenando reintegrarlos en sus cargos y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos, en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la Sentencia.

III. La doctrina emanada del fallo

El tema medular del pronunciamiento en estudio, se centró en el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales.

En su resolución, la Corte IDH dijo -previa declaración que hubo violación a los principios de legalidad y de retroactividad consagrados en el artículo 9 del PSJCR- que la impugnada Ley 25 no se refería a materia penal puesto que no tipificaba un delito ni sancionaba con una pena. Se ocupaba, por el contrario, de un tema administrativo o laboral. En el parágrafo 124 expresó que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino (al) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente a

los sancionados violaron la garantía del debido proceso (126).

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (127).

La justicia realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso (129).

Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, el Tribunal consideró que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discretionales que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso (131).

Las víctimas no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. Una vez identificado el trabajador que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitírsele presentar alegatos y pruebas en su defensa. Los despidos, fueron efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención. No cabe duda de que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana (133).

En los procesos los trabajadores no contaron con amplias

posibilidades de ser oídos en procura del esclarecimiento de los hechos (141) de lo que se desprende la ineeficacia de los recursos internos, en relación con el artículo 25 de la Convención. Así se evidencia que los tribunales de justicia no observaron el debido proceso legal ni el derecho a un recurso efectivo. (143) El Estado violó los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores denunciantes, a quienes debió restablecer en sus cargos.

IV. Los alcances de la jurisprudencia interamericana en el ámbito nacional

La República Argentina, recién retornada a la vida democrática, aprobó el PSJCR cuyo texto formó parte de la Ley n° 23054 (B.O.: 27/03/1984), reconociendo la competencia de la CIDH y de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, «bajo condición de reciprocidad».

A partir de ello, fue el Derecho Público Provincial el que fue incorporando a sus textos constitucionales el PSJCR (v.g.: Córdoba, ADLA 1987-B-2274), sin perjuicio de lo cual sus disposiciones no tuvieron importante acogida jurisprudencial, pese a que como dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en Fallos 315:1492, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19865, ratificada por el P.E.N. el 05/12/1972 y en vigor desde el 27/01/1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, y que esta prioridad de rango a partir de entonces integra el ordenamiento jurídico argentino. Ello en función del art. 27 del Tratado según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Dicha inobservancia tuvo un giro copernicano a partir del señero fallo de fecha 07/07/1992 de la CSJN dictado en los autos «Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros», en el que expresó que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple y, que la interpretación del Pacto debe, además,

guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, uno de cuyos objetivos es la interpretación del PSJCR (Estatuto Corte IDH, art. 10).

El citado precedente tuvo tal repercusión a nivel nacional (e internacional, objeto de estudios en todas las academias de grado y postgrado que aborden la temática del derecho internacional de los derechos humanos), que la reforma constitucional de 1994, en la quizás más afortunada incorporación, declaró que los tratados de DD HH enunciados en el art. 75 inc. 22, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

Este criterio fue profundizado luego de la reforma constitucional que incorporara con jerarquía constitucional el PSJCR, en Fallos 318:514, conocido como el precedente «Giroldi», dictado con fecha 07/04/1995, en el que luego de recordar que la jerarquía constitucional del PSJCR ha sido establecida por la voluntad expresa del constituyente, al consignar en el texto constitucional «en las condiciones de su vigencia», debe entenderse tal como la Convención rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

En el precedente «Bramajo» de fecha 12/09/1996 (Fallos 319:1840) ratifica la línea antes trazada, luego de lo cual desanda un sinuoso camino que podría decirse culmina a partir del conocido fallo de fecha 14/06/2005 (Fallos 328:2056) dictado en autos «Recurso de hecho en autos Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad», en el que vuelve a aquellos momentos de alineamiento incondicional a la jurisprudencia interamericana de los iniciales fallos diciendo *«La jurisprudencia de la (Corte IDH), así como las directivas de la (CIDH), constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos»* (Considerando 17 del voto de la mayoría). En el voto del Ministro Maqueda, Considerando 64, dijo: *«Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso «Ekmekdjian» (Fallos 315:1492) sostuvo*

que la interpretación del PSJCR debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la (CSJN), a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos». Por su parte, el Ministro Lorenzetti, en su voto (Considerando 17) expresó que: «*Para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo.... Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos 315:1492; 318:514).».*

V. El debido proceso legal en el sistema interamericano

Tanto la CIDH como la Corte IDH, han tenido oportunidad de expedirse en prácticamente la mayoría de los casos llegados a su conocimiento sobre el debido proceso y los distintos supuestos contemplados en el numeral 2 del artículo 8, en consonancia con el primer numeral, relacionados con la materia penal y su canalización a través del proceso penal.

V.1. La novedad del caso en estudio, radica en que fue de las primeras oportunidades que tuvo la Corte IDH (amén de lo ya expresado en las opiniones consultivas que someramente se abordarán) de «determinar el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales».

En oportunidad de emitir (en el marco de las facultades conferidas por el art. 64 del PSJCR y art. 2.2. del Estatuto Corte IDH) la opinión consultiva OC-9/87 del 06/10/1987 sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencias, la Corte IDH expresó en el parágrafo 24 que el artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a

garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención «los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párr. 90, 90 y 92, respectivamente). Agregando en el parágrafo 27, que el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. En el parágrafo 28 añadió que este artículo 8 reconoce el llamado «debido proceso legal», que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial.

Más adelante en el parágrafo 30 refiere que relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del *habeas corpus* y del amparo, que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

Opinando en consecuencia la Corte IDH por unanimidad que las garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención. Puede advertirse que ya en 1987, la por entonces integración de la Corte IDH tuvo una visión amplia sobre los alcances de las reglas del debido proceso legal (incluyendo la garantía del amparo, propia de otros derechos), y no circunscripto al ámbito del *habeas corpus* como herramienta propia de la materia penal.

V.2. Posteriormente (01/10/1999), en oportunidad de emitir la opinión consultiva OC-16/99, relacionada con el derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, la Corte IDH continuó y profundizó aquella línea trazada en la OC 9/87, yendo más allá de la venerada «igualdad de armas», al exponer que para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. Asimismo, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

V.3. Con posterioridad al caso en comentario, la Corte IDH en el denominado «CASO IVCHER BRONSTEIN»⁽¹⁾, expresó que si bien el art. 8 del PSJCR se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» (con cita de la OC-9/87), a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos» (con cita del fallo dictado

¹ Caso «Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú», sentencia de fecha 06 de febrero de 2001.

con fecha 31/01/2001 en el caso «Tribunal Constitucional del Perú»). Asimismo, a pesar de que el artículo citado no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo. Pese a que el art. 8.1. de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.

En el caso, la Corte IDH señaló como violaciones al debido proceso (administrativo) legal, que la autoridad no informó a la víctima que su expediente de nacionalización no se hallaba en los archivos institucionales, ni le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; no le comunicó los cargos de los cuales se lo acusaba y tampoco le permitió presentar testigos que acreditaran su posición. Asimismo, impidió al señor Bronstein intervenir con pleno conocimiento, en todas las etapas, a pesar de ser la persona cuyos derechos estaban siendo determinados.

V.4. Incluso en el caso en comentario, la Corte IDH (parágrafo 128), citó a la Corte Europea ⁽²⁾ en su pronunciamiento sobre este tema, en el que señaló que: «...los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6-2) y 3 (a saber los incisos a, b y d) [...] de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican mutatis mutandi a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal».

² Nota 56: « cfr., inter alia, Eur. Court. H.R., Albert and Le Compte judgment of 10 February 1983, Series A n°. 58, para. 39.»

VI. La evolución del debido proceso penal al debido o justo proceso constitucional

VI.1. Es coincidente la doctrina en que la semilla del *due process of law* estuvo en la Carta Magna inglesa de 1215 (Capítulo 39), donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey «Juan Sin Tierra» a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. «Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación.». La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas⁽³⁾.

En la introducción se hacía referencia a la inevitable asociación en el imaginario de los juristas de la institución del debido proceso con la materia penal, y particularmente con la instrucción y el juzgamiento de casos en los que se investigaba la presunta comisión de delitos. Y es que la ciencia penal, partiendo de la necesidad de limitar la punición estatal y la discrecionalidad judicial, ha contribuido singularmente al desarrollo del concepto de debido proceso.

VI.2. En ese sentido encabeza su esclarecedora publicación GOZAINI⁽⁴⁾, exponiendo desde la introducción que «Referir al debido proceso supone varias cosas y múltiples interpretaciones. Lo ponemos de resalto en el comienzo mismo de esta obra... Sucede

³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo: «Derecho Procesal Constitucional. EL DEBIDO PROCESO»; Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 20/07/2004, págs. 19 y 20.

⁴ GOZAINI, Osvaldo: ob. cit., pág. 9.

que ha sido común hablar de debido proceso en el marco del derecho de defensa en juicio, y con más rigor y precisión se ha elaborado un debido proceso penal.».

Conforme al autor de cita, el modelo europeo se conforma a partir de la desconfianza en los jueces, por lo que las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal y, en consecuencia, el debido proceso fue, antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional.

VI.3. Parte de ese excepcional desarrollo del debido proceso como proceso penal, puede observarse por ejemplo en la reciente obra ⁽⁵⁾ de Enrique BACIGALUPO, en la que expone que debido proceso, en una primera aproximación exegética, significa el proceso garantizado por la ley. Después de la Segunda Guerra Mundial, terminada en 1945, y sobre todo a partir del art. 6º de la CEDH de 1950, las constituciones europeas modernas hicieron un desarrollo más preciso de los derechos fundamentales que reconocen su fuente en la noción de debido proceso y, por tal razón, el contenido de las leyes que garantizan los derechos del acusado en el proceso penal han adquirido en Europa una notable homogeneidad, que va más allá de la mayor o menor parquedad o detalle de los textos constitucionales que establecen las garantías el proceso.

Ello como una forma de limitar el avance de los modelos alternativos al proceso penal liberal; a partir de la elaboración del *modelo de control social (crime control model)* frente al *modelo del debido proceso (due process model)*. En ellos la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, así como las otras garantías procesales del acusado reconocidas como derechos fundamentales, tienen distintos alcances. El *modelo crime control*, siendo el proceso penal un medio de lucha contra el delito, opera con una presunción de culpabilidad del sospechoso o con un «concepto fáctico de

⁵ BACIGALUPO, Enrique: «El debido proceso penal», Edit. Hammurabi, 1^a edición, Bs. As. 09/06/2005, págs. 13 y sigts.

culpabilidad». Mientras que el modelo del debido proceso, opera con un concepto jurídico de culpabilidad y presume la inocencia del acusado. Cada modelo tiene un diverso entendimiento de los derechos enunciados, mientras que el *crime control* los considera un mal necesario, el *due process model* entiende que son auténticos obstáculos frente a la acusación, que garantizan la libertad del ciudadano.

Con cita de ROXIN⁽⁶⁾, concluye que un proceso con todas las garantías es aquel que se ajusta a los principios de oficialidad (persecución penal por parte del Estado), al principio acusatorio, al de legalidad (que tolera ciertas excepciones basada en el principio de oportunidad), al de oralidad, al de inmediación, al de libre valoración de la prueba y al «*in dubio pro reo*».

VI.4. Augusto MORELLO⁽⁷⁾, en la obra bisagra sobre el estudio del debido proceso, advierte que en su evolución se observan «Tres períodos históricos diferenciados concernientes a la subida de registro, es decir a la positivización de los derechos y garantías de pertenencia inexcusable abarcaron: a) desde el siglo XI hasta el segundo tercio del Siglo XVIII, el primero y, b) desde el segundo tercio de esa centuria hasta mediados del Siglo XX; c) a partir de esta frontera, el velamen del impulso de consolidación, de la apertura y reconocimiento se hace más ostensible y fuerte en los dos planos convergentes: el de cada Estado y el de los Documentos y Declaraciones internacionales y jurisprudenciales de los Tribunales comunitarios o Transnacionales (Estrasburgo, Corte IDH del PSJCR). Plasman en redacción enérgica, como acontece en la constitución española de 1978. Se trata de derechos procesales básicos, muy lejos de vestirse como declaraciones abstractas y programáticas; nuevos contenidos, distinto espesor, diferentes direcciones (también acuerdan la protección al obrar manifiestamente abusivo o arbitrario del Estado y de particulares -y poderosos grupos económicos, etc.-). Todo ello visto -en particular su forma razonable y la apertura de poder ejercerlo- desde la óptica del justiciable, del consumidor de la

⁶ ROXIN, Claus: «*Strafverfahrensrecht*», 25º edición, 1998

⁷ MORELLO, Augusto M.: «Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional», Diario La Ley, 13/06/2003, pág. 1

Justicia (del pobre, del extranjero, de las comunidades indígenas, del niño, etc.).».

Esta concepción «positiva» del debido proceso -no como un límite al poder estatal o la discrecionalidad judicial, sino como herramienta para el reconocimiento de derechos de los socialmente desiguales o desfavorecidos- expuesta por MORELLO, tiene pleno correlato con lo consignado por la Corte IDH en la ya citada OC-16/99.

En igual sentido, GOZAINI⁽⁸⁾ expresa que el «debido proceso constitucional» se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter protecciónista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños y las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.

Es que como lo expone el Decano David GROSSMAN desde su cátedra en la American University, School of Law (Washington, D.C.), el reconocimiento de los derechos humanos debe atender primigeniamente a los individuos de peor consideración social. La medida del respeto de los derechos humanos de aquellos socialmente repudiados, marca el estadio evolutivo en que cada Nación se encuentra respecto de la asimilación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Una sociedad preocupada en los derechos de los exitosos social, económica o políticamente y, a su vez, arbitraria en el reconocimiento de los derechos de los repudiados socialmente, es un conjunto social, una Nación afectada desde los cimientos de la construcción de su base democrática.

VII. Estado de la cuestión. Contenidos actuales del debido proceso legal y tutela judicial efectiva

El inicio del Siglo XXI ha marcado, desde la jurisprudencia interamericana y la doctrina constitucional, el nuevo contorno -o si se quiere la asimilación del debido proceso-, a partir del fenomenal

⁸ GOZAINI, Osvaldo: ob. cit., pág. 27.

desarrollo efectuado desde la materia penal, a contenidos más abarcativos de fórmulas que garanticen la tutela de los derechos en todos los ámbitos donde haya decisión sobre los mismos- de la añeja y poco respetada fórmula del debido proceso.

Sin dejar de tener presente lo afirmado por la CSJN en el sentido que «El llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos es intensamente dinámico, exigente, progresivo y expansivo, con una permanente e incansable presión sobre el derecho interno» (Fallos 329: 3235); no deja de resultar útil repasar el estado de la cuestión y exponer el contenido (o continente según distintas perspectivas doctrinarias) que al presente se asigna a la fórmula debido proceso legal; desde la jurisprudencia interamericana, la doctrina constitucional y -dentro de las fórmulas expuestas por éstas-, los fallos dictados por el Máximo Tribunal argentino en los últimos años.

VII.1. La Corte IDH en el caso bajo análisis, procura dar amplitud a la fórmula contenida en el numeral 1, con la remisión a los supuestos establecidos en el numeral 2 del artículo 8 del PSJCR. Así también, a ligarla indefectiblemente a la garantía de la tutela judicial efectiva en el amplio sentido de procedimiento ante cualquier autoridad pública que dicte resoluciones destinadas a determinar derechos.

En su pronunciamiento el Alto Tribunal interamericano sentó doctrina en cuanto a que «El elenco de garantías mínimas establecidos en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.» (parágrafo 124)

Seguidamente, en el parágrafo 137, la Corte IDH vincula como inescindibles a las fórmulas del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva; expresando que «El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado «devido proceso legal», que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas.»

Es decir, que en palabras de la Corte IDH, las garantías mínimas que en función de los arts. 1 y 2 del PSJCR deben asegurar los Estados signatarios a los justiciables en función del debido proceso legal, son las de: a) derecho a ser oído; b) dentro de un plazo razonable; c) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; d) establecido con anterioridad por la ley; e) asistido gratuitamente por traductor o intérprete; f) con comunicación previa y detallada de los cargos o pretensiones; g) con tiempo y medios para la adecuada preparación de su defensa; h) asistido por un defensor de su elección, o proporcionado por el Estado en caso de situación de desigualdad social y/o económica (OC-16/99), con el que pueda comunicarse previa y privadamente; i) de ofrecer, producir y controlar prueba tendiente al esclarecimiento de la verdad; j) de no admitir compulsivamente, en la sustanciación cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole su responsabilidad en los hechos bajo resolución administrativa o judicial.

VII.2. Coincide MORELLO⁽⁹⁾ con la posición esbozada por la Corte IDH, en el sentido del entrelazamiento del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Con guía en la visión moderna de las constituciones españolas e italianas, gira el punto de vista o la óptica desde la cual se formulan los fundamentos de la garantía; que es la perspectiva del justiciable, del que reclama a la jurisdicción la tutela efectiva. Sistematiza los nuevos enfoques, dando de esta manera contenido al proceso justo constitucional, tales como: a) derecho de

⁹ MORELLO, Augusto: ob. cit., pág. 2.

defensa real; b) audiencia y contradicción efectivas; c) derecho a afirmar y ser oído por juez independiente; d) igualdad de armas; e) derecho a excepcionarse y proponer defensa; f) derecho a asistencia técnica de calidad; g) derecho a alegar; h) derecho a la justicia procedural [durante toda la secuela del juicio]; i) derecho a los recursos; j) derecho a la adecuada definición sentencial en el tiempo apropiado, sin demoras indebidas; k) disponer con flexible recepción de medidas cautelares y tutela urgente y anticipatorio de acuerdo a la necesidad que debe proteger la jurisdicción, en la oportunidad propia; l) a que todo ello no represente un costo desorbitado o que en compensación se habilite al carenciado a litigar de manera gratuita; ll) sentencia adecuadamente fundada que se abastezca con motivación seria, razonada, que dé solución apropiada a las cuestiones esenciales de hecho y de derecho; m) valorar criteriosamente la prueba sin incurrir en omisiones, absurdo, arbitrariedad o error patente de las circunstancias decisivas probadas en la causa; n) a que se ejecute el mandato de la sentencia con similares resguardos de tiempo, costo y efectividad concreta; ñ) a un proceso justo constitucional comprensivo de todas las etapas y actividades.

VII.3. Así también lo entiende GOZAINI⁽¹⁰⁾ exponiendo que la evolución se constata con el llamado «derecho a la jurisdicción»⁽¹¹⁾, que se consagra en la *tutela judicial efectiva*, desde el cual el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas.

Expone como continentes que completan el derecho al debido proceso: a) el derecho a la justicia sin restricciones; b) el derecho a tener jueces independientes e imparciales; c) el derecho a tener abogado de confianza; d) el derecho a la prueba y a compartir entre todos la búsqueda de la verdad; e) el derecho a tener una sentencia motivada, y f) que ella pueda ser ejecutada rápidamente cuando su acatamiento se resiste sin causas mejores que el ejercicio abusivo del derecho de

¹⁰ GOZAINI, Osvaldo A.: ob. cit., pág. 32.

¹¹ Con mayor amplitud: EKMEKDJIAN, Miguel Angel: «Tratado de Derecho Constitucional», Edit. Depalma, Bs. As. 06/11/2001, Tomo II, págs. 274 y 275.

defensa; y g) el proceso debe sustanciarse y cumplir los mandatos en un plazo razonable, bajo apercibimiento de hacer responsables a jueces, tribunales y al Estado mismo por las dilaciones injustificadas.

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los tribunales constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

VII.4 Coincidiendo con BIDART CAMPOS⁽¹²⁾, Miguel A. EKMEKDJIAN afirma que el derecho al debido proceso legal o derecho de defensa, se incluye en otro más amplio o -más precisamente- en un grupo de derechos de carácter público, que pueden denominarse genéricamente «derechos a la jurisdicción». Este grupo de facultades es reconocido a todas las personas y tiene como objeto garantizar el acceso de aquellas a una decisión justa, fundada, y oportuna, dictada con ciertos recaudos formales, que son *condictio sine qua non* para la validez del pronunciamiento y por el órgano jurisdiccional habilitado constitucionalmente para ello a fin de resolver sus conflictos con otras personas o -incluso- con el Estado, el que -por otra parte- es el principal sujeto pasivo de este grupo de derechos.

VIII. El debido proceso en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2005-2007

El análisis del estadio evolutivo del concepto del debido proceso en el país, no puede cerrarse sin repasar lo que el Tribunal cimero ha venido delineando en los últimos años, y, particularmente luego de la serie de fallos de la Corte IDH (caso del Tribunal Constitucional, caso Baena vs. Panamá; caso Ivcher Bronstein, etc.) en torno al remozado concepto del debido proceso legal, y su nuevo rol en el derecho internacional de los derechos humanos de la mano de la tutela judicial efectiva.

¹² BIDART CAMPOS, Germán: «»El derecho a la jurisdicción en Argentina», E.D. t. XI, p. 954.

Sin desconocer lo antes expuesto en torno al carácter dinámico, progresivo y expansivo de los derechos humanos -incluído el concepto de debido proceso-; y que en su aplicación no debe ceñirse a lo prescripto por el derecho positivo sino por los principios superiores que surgen de la dignidad del hombre; resulta esclarecedor la cita de algunos de los fallos de los últimos años de la CSJN en materia no penal, a efectos de verificar si el Máximo Tribunal ha seguido los estándares internacionales, cuál ha sido la normativa invocada para ello, y a falta de ésta mención, se propondrá su anclaje en los numerales 1. y/o 2. del art. 8 del PSJCR que correspondería.

Debe resaltarse en primer lugar que cuando el sumario del fallo de la CSJN no menciona artículos constitucionales, se está remitiendo a la voz «defensa en juicio», con anclaje en el art. 18.

En primer lugar cabe citar el precedente que hace expresa mención al art. 8.1. del PSJCR, relacionado a:

Art. 8.1. DERECHO DE LOS INCAPACES – INTERNACIONAL PSIQUIATRICA

«La regla del debido proceso contenida en el art. 8º, párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe, con mayor razón, ser observada en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla». (Fallos 330:5234)

Art. 8.1. Derecho a la jurisdicción de personas jurídicas.

Corresponde conceder el beneficio de litigar sin gastos a una sociedad pues, en la valoración de los elementos probatorios no son aceptables afirmaciones que conduzcan a la frustración del derecho de defensa y del debido proceso.(F 328: 1947)

Art. 8.1. Determinación de derechos de otro carácter. Jurado de Enjuiciamiento.

«Si bien en principio las decisiones de los jurados de

enjuiciamiento son irrecubrables, cabe admitir excepción a tal regla sólo cuando se configura la violación del debido proceso en forma grosera, flagrante e inequívoca». (F 328: 2406)

Art. 8.1. Derecho a la jurisdicción. Vulnerabilidad económica.

«El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional), pues por su intermedio se asegura el acceso a la administración de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes». (Fallos 328:1947)

Art. 8.1.8.2.d.f.) Derecho a ser oído, conocer los cargos y preparar defensa. Ejecución de Sentencia. Remate.

«Si antes de la subasta el Registro de la Propiedad Inmueble había informado que el titular registral era la firma recurrente, la única vía que hubiese permitido la afectación de su patrimonio por la sentencia a dictarse sin violar al mismo tiempo el debido proceso, era haberle dado la oportunidad de expresarse y de hacer valer sus medios de defensa lo que incluía la posibilidad de liberar el inmueble para evitar su remate». (Fallos 330: 4735)

Art. 8.1. Derecho de los Migrantes.

«Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró improcedente el amparo y dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores dictase el acto de trámite o de fondo, relativo a la solicitud de ingreso al país de la esposa del recurrente ya que el art. 29 de la nueva ley 25.871 determina una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, entre los que no se encuentra la «proclividad al delito», causal bajo la cual se negó el pedido, categoría abandonada para establecer la necesidad en todos los casos, de la existencia de una condena penal requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso». (Fallos 330: 4554)

Art. 8.1.8.2.d) Derecho a la defensa. Derechos Electorales.

«Corresponde revocar la sentencia que no hizo lugar al pedido de oficialización de la lista de candidatos a diputados nacionales si

se discute si la presentación fue extemporánea por veinte minutos o, por el contrario, si se realizó en tiempo oportuno pero por tareas inherentes al control de lo presentado, la constancia de recepción fue colocada al finalizar esa tarea, y máxime si la cámara incorporó al expediente un informe producido por el funcionario que suscribió el cargo en cuestión, del que no se les dio adecuada oportunidad para impugnarle a los recurrentes, vulnerándose así su derecho constitucional de defensa en juicio». (F 330: 4351)

Art.8.1.Declaración de incompetencia tardía. Derecho a sentencia en plazo razonable.

«La declaración de incompetencia de oficio realizada por el tribunal local cuando las actuaciones habían concluido luego de un prolongado trámite de casi dos años y al tiempo del dictado de la correspondiente sentencia definitiva del proceso, evidencia la ausencia de oportunidad del acto y la consecuente afectación de los principios de seguridad jurídica, debido proceso, celeridad y economía procesal, que tienden a evitar la privación de justicia». (Fallos 329: 4184).

Art.8.1.8.2.b.c) Derecho a conocer lo demandado y tiempo para preparar la defensa.

«El traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene por objeto proporcionar a los litigantes la posibilidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa». (F 329: 4241)

Art. 8.1.Derecho a ser oído. Legitimación Procesal.

«Los intereses individuales de las personas respecto de un determinado acto o hecho pueden no coincidir: no todos son dañados por ese acto e incluso algunos pueden verse favorecidos; por lo tanto, no siempre se justifica tomar respecto de todos esos intereses divergentes una decisión común. Un fallo judicial que afecte a todo un universo de individuos en sus derechos personales y que no haya oído a cada uno de esos afectados, habrá vulnerado el derecho de todos ellos al debido proceso de ley, es decir, a la defensa

en juicio de sus derechos (art. 18 C.N.)». (F 329: 4593)

Art.8.1. Determinación de derechos. Juicio Político.

«El órgano político juzgador debe observar las reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que debe reconocerse a toda persona sometida a un juicio que puede concluir con la pérdida de un derecho». (F 329: 3225)

Art. 8.1. Sentencia motivada de acuerdo constancias de la causa.

«Por medio de la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa». (F 329: 3673)

Art. 8.1.8.2.b.h.) Juez Competente – Derecho al recurso (*mutatis mutandi*)

«Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos ante ellos, pues si prescinden de esa limitación y resuelven cuestiones ajenas a las pretendidas por las partes, se afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio». (F 329: 3757)

Art. 8.1. Prejudicialidad Penal. Sentencia en Plazo Razonable.

«Corresponde dejar sin efecto la decisión de no dictar sentencia, con fundamento en el art. 1101 del Código Civil, en la causa que tiene por objeto la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la explosión de la fábrica estatal de armamentos, pues una restricción del derecho de defensa en juicio consistente en la espera indefinida de la condenación penal -la suspensión del proceso civil lleva casi ocho años-, no halla justificación en la aplicación de dicha norma, máxima no habiéndose demostrado que la causa penal pueda tener una pronta resolución». (Fallos 330: 2975).

Art. 8.1.8.2.f.) Jubilaciones. Derecho a ofrecer prueba. Sentencia motivada.

«La garantía de la defensa en juicio no sólo comprende la posibilidad de ofrecer y producir pruebas, sino, también, la de obtener

una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso» (F 329: 1622).

Art. 8.1. Derecho a ser oído con debidas garantías. Amparo.

«La sentencia que rechaza el amparo produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal, o por no exhibirse como derivación razonable del derecho aplicable, ya que, entonces, resultan vulneradas las garantías de defensa en juicio y debido proceso». (Fallos 329: 2179/2180).

Art. 8.1. Derecho a ser oído por Juez Imparcial. Recusación de Jueces.

En lo atinente a «recusación de los magistrados ... está en juego la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales incorporados a ésta ..., pues no es dudoso que las cuestiones se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio». (Fallos 329: 2631).

Art. 8.1. Contencioso Administrativo – Empleado Público.

«Por medio de la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar las garantías de defensa en juicio y de debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa». (F 329: 513).

Art. 8.1. Derecho a la jurisdicción. Materia Fiscal. Contencioso Administrativo.

«Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó paralizar el trámite de la demanda contencioso administrativa hasta tanto la actora diera cumplimiento al pago del impuesto de sellos si no trató el agravio referido a que la aplicación de los arts. 296 y 297 del Código Fiscal de la Provincia de La Pampa implicaba una grave violación al derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional y al de acceder a la justicia consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica oportunamente propuesto por la actora». (F 329: 432)

Art. 8.1. Derecho a ser oído. Proceso Civil.

«El traslado que prescribe el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta insoslayable, puesto que su omisión compromete irremediablemente el derecho de defensa de quien tiene asignada expresa intervención en la causa». (F 329: 471).

Art. 8.1.8.2.b.c.) Derecho a conocer pretensión del contrario para preparar defensa.

«Corresponde admitir la excepción de defecto legal si la actora ha omitido describir los fundamentos que sostienen la responsabilidad conjunta atribuida a la Dirección Nacional de Vialidad, lo que ha impedido a ese organismo conocer las razones y fundamentos sobre la base de los cuales ha sido traída a juicio como sujeto pasivo de la pretensión, e invocar, en consecuencia, las defensas correspondientes, colocándola en una verdadera situación de indefensión.» (F 328: 4192)

Art. 8.1.8.2.c) Derecho a ser oído, con tiempo adecuado para defenderse.

«La adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del juicio tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio». (Fallos 328: 3863)

Art. 8.1. Derecho a ser oído. Materia civil o penal. Legitimación procesal.

«Todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o como acusado, como demandado o demandante, ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe» . (F 328: 830)

Art. 8.1. Derecho a ser oído, con las debidas garantías, por juez competente.

«La magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció

un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual la Corte debe hacer respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional de debido proceso». (F 330: 2445)

Art. 8.1. Jurado Enjuiciamiento.

«La irrecurribilidad del art. 115 de la Constitución Nacional significa que la Corte Suprema no podrá sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces, pero sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones –nítidas y graves- a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio». (F 330: 452).

Art. 8.1. Derecho a ser oído, en plazo razonable. Medidas cautelares.

«La garantía de la defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva». (F 330: 1261)

Art. 8.1.8.2.d.f) Procedimiento administrativo. Jubilación y Pensión.

«Las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios, existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados con el objeto de resguardar la garantía de defensa en juicio». (F 327: 5276).

Art.8.1.8.2.c) Derecho a ser oído, tiempo preparación defensa.
Notificación Demanda.

«Nuestro ordenamiento privilegia la adecuada protección del derecho a la defensa y en circunstancias de encontrarse controvertida la notificación del traslado de la demanda, en caso de duda sobre la regularidad atribuida al acto, debe estarse a favor de aquella solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional.» (Fallos 327: 5965)

Art. 8.1. Ejecución Fiscal – Debido proceso en trámite administrativo previo.

«Corresponde dejar sin efecto la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución si omitió controlar el debido cumplimiento del mecanismo de determinación de oficio –en cuyo marco el administrado cuenta con la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.» (Fallos 327: 4832)

IX . Conclusión

Luego del fallo en comentario, se han despejado todas las dudas en torno a los límites de la garantía del debido proceso en el sistema interamericano como estándar mínimo. Asimismo que en el horizonte evolutivo del Debido Proceso Legal, se advierte una concepción superadora del concepto clásico del debido proceso como límite al poder punitivo del Estado, como mera herramienta adjetiva; presentándolo ahora como reclamo a la jurisdicción de la tutela judicial efectiva en los conflictos interpersonales, como garantía para el resguardo del derecho de los desposeídos y las minorías en su acceso a la jurisdicción, que ya fueran esbozados por la Corte IDH en la OC-16/99.

Como expresa MORELLO⁽¹³⁾ también en la hora de la defensa de los derechos, importa disponer de fórmulas que la faciliten, en lugar de impedirla o menoscabarla. Propiciar contenidos *mucho más protectores*, que contribuyan a mejorar la efectividad de la

¹³ MORELLO, Augusto: ob. cit., pág. 3.

tutela. No hay derechos sin garantías, por más que los declaren o enuncien solemnes Documentos. De nada valen, si la garantía está ausente, es imperfecta o en los hechos no se respeta el proceso justo que es garantía fundamental. La doctrina interna debe acompañar esta tendencia, aunque ese flanco ha de ser visto más que desde el derecho positivo, a través de la óptica de los principios superiores o de los valores implicados (inderogables o irrenunciables).

La fisonomía del debido proceso debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos (¹⁴). Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección en los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón, el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

Se reformula el concepto popular del proceso como mero cuestión adjetiva, para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los tratados y convenciones internacionales.

La jurisprudencia local, con invocación de los arts. 18 y 33 constitucionales ha dado contenido al concepto de debido proceso desde una óptica defensista. Luego de la incorporación constitucional de los tratados de DD HH y de la jurisprudencia y opiniones de los organismos interamericanos, se abre un fértil campo para la tutela de los derechos humanos de los sectores que hasta el presente no han tenido voz para ejercer el derecho a ser oídos y reclamar a la jurisdicción el reconocimiento a su dignidad humana, no sólo frente al Estado sino en las -desiguales- relaciones interpersonales.

¹⁴ GOZAINI, Osvaldo: ob. cit., pag. 26.

LIBERTAD PERSONAL**Comentario al fallo «Chaparro Álvarez» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Por Hernán de Llano

I. El caso y las cuestiones debatidas

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante la Corte, Corte Interamericana o Corte IDH- en el caso «Chaparro Álvarez»¹, cuyas múltiples aristas meritan un análisis profundo que sin duda excede el marco del presente trabajo, constituye ciertamente un gran aporte a la realización de los derechos humanos por su variado abordaje de garantías consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La diversidad de temas examinados permitió a la Corte Interamericana profundizar el desarrollo de la doctrina elaborada en el sistema interamericano sobre la protección de la libertad personal, que ya se hallaba expresada en resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos² -en adelante, la Comisión o CIDH- y en precedentes de la propia Corte, en especial, en el Caso «Suárez Rosero»³ y más recientemente en el Caso «López Álvarez»⁴.

No menos relevante es el amplio tratamiento dado por la Corte a la garantía de la defensa en juicio en las diversas manifestaciones involucradas en el caso, que abordó entre otros, su relación con el principio de inocencia, el derecho a ser asistido por un abogado, el

¹ Corte IDH Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

² Informes N° 2/84; N° 17/89; 12/96; 2/97; y el más cercano N° 35/07, entre otros.

³ Corte IDH Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

⁴ Corte IDH Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, N° 141.

derecho del imputado de contar con tiempo y medios para preparar su defensa, la duración razonable del proceso y la necesidad de garantizarle a toda persona de nacionalidad extranjera el derecho de contar con asistencia consular.

También es destacable el abordaje realizado por el tribunal del derecho a la propiedad involucrado en el caso, ni bien se advierte la conflictividad que suele traer aparejada la investigación de los delitos de tráfico de estupefacientes, por las particulares regulaciones de las leyes de drogas en lo relativo a la incautación de bienes vinculados a ese tipo de actividad delictiva.

No obstante ello, y más allá de la riqueza conceptual de los distintos temas tratados en el caso, centraremos el presente trabajo sólo en algunos aspectos del fallo atendiendo a los criterios que, estimamos, resultan de mayor relevancia en su proyección a nuestro derecho interno.

En el caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda en contra de la República del Ecuador por la posible violación en perjuicio de las presuntas víctimas -Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Iñiguez- de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal); 7 (Derecho a la Libertad Personal); 8 (Garantías Judiciales), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con el art. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos); y del artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) del mismo tratado con relación al señor Lapo.

Según la demanda, con motivo de la «Operación Antinarcótico Rivera», oficiales de la policía antinarcóticos incautaron el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado de la compañía «mariscos Oreana Maror» con destino a la ciudad de Miami, Estados Unidos de Norte América. En dicho cargamento fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. El señor Chaparro -de nacionalidad chilena- fue considerado sospechoso de pertenecer a una «organización internacional delincuencial» dedicada al tráfico

internacional de narcóticos, ya que el nombrado era dueño de la fábrica «Aislantes Plumavit Compañía Limitada» dedicada a la elaboración de hieleras para transporte y exportación de distintos productos, de características similares a las que se incautaron en el procedimiento antes señalado. El señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, fue acusado por los mismos hechos en razón de ser el gerente de dicha fábrica. Con motivo de esos hechos, la jueza Décimo Segunda de lo Penal de Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica «Plumavit» y la detención de los señores Chaparro y Lapo.

De acuerdo a la denuncia de la Comisión, los hechos que motivaron la presentación ante la Corte Interamericana fueron los siguientes:

- a) No se informaron los motivos y razones de la detención de Chaparro y Lapo.
- b) No se le informó a Chaparro el derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad.
- c) La detención de Lapo no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez competente.
- d) Ambos detenidos fueron trasladados a dependencias policiales donde estuvieron incomunicados cinco días.
- e) Chaparro no contó con patrocinio letrado en su declaración preprocesal.
- f) La defensa pública de Lapo fue ineficiente.
- g) La detención de las víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante el juez.
- h) Las víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional durante más de un año pese a que se realizaron diversos peritajes que concluyeron que las hieleras incautadas no se habrían podido elaborar en la fábrica «Plumavit» y de que no existió prueba alguna que incriminara a Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas.
- i) Los recursos a su alcance interpuestos por las víctimas con el

objeto de que se revisaran los fundamentos de la medida privativa de libertad no resultaron efectivos.

j) Si bien no se encontró droga en el establecimiento de la firma «Plumavit», la fábrica fue restituida casi cinco años después de haber sido incautada.

k) El vehículo de Lapo no fue devuelto pese a haber sido desvinculado del proceso.

l) Existirían registros públicos y en instituciones privadas con antecedentes penales de las víctimas en relación con los hechos del caso.

II. El procedimiento internacional y la conducta del Estado ecuatoriano

La Comisión Americana emitió sendos informes en virtud de los cuales declaró admisible la denuncia y, luego, formuló determinadas recomendaciones, tal como acostumbra a hacerlo si considera admisible esa presentación⁵. Por su lado, los representantes de las víctimas presentaron un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, adhiriéndose a los fundamentos de derecho que la Comisión presentó en su demanda. El Estado ecuatoriano presentó un escrito de excepciones preliminares, contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, mediante el cual interpuso dos excepciones preliminares⁶ y contradijo las aseveraciones de la Comisión Interamericana.

Rechazadas las excepciones, y luego de lamentar los excesos cometidos por funcionarios públicos que intervinieron en el proceso de detención y juzgamiento de las presuntas víctimas, el representante del Estado ecuatoriano efectuó un allanamiento parcial en el que reconoció las violaciones a los derechos humanos protegidos por los

⁵ Informe N° 77/03 (22/10/03) e Informe de fondo N° 6/06 (28/2/06) de la CADH, respectivamente.

⁶ Las excepciones interpuestas fueron las de «Falta de agotamiento de los recursos internos» y «Fórmula de la cuarta instancia».

arts. 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el Estado ecuatoriano excluyó de ese reconocimiento la presunta violación al derecho a la libertad personal (art. 7 CADH) y al derecho a la propiedad (art. 21 CADH).

No obstante que para la Corte el reconocimiento efectuado implicó una confesión de los hechos⁷ y que la controversia quedaba limitada a los puntos en los que no hubo admisión de responsabilidad del Estado ecuatoriano, el Tribunal consideró necesario dictar una sentencia en la cual se determinaran los hechos (los reconocidos y los que resulten probados) y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, «en cuanto la emisión de la Sentencia contribuye a la reparación de los señores Chaparro y Lapo, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos»⁸.

III. La decisión de la Corte Interamericana en «*Chaparro Álvarez*»

En el marco señalado, la Corte Interamericana se abocó a verificar las violaciones a los derechos humanos denunciadas, y a tales fines, dividió el tratamiento de los distintos hechos sometidos

⁷ Afirmó la Corte que «...el Estado no precisó en detalle todos los hechos que confesaba. Ante ello, este Tribunal considera que, al haberse allanado a las pretensiones de la Comisión y de los representantes respecto de las violaciones a los artículos 2, 5, 8 y 25 de la Convención, el Estado implícitamente confesó los hechos que según la demanda configuraron tales violaciones, en el entendido de que la demanda constituye el marco fáctico del proceso...». CIDH, Caso *Chaparro Álvarez*, párr. 28.

⁸ CIDH, Caso *Chaparro Álvarez*, párr. 34. Se citó el Caso *La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 57; *Caso Bueno Alvez vs. Argentina, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 164, párr. 34, y Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 163, párr. 9.

a decisión del tribunal. Con el objeto de un mejor análisis de los tópicos tratados en el fallo, seguiremos el orden de las cuestiones abordadas por la Corte.

A. Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH

1. Hechos alegados por la Comisión

La Comisión alegó que se violó el derecho consagrado en el artículo 7 de la Convención en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo ya que el modo o procedimiento seguido para sus detenciones y posterior tratamiento contradice las disposiciones internas.

a) En el caso de Chaparro, la detención se realizó sin que hubiera pruebas que pudieran vincularlo al proceso; además, se llevó a cabo sin que se le hubiera mostrado orden de detención ni que fuera informado de las razones de la misma y de su derecho a asistencia consular, ni tampoco se le garantizó su derecho a una defensa técnica;

b) En el caso de Lapo, su detención fue realizada en circunstancias que no habilitaban una excepción a la necesidad de una orden judicial, sin que fuera informado de las razones de la misma y sin que se le garantizara el derecho a una defensa técnica;

c) Finalmente, la Comisión consideró que las dos víctimas fueron presentadas ante un policía y un fiscal, ambos sin potestad para ponerlos en libertad y que sólo 23 días después de su detención fueron llevadas ante un juez. También alegó que las víctimas permanecieron un tiempo excesivo en prisión preventiva, que los recursos interpuestos para impugnar su privación de libertad fueron ineffectivos y que el recurso de *habeas corpus* entonces vigente consagrado en el artículo 28 de la Constitución de Ecuador no es compatible con los requisitos del artículo 7.6 de la Convención, ya que establece que una autoridad administrativa -el Alcalde- es el encargado de resolver sobre la legalidad o ilegalidad del arresto.

2. La decisión de la Corte

El Tribunal efectuó inicialmente una apreciación general sobre

el derecho a la libertad y seguridad personales, en la que consideró que el artículo 7 de la Convención contiene dos tipos de regulaciones diferenciadas entre sí: una general, establecida en el primer numeral, que consagra los citados derechos, y una específica compuesta por una serie de garantías de la persona privada de la libertad (no ser privado de la libertad ilegalmente, conocer las razones de la detención, entre otros). Al respecto, resaltó que cualquier violación de las garantías establecidas en los numerales 2 a 7 del artículo 7 de la Convención acarrea necesariamente la violación del art. 7.1, dado que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.

Luego de esa introducción, la Corte analizó si se verificó en el caso concreto alguna violación de las garantías consagradas en el art. 7 de la Convención.

Primera cuestión: la ilegalidad de las detenciones de Chaparro y Lapo

En este punto es relevante destacar que la Corte antes de examinar las circunstancias en que se produjeron las aprehensiones de las víctimas, se encargó de precisar en qué supuestos se está ante una detención ilegal. Así, el art. 7.2⁹ establece una reserva de ley según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal, y esa ley debe establecer, de la manera más precisa posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física. Por ello, para el Tribunal, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.

A partir de esa premisa, la Corte analizó las situaciones particulares de Chaparro y Lapo. En el primer caso, dado que de acuerdo a las pruebas allegadas al caso, se acreditó que la detención del nombrado estuvo precedida de una orden dictada por una jueza

⁹ «Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o en las leyes dictadas conforme a ellas».

competente en el marco de una investigación criminal, consideró que no se violó en el caso el artículo 7.2. de la CADH. Con relación al señor Lapo, la Corte sí estimó probada la violación de la norma antes señalada, habida cuenta que la orden de detención de la jueza tenía fecha posterior -tres días después- a la del efectivo acaecimiento de la privación de la libertad. En otras palabras, consideró que la detención del nombrado Lapo fue ilegal. A partir de esta circunstancia, estimó el tribunal innecesario expedirse sobre las otras cuestiones alegadas por la Comisión y los representantes sobre el punto, precisamente por la proyección misma de la ilegalidad de la detención.

Por otra parte, y en razón de la solicitud del Estado ecuatoriano sobre el punto, la Corte se expidió sobre si la presencia de un juez en el momento del allanamiento reemplaza el requisito de la orden escrita de juez competente. En tal sentido, el tribunal destacó que para aceptar dicha posibilidad, es necesario que el supuesto esté legislado expresamente en el derecho interno, ya que de otro modo no se da por cumplimentado el requisito de «orden escrita de juez competente».

Con relación a la alegada omisión de informar a los detenidos las razones de la privación de libertad, la Corte precisó inicialmente que esa información debe darse «cuando ésta se produce»¹⁰, para luego destacar que los motivos y razones de la detención necesariamente suponen informar: a) que está siendo detenida, esto es, que la persona privada de libertad tenga claro que está siendo detenida; b) los hechos y bases jurídicas en que se basa la detención expresados en un lenguaje simple y libre de tecnicismos.

Es interesante ver los fundamentos arrimados por la Corte para estimar probada la omisión de informar las razones de la detención de Chaparro, dado que si bien dicho extremo fue alegado por la víctima, por las especiales dificultades de acreditar un hecho negativo no pudo acompañar ningún elemento que probara ese hecho. No obstante ello, el Tribunal colocó la carga probatoria en cabeza del Estado dado que éste sí había alegado un hecho positivo -que esa información le fue transmitida a Chaparro al momento de ser

¹⁰Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99, párr. 82.

detenido-. Como el Estado no probó que las autoridades cumplieron efectivamente con dicha información, la Corte consideró probada la violación al artículo 7.4 de la Convención. Otra nota destacable sobre el punto es el límite impuesto por la Corte a la actividad probatoria de los Estados denunciados en casos como el tratado, destacando que «en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado»¹¹.

Por fin, la Corte también estimó probado que la duración de la detención del señor Chaparro sobrepasó el máximo legal permitido, vulnerándose así el artículo 7.2 de la Convención y que no fue llevado ante un juez «sin demora», en violación del artículo 7.5 de la Convención. Para así decidir, el tribunal se basó en las pruebas obrantes en el caso de las que surge que aquél prestó declaración ante la jueza del caso recién 26 días después de ser detenido. Sobre el tópico, es relevante destacar la doctrina de la Corte relativa a que la declaración ante el fiscal no suple el derecho de declarar ante un juez consagrado en el citado numeral 5 del artículo 7, y que la presencia de la autoridad judicial en el momento de la detención tampoco satisface la exigencia de «ser llevado ante un juez». Con relación a este tópico el tribunal afirmó que la autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.

Segunda cuestión: la arbitrariedad de la privación de la libertad

El artículo 7.3 de la Convención Americana establece que «nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios». Al interpretar este precepto, la Corte ha establecido desde el caso

¹¹ Cfr. a la jurisprudencia de la Corte en *Caso Velásquez Rodríguez. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 4, párr. 140; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 166, par. 12 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 109.

«Gangaram Panday»¹² que esa prohibición se proyecta a los supuestos de detención que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

A modo de introducción en el caso, la Corte estableció que la privación de libertad, además de estar consagrada en la ley, debe respetar los siguientes requisitos: a) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sean compatibles con la Convención (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento, según criterio de la Corte); b) que las medidas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, esto es, que sean indispensables y que no existan medios menos gravosos para alcanzar el objetivo; d) que sean proporcionales. Cualquier restricción de libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas, será arbitraria y violará el artículo 7.3. de la Convención.

Al precisar la idea, la Corte señaló que la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados en palabras, y no en meras conjetas o intuiciones abstractas, por lo que el Estado no puede detener para luego investigar. Al respecto, recordó que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en los indicados fines procesales (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento).

Con relación al caso, y al examinar la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo, el tribunal consideró que dicha medida cautelar fue arbitraria, con respaldo en el criterio de esa Corte en cuanto a que las decisiones que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas. En tal sentido, se resaltó que el auto que ordenó el encarcelamiento preventivo de las víctimas omitió efectuar una descripción de las circunstancias de tiempo,

¹² Cfr. Caso Gangaram Panday vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 47.

modo y lugar en que Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. Con relación a Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para garantizar la inmediación del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento.

También cuestionó la Corte la conducta de las autoridades judiciales ecuatorianas a la hora de revisar la prisión preventiva de los imputados, en especial, cuando a través de la realización de numerosos peritajes se pudo determinar que buena parte de las hieleras utilizadas en la maniobra de tráfico de drogas no fueron elaboradas por la empresa «Plumavit», y que no existían en el caso elementos que permitieran afirmar que los responsables de esa firma hayan tenido conocimiento del destino dado por la sociedad «Mariscos Oreana Maror» a las hieleras en cuestión. Se tuvo en cuenta al respecto que los múltiples escritos de las víctimas no fueron contestados por la jueza, y que en el único caso en que lo hizo, sólo denegó de manera dogmática las peticiones de revocatoria del auto de prisión preventiva, sin analizar los argumentos invocados por las partes.

A criterio del tribunal, la actuación sobre el punto de las autoridades judiciales del Ecuador desconoció:

a)La inveterada doctrina de la Corte IDH que afirma que en los casos de personas detenidas, los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia para revisar la detención, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar es todavía absolutamente necesaria para el logro de esos fines y si es proporcional.

b)El requisito de motivación de la decisión judicial como condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa.

La omisión de revisar la detención y de brindar los motivos fundados por los que se consideraba que aquella resultaba necesaria y proporcional, violó a criterio de la Corte el derecho a la libertad de las víctimas e impidió que la defensa conociera las razones por las cuales permanecían privadas de su libertad, dificultando la tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación de sus

asistidos o impugnar una prueba de cargo determinante¹³.

Tercera cuestión: la eficacia de los recursos con que contaron las víctimas para controvertir la privación de libertad

La cuestión sobre este tópico abordó tanto la ineficacia de los recursos interpuestos por las víctimas ya que, como se vio en el punto anterior, en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de libertad, como la circunstancia de que conforme a la legislación interna del Estado, la autoridad encargada de conocer el recurso de *habeas corpus* constitucional es una autoridad administrativa y no judicial.

Así, la Corte examinó los dos recursos existentes al momento de los hechos para revisar la legalidad de una privación de libertad:

a) El primero de ellos, el *habeas corpus* constitucional consagrado en el art. 28 de la Constitución de Ecuador que debía ser resuelto por el alcalde de la jurisdicción en la que se encontrara detenida la persona y que preveía un recurso ante el Tribunal Constitucional.

b) El segundo remedio era el amparo de libertad o *habeas corpus* legal, contemplado en el art. 458 del Código de Procedimiento Penal.

Con relación al primero de los recursos, consideró la Corte que dado que el artículo 7.6 de la Convención establece que la autoridad que debe decidir la legalidad del arresto o detención tiene que ser «un juez o tribunal», ninguna autoridad administrativa -aún cuando pueda ser competente por ley- constituye una autoridad judicial en los términos de la Convención, por lo que concluyó que en el caso no se había respetado la exigencia de la norma antes señalada que impone el deber de resolver el recurso sin demora. Al respecto, estimó la Corte que al exigir la normativa interna que la persona

¹³ En tal sentido, la Corte IDH estimó que el Estado violó el derecho de las víctimas consagrado en el art. 7.3 de la CADH, por la falta de una debida motivación en la adopción y mantenimiento de la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo; y como consecuencia de ello, se violó en el caso su derecho a la libertad personal contemplado en el art. 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.

privada de libertad tenga que apelar las resoluciones del alcalde para acudir a la autoridad judicial que pueda revisar el caso, está generando obstáculos a un recurso que, por su propia naturaleza, debe ser sencillo.

Respecto del amparo de libertad o *habeas corpus* legal, si bien dichos remedios fueron revisados por la autoridad judicial -en el caso la Corte Superior de Justicia de Guayaquil-, consideró la Corte IDH que ese tribunal denegó los recursos interpuestos sin pronunciarse sobre las causas que a criterio de las víctimas hacían ilegal su prisión preventiva. Destacó con cita de precedentes del tribunal¹⁴ que no basta con la existencia formal del recurso sino que además debe ser efectivo, en el sentido de dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. En otras palabras, el control judicial debe ser efectivo y no constituir un mero trámite formal o simbólico. Además, la circunstancia de que la Corte Superior haya demorado en resolver esos recursos 31 días en el caso de Lapo y 9 días en el de Chaparro, no se ajusta a la exigencia establecida en el art. 7.6 de la Convención de que los recursos sean resueltos «sin demora».

B. Artículo 8 (Garantías Judiciales) en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la CADH

1. Hechos alegados por la Comisión

La Comisión alegó que se violó el derecho consagrado en el artículo 8 de la Convención en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo ya que: a) el Estado no habría respetado el derecho a la presunción de inocencia de las víctimas; b) no se les habría concedido el tiempo y los medios adecuados para preparar sus defensas; c) no se habría respetado su derecho a contar con patrocinio letrado; d)

¹⁴ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72, párr. 77; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99, párr. 82, y *Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, N° 98, párr. 126.

se habría incumplido la exigencia de desarrollar el proceso penal en un plazo razonable; e) no se habría respetado el derecho del señor Chaparro a la información sobre la asistencia consular.

2. La decisión de la Corte

Si bien el Estado presentó un allanamiento total respecto del indicado art. 8 de la Convención, la Corte analizó cada una de las cuestiones alegadas por las partes.

Primera cuestión: derecho a la presunción de inocencia

El tribunal inició el tratamiento de esta cuestión resaltando la idea de que importa una violación a la Convención, la privación de libertad por un plazo desproporcionado a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, ya que ello equivale a un anticipo de pena. Partiendo de ese principio, y dado que en el caso se dio por probado que la orden de prisión preventiva fue arbitraria por carecer de fundamento jurídico razonado y objetivo sobre su procedencia; que los recursos interpuestos por las víctimas para lograr su libertad fueron ineficaces; que el juzgador no brindó razones que justificaran el mantenimiento de la medida cautelar y que la duración de la privación de libertad fue excesiva; consideró la Corte que el Ecuador violó el derecho a la presunción de inocencia de Chaparro y Lapo consagrado en el art. 8.2 de la CADH.

Segunda cuestión: concesión al inculpado del tiempo y los medios para preparar su defensa

El debate en cuanto a este punto se centró en la tardía notificación a los abogados defensores de la providencia que dispuso la realización del estudio pericial denominado «prueba del ION-SCANNER»¹⁵, circunstancia que a juicio de las partes, impidió la presencia de las víctimas y sus abogados y la impugnación de su

¹⁵ La prueba del ION-SCANNER se utiliza para ver la presencia científica computarizada de partículas de droga. En el caso los peritos tomaron muestras de los moldes que se encontraban en la fábrica PLUMAVIT para determinar la presencia de cocaína en las máquinas de la firma.

validez. En especial cuando ese estudio constituyó justamente la única prueba técnica en contra de las víctimas que sirvió como fundamento del juzgador para llevar a plenario al señor Chaparro.

El tribunal dio por acreditado el hecho, sostuvo que el aviso a las partes fue realizado con dos horas y cincuenta y cinco minutos de antelación, y observó que esa notificación tardía hizo imposible la presencia de los abogados defensores en la práctica de la misma; y si bien resaltó que no necesariamente es razonable la inmediación de las partes en la producción de todo tipo de prueba, en el caso esa falta de inmediación y contradictorio en la realización de la prueba, precisamente por la inmediatez de la comprobación técnica, no podía ser reemplazada con la formulación de observaciones en forma posterior.

Por tal motivo, consideró que el Ecuador violó en este punto el derecho consagrado en el art. 8.2.c) de la Convención Americana.

Tercera cuestión: derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de su elección y derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado

La Corte estimó probados los hechos alegados por la Comisión y por las partes con las pruebas acercadas por ellos y por los dichos de las víctimas. Tuvo en cuenta también el allanamiento efectuado por el Estado ecuatoriano al respecto. Para fundamentar sus conclusiones, citó el art. 22.19 de la Constitución Política del Ecuador vigente al momento de los hechos que establecía que «...Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un abogado defensor privado o nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria.».

a) Con relación al señor Chaparro consideró la Corte que la presencia de la asistencia letrada en el caso fue tan solo formal, por lo que se violó el derecho consagrado en el art. 8.2.d) de la Convención. Tuvo en cuenta para llegar a esa conclusión que, pese a lo preceptuado por esa normativa constitucional, aquél no contó

con la presencia de un abogado defensor al momento de ser interrogado por primera vez por la policía; que la policía le impidió al abogado que lo acompañaba intervenir en su declaración preprocesal y que al presentar su recurso de amparo de libertad ante la Corte Superior de Guayaquil el presidente del tribunal prohibió a su abogado ejercer su defensa, indicándole que él mismo tenía que fundamentar su recurso, cuando su deseo era que su abogado lo hiciera.

b) Respecto de la situación de Lapo, la Corte consideró que la actitud de la defensora pública asignada fue claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular, destacando que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual debe adoptar todas las medidas adecuadas. Es de señalar que al rendir aquél declaración preprocesal, la asistente de oficio no estuvo presente durante el interrogatorio sino sólo al inicio para que el acto comenzara y al final para suscribir la declaración. Por tal razón, el tribunal consideró que el Ecuador violó en perjuicio del señor Lapo el derecho de contar con un defensor proporcionado por el Estado consagrado en el art. 8.2.e) de la Convención.

Cuarta cuestión: duración razonable del proceso penal

La Comisión alegó al respecto que el proceso penal en contra de las víctimas finalizó 8 años, 3 meses y 7 días después de haberse iniciado, lo que violaría el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Con remisión a los criterios establecidos por el tribunal respecto del principio en cuestión¹⁶, la Corte coincidió con la Comisión en que el proceso en contra de Chaparro y Lapo excedió los límites de lo razonable y señaló que un plazo como el transcurrido en el caso, que no ha sido justificado por el Estado con medios

¹⁶ Cfr. Caso *La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 57 y Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149, párrs. 42 a 45.

probatorios suficientes, constituye una violación a las garantías judiciales¹⁷ por lo que declaró que el Ecuador violó el art. 8.1 de la Convención Americana.

Quinta cuestión: derecho a la información sobre la asistencia consular

Dado que en el expediente no surgía ningún elemento probatorio que demostrara que el Estado había notificado al señor Chaparro como detenido extranjero, su derecho a comunicarse con un funcionario consular de su país a fin de procurar la asistencia reconocida en el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y que el Estado ecuatoriano se había allanado a esa pretensión, la Corte consideró que se violó en el caso el artículo 8.1 de la Convención. Al fundamentar su decisión reiteró la jurisprudencia constante del tribunal¹⁸ según la cual el extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado.

Sobre el punto, afirmó la Corte que el Cónsul podría asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión, destacando el tribunal que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las

¹⁷ Cfr. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C N° 124, párr. 160 y *Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 136, párr. 85.

¹⁸ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 129; *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 119 y *Caso Bueno Alvez vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 164, párr. 34.

garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

C. Artículo 5 (Derecho a la integridad personal) en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la CADH

La Comisión alegó que las dos víctimas estuvieron incomunicadas por tres días aún cuando la legislación ecuatoriana limitaba la duración a 24 horas. Las víctimas agregaron además que las condiciones en que soportaron la detención eran infrumanas. Con relación a la situación de incomunicación acreditada en el caso, afirmó el tribunal que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respecto de la dignidad del ser humano, y que esa medida sólo puede utilizarse de una manera excepcional.

De conformidad con el art. 5 de la Convención, la Corte consideró que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal, y que el Estado como responsable de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna. En función de los hechos probados, y del allanamiento del Estado, la Corte consideró que el Ecuador violó el derecho a la integridad personal de los señores Chaparro y Lapo consagrado en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

D. Artículo 21 (Derecho a la propiedad)

En punto a esta cuestión, la Corte trató entre otras circunstancias, la arbitrariedad de la incautación de los bienes teniendo en cuenta que con motivo del procedimiento que culminara con la detención de las víctimas, el Estado ecuatoriano procedió a la aprehensión de la fábrica en la que se confeccionaron las hieleras. Al respecto, consideró la Corte que al ejercer la facultad de dictar las medidas cautelares de carácter real contempladas en la ley, las autoridades nacionales están obligadas a dar razones que justifiquen la medida como adecuada. En función de ello, y si bien admitió que en un inicio las medidas adoptadas no fueron arbitrarias, dado que

posteriormente se presentaron pruebas que sustentaban que la fábrica «Plumavit» no estaba relacionada con el ilícito y que esos elementos no fueron valorados por la jueza de la causa, estimó la Corte que las medidas cautelares adoptadas devinieron en arbitrarias, razón por la cual el Estado afectó de manera desproporcionada el derecho del señor Chaparro en su calidad de titular de la firma al uso y goce de sus bienes en violación del art. 21.1 de la Convención Americana.

IV. Apostillas finales. La proyección del fallo «Chaparro Álvarez» a nuestra realidad jurídica

La primera reflexión que dispara la lectura del fallo «Chaparro Álvarez» por el cual la Corte IDH condenó a la República del Ecuador por la violación de numerosos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se relaciona con la estrecha similitud que presenta el caso con el recordado precedente «Suárez Rosero» de ese tribunal. Es que es ciertamente paradójico que más de 10 años después de dictado ese fallo la Corte vuelva a tratar prácticamente las mismas violaciones a los derechos humanos en aquél país, no bien se advierte que tópicos como la ilegalidad de la detención de las víctimas, la arbitrariedad de la prisión preventiva o las características de los recursos internos de aquél país, fueron temas donde la Corte declaró la ilegalidad de la actuación del Estado ecuatoriano.

Y si bien los hechos del caso «Chaparro Álvarez» se remontan al año 1997, mientras que los del caso «Suárez Rosero» datan del año 1992, no puede soslayarse que el procedimiento antidrogas que dio origen al primero de los casos ocurrió dos días después de que la Corte IDH resolviera condenar al Estado ecuatoriano en «Suárez Rosero». Es por tal razón que sorprende que las autoridades judiciales del Ecuador actuantes en el caso, hayan procedido prácticamente replicando las violaciones a los derechos humanos ya verificadas cinco años antes, pese a la clara decisión del tribunal interamericano a la hora de estimar la responsabilidad de aquél Estado en el recordado precedente.

En punto a ello, la ilegalidad de la detención y la arbitrariedad

de la prisión cautelar de los involucrados, conformaron, en esencia, uno de los principales núcleos del debate sobre el que la Corte Interamericana discurrió en el fallo comentado.

Con relación al primero de los tópicos, la Corte estimó acreditada la ilegalidad de la detención sólo en el supuesto del señor Lapo. De acuerdo a la prueba agregada, al no verificarse un caso de flagrancia a su respecto y dado que la orden de detención emanada de la jueza competente fue posterior a la efectiva materialización del acto de privación de libertad, el tribunal no tuvo mayores dificultades para concluir en la ilegalidad de la actuación de las autoridades ecuatorianas.

No obstante ello, en el marco del examen de la legitimidad de las detenciones de las víctimas la Corte se pronunció sobre otros aspectos relevantes para la decisión. Así, merece especial atención el modo en que el tribunal precisó el alcance del deber de informar las razones de la detención, al afirmar que la persona debe tener en claro no sólo que está siendo detenida, sino también cuáles son los hechos y bases jurídicas en que se basa esa detención, circunstancias que deben ser expresadas en un lenguaje simple y libre de tecnicismos. En otras palabras, no se cumple con esa exigencia si la persona no está en condiciones de comprender de manera clara y sencilla los motivos por los que se la está privando de la libertad.

Otra nota destacable es el análisis minucioso que realizó la Corte IDH del incumplimiento del Estado ecuatoriano de la obligación del art. 7.2 de la Convención de llevar sin demora ante el juez al acusado. Sobre el tópico, es relevante destacar la doctrina de la Corte relativa a que la declaración ante el fiscal no suple el derecho de declarar ante un juez consagrado en el citado numeral 5 del artículo 7, y que la presencia de la autoridad judicial en el momento de la detención tampoco satisface la exigencia de «ser llevado ante un juez», ya que es la autoridad judicial la que debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.

Respecto de la arbitrariedad de la privación de la libertad, la Corte ratifica en el fallo la pacífica jurisprudencia del tribunal en la materia y se apoya para resolver el caso en los requisitos que debe

respetar toda privación de libertad: 1) Finalidad procesal de las medidas que restrinjan la libertad (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento); 2) Excepcionalidad; 3) Proporcionalidad; 4) Idoneidad de esas medidas para cumplir con el fin procurado. En definitiva, para el tribunal la orden que dispone la medida cautelar debe contemplar esos requisitos y si en el caso concreto, no es posible evaluar la concurrencia de esos elementos por falta de motivación suficiente, la decisión que priva de libertad resultará arbitraria.

En cuanto a los requisitos de mención, es de señalar que el primero de ellos despeja cualquier discusión en torno a los criterios sustantivos usualmente utilizados en algunas legislaciones procesales para sustentar la privación de libertad y viene a reafirmar el criterio ya esbozado en «Suárez Rosero» y profundizado en «López Álvarez» en cuanto a asignar fines estrictamente procesales al encarcelamiento preventivo. Vale señalar que en el último de los fallos la Corte consideró que fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito, en el reproche que merece el autor y en la pena aplicable, sin considerar -porque la ley elimina la posibilidad de hacerlo- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un juicio anticipado a la sentencia y adelanta manifiestamente la imposición de la pena¹⁹. En similar sentido se ha pronunciado en forma reciente la Comisión Interamericana en el informe «Peirano»²⁰, donde se sostuvo que el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas, y que la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito.

Por lo demás, la exigencia invocada por la Corte de fundamentar la privación de la libertad para evaluar la concurrencia de los demás requisitos exigidos por la Corte para que esa medida sea compatible con la Convención, descarta la viabilidad de posturas que sólo encuentran anclaje en la expectativa de pena como fundamento de

¹⁹ Cfr. Corte IDH Caso «López Álvarez» ya citado.

²⁰ CIDH Informe N° 35/07 del 14/5/07.

la detención cautelar. Parece claro en este contexto que invocar un criterio meramente objetivo no se compadece con la posibilidad de verificar en cada caso si la privación de libertad es indispensable o si existen medios menos gravosos para asegurar los fines procesales de la detención o si esa decisión es idónea para cumplir con el fin perseguido al adoptarla.

Señala sobre el punto Bovino²¹ que no basta con alegar, sin consideración de las características del caso concreto, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia, sino que es deber del tribunal atender las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción.

Si bien en «Chaparro Álvarez» la arbitrariedad del accionar de la justicia ecuatoriana no admite discusiones en vista del tenor de las irregularidades verificadas en la privación de la libertad de los acusados, es importante la proyección de lo resuelto por la Corte IDH a nuestra realidad habida cuenta la temática tratada y conforme al alcance que según la Corte Suprema corresponde asignarle a las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos²². Y es que aún cuando se advierte en el ámbito local, con sus variados matices²³, una aplicación cada vez más intensa de los estándares internacionales definidos por los órganos competentes del sistema interamericano para aplicar e interpretar los instrumentos de

²¹ Bovino, Alberto «*El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*» publicado en *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 145.

²² CSJN, «Giroldi, H. s/recurso de casación», 7/4/95.

²³ Sólo a título ejemplificativo: Fallos 320:2105 «Estévez»; Fallos 321:3630 «Nápoli»; CNCP, Sala II, Causa N° 8711 «Da Costa Días, Manuel s/recurso de casación», reg. 11.777, rta. 2/05/08; Causa N° 9189 «Del Barco, Carolina s/recurso de casación», reg. 11.779, rta. 5/05/08; Sala III, Causa 5164 «Méndez, Evelyn Giselle s/recurso de casación», reg. 349/04, rta. 5/7/04; Causa 5470 «Macchieraldo, Graciela María s/recurso de casación e inconstitucionalidad», rta. 22/12/04; Sala IV, Causa N° 7682 «Rojas, Natalia Soledad s/recurso de casación e inconstitucionalidad», reg. 9055, rta. 17/08/07; Causa N° 9061 «Spangenberg, Hugo Alfredo s/recurso de casación», reg. 10.717, rta. 8/07/08.

derechos humanos, se relevan todavía criterios que relativizan en su aplicación -y en algunos casos prescinden- el alcance de los parámetros precisados por la Corte IDH para evaluar la legalidad del encarcelamiento preventivo.

Parece claro al respecto que una decisión apoyada sólo en la expectativa de pena atribuible al delito en cuestión está lejos de garantizar la posibilidad de evaluar si la privación de la libertad se ajusta a los requisitos exigidos por la Corte Interamericana. Esta idea que se plasma en el fallo comentado cuando el tribunal afirma que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en los fines procesales (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento)²⁴, aparece destacada con fina precisión en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez al señalar que corresponde al legislador ceñir el espacio de la prisión cautelar, señalando los elementos que pudieran legitimarla, y al juzgador apreciar la efectiva concurrencia de esos elementos en el caso sometido a su competencia. Nada de esto justificaría la reclusión de grupos enteros de inculpados, de manera indiscriminada, por pertenecer a determinada «categoría general», es decir, bajo un membrete común y con apoyo en un *pre-juicio legislativo*, no en un *juicio judicial*²⁵.

Otro de los puntos nucleares del fallo comentado es el que aborda las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la Convención Americana, especialmente por la variada gama de violaciones detectadas en el caso. Luego de iniciar el análisis dando por acreditada la afectación al principio de inocencia habida cuenta del nutrido elenco de irregularidades advertidas en el caso, incursiona el tribunal en las diversas manifestaciones del derecho de defensa involucradas en el caso. Así, es destacable la relevancia asignada a la concesión de tiempo y medios para preparar la defensa como garantía judicial, sobre todo cuando no son pocos los casos en que

²⁴ Cfr. Corte IDH, Caso «Chaparro Álvarez», párr. 103.

²⁵ Cfr. Corte IDH, Caso «Chaparro Álvarez», voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 10.

la materialización del derecho de defensa queda en un mero enunciado vacío de contenido material. Por esa razón, si como señala con acierto Cafferata Nores²⁶, no hay defensa del imputado ajena a la idea de resistencia a cualquier pretensión de restricción de los derechos, entendida como la posibilidad de intervenir en el proceso y conocer y contradecir la imputación, las circunstancias comprobadas en el caso comentado (imposibilidad de la defensa de participar en las diligencias instructorias, ausencia del abogado en los interrogatorios, prohibición al abogado de colaborar con el acusado en la fundamentación de recursos, defensa oficial aparente, entre otras) sin duda arrasan con cualquier pretensión de considerar garantizado ese derecho²⁷.

²⁶ Cafferata Nores, José I., «*Proceso penal y derechos humanos*», Editores del Puerto, 2º edición, Buenos Aires, 2008, pág. 120.

²⁷ Sobre el punto y en lo que atañe a nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido elaborando una doctrina invariable sobre el alcance del derecho de defensa. Al respecto, cfr. *Fallos* 327: 5095, «Núñez»; 329:4248, «Schenone»; 330:3526, «Noriega»; 330:5052 «Domínguez»; entre otros.

Principios limitadores del encarcelamiento preventivo en el sistema interamericano. Comentario al fallo López Álvarez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Por Paola Bigliani

I. Introducción

El 1º de febrero de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante la Corte, Corte Interamericana o Corte IDH- dictó sentencia en el caso López Álvarez vs. Honduras.

En la resolución, se consideró como «parte lesionada» al señor Alfredo López Álvarez, en su carácter de víctima de las violaciones de los derechos consagrados en los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante CADH, Convención Americana o Convención-, en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese instrumento, por lo que se dispuso la necesidad de que el tribunal fije la reparación correspondiente en concepto de daño material e inmaterial.

Este fallo establece importantes criterios respecto de diversos temas tales como la cadena de custodia de los elementos secuestrados en un procedimiento, el derecho a la integridad física, los efectos de la arbitrariedad de la detención sufridos por la familia de López Álvarez entendidos como violación a la integridad personal, las condiciones de detención, el derecho a un recurso judicial efectivo y a las garantías judiciales tales como el derecho de defensa; asimismo analiza la violación al derecho a la libertad

¹ Este trabajo se basa en el libro *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, escrito en coautoría con Alberto Bovino, Defensoría General-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

de pensamiento y de expresión, y a la igualdad ante la ley.

Sin embargo, este comentario se centrará en las consideraciones efectuadas por la Corte IDH en materia de encarcelamiento preventivo y algunas cuestiones relativas al plazo razonable de duración del proceso en tanto se vinculan con la duración razonable de la prisión preventiva.

En el caso López Álvarez, la Corte sintetizó de modo inequívoco el estrecho ámbito de validez que posee la privación de libertad cautelar en un Estado de derecho. En este sentido señaló que: «[l]a prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [nota omitida]. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente [nota omitida]. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal²».

II. Los hechos del caso

A continuación se relatarán los hechos del caso relativos, fundamentalmente, al encarcelamiento preventivo sufrido por el señor López Álvarez y al plazo de duración del proceso y de la medida cautelar, sobre los que tratará este trabajo.

López Álvarez fue detenido el día 27 de abril de 1997 junto con Luis Ángel Acosta en el marco de un procedimiento en el que se estaba investigando a Sunny Loreto Cubas quien había sido denunciado mediante un llamado telefónico anónimo como vendedor de cocaína en grandes cantidades. Mediante otro llamado telefónico anónimo se informó que Sunny se encontraría con dos personas en la playa. Como consecuencia de ese llamado, oficiales de la Dirección de Investigación Criminal montaron vigilancia en las inmediaciones del Hotel Puerto Rico, ciudad de Tela, Honduras.

² Párrafo 67.

El día de su detención, López Álvarez había pasado a buscar a Acosta, mecánico, para reparar su automóvil, dado que no pudieron ir el en el vehículo de López Álvarez se dirigieron en otro automóvil hacia las cercanías del Hotel Puerto Rico.

En dicho lugar, oficiales de la Lucha contra el Narcotráfico revisaron el vehículo en el que viajaban los señores Alfredo López Álvarez y Luis Angel Acosta, encontraron y decomisaron dos paquetes que contenían un polvo blanco, y detuvieron a los nombrados.

Tiempo después fue detenida la persona indicada como responsable de los hechos, Sunny, quien fue posteriormente sobreseído debido a su muerte.

El 28 de abril de 1997, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, un oficial de investigación de la Dirección de Investigación Criminal, puso «a la Orden del Juzgado de Letras Seccional a los señores: Luis Ángel Acosta, (Sunny) Loreto Cubas y Alfredo López, por suponérseles responsables del delito de posesión y tráfico de estupefacientes en perjuicio de la salubridad pública del estado de Honduras y remitió como prueba lo que supuestamente eran «dos kilos de cocaína, y un carrucho de marihuana, y una bolsita conteniendo una piedra supuestamente de crack».

El 2 de mayo de 1997, el Juzgado de Letras Seccional de Tela decretó auto de prisión contra los señores Luis Ángel Acosta Vargas, Alfredo López Álvarez y Sunny Loreto Cubas, «por el delito de posesión y tráfico ilícito de estupefacientes, en perjuicio de la salud pública del Estado de Honduras.» Dicho auto determinó la prisión preventiva de los inculpados con base en los elementos de prueba suministrados por los funcionarios de la Dirección de Investigación Criminal en oficio de 28 de abril de 1997. En esa oportunidad, no se permitió al señor Alfredo López Álvarez otorgar caución para obtener la libertad provisional y permaneció detenido en el Centro Penal de Tela.

El juzgado ordenó el peritaje de la sustancia secuestrada y el Ministerio Público realizó el análisis respectivo que arrojó el siguiente resultado: «A) Peso neto de la muestra: 1.8 gramos; resultado:

positivo por cannabinoides; conclusión: según la cantidad incautada la evidencia se considera para consumo personal inmediato. B) Peso neto de la muestra: 1.5 gramos; polvo blanco: positivo para cocaína 94.7% pureza; piedra blanca: positivo para cocaína 95% pureza; conclusión: según la cantidad incautada en el oficio, 2 kilogramos, la evidencia se considera para tráfico. Nota: la evidencia se destruyó durante el análisis».

Tiempo después, el 13 de abril de 1998, el Juzgado de Letras Seccional de Tela, en razón de que se había acreditado en autos «la cantidad, calidad y pureza de la droga incautada a los procesados... y establecidos debidamente los dictámenes y peritajes respectivos», determinó que se procediera a destruir la droga.

El 28 de abril de 1998, fecha fijada para la destrucción, cuando «se procedía a incinerar los dos kilos de cocaína, evidencia de la presente causa, al realizar la prueba de campo (que determinaba la ley) por peritos (del Laboratorio Criminalístico y Ciencias Forenses del Ministerio Público) el resultado fue negativo». De acuerdo con el dictamen emitido por dicho laboratorio, el 4 de mayo de 1998, el material examinado constaba de «tres (3) bolsas plásticas, conteniendo polvo blanco», sobre el cual se realizó el análisis conforme la metodología de pruebas de coloración, para identificación y determinación de la pureza de la muestra.

El 25 de julio de 1997, el juzgado declaró la nulidad parcial del auto que ordenaba la elevación del proceso a la etapa plenaria, ya que en el proceso no se habían practicado algunas pruebas solicitadas oportunamente por las partes.

El 4 de agosto de 1997, el señor Alfredo López Álvarez solicitó ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela la revocación del auto de prisión preventiva dictado el 2 de mayo de 1997. El 7 de agosto de 1997, el referido Juzgado consideró sin lugar la solicitud interpuesta, por considerar ajustado a derecho el auto de prisión.

Nuevamente, el 9 de septiembre de 1998, el Juzgado de Letras Seccional de Tela determinó la nulidad absoluta de las actuaciones a partir inclusive del auto de 6 de abril de 1998, en virtud de existir irregularidades procesales en la evacuación de los elementos probatorios.

El 24 de septiembre de 1998, el Juzgado de Letras Seccional de Tela, considerando la nulidad absoluta decretada, declaró cerrado definitivamente el primer período probatorio de diez días y abierto el segundo período probatorio de treinta días para evacuar los medios de prueba propuestos por las partes.

El 22 de febrero de 1999, el Juzgado de Letras Seccional de Tela declaró definitivamente cerrado el segundo período probatorio de treinta días y dio traslado a las partes para que formalizaran sus respectivas conclusiones. El 10 de marzo de 1999, dicho Juzgado decretó la nulidad absoluta de lo actuado a partir de la fecha en que se dio traslado al Ministerio Público para que formulara sus conclusiones.

El 20 de octubre de 2000, el Juzgado de Letras Seccional de Tela resolvió que habiendo transcurrido el tiempo suficiente y no pudiéndose localizar a los testigos designados, pertenecientes a la Dirección de Investigación Criminal, resultaba conveniente citar a las partes para oír sentencia definitiva.

El 7 de noviembre de 2000 el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia condenatoria por el delito de posesión y tráfico de estupefacientes en perjuicio de los procesados, señores Alfredo López Álvarez y Luís Ángel Acosta, y de sobreseimiento en relación con el señor Sunny Loreto Cubas, quien había fallecido el 25 de junio de 1999. El fallo se fundó en la descripción testimonial de lo ocurrido el 27 de abril de 1997 y en el análisis realizado el 14 de mayo de 1997 a la sustancia incautada en la detención. La sentencia condenó a los procesados Luís Ángel Acosta y Alfredo López Álvarez a cumplir en la Penitenciaría Nacional de Támara, previo abono del tiempo que han permanecido en efectiva prisión, a la pena de quince años de reclusión y les impuso una multa de un millón de lempiras. Dicha sentencia no especificó la sanción para cada uno de los condenados.

El 16 de noviembre de 2000, el abogado de los señores Alfredo López Álvarez y Luís Ángel Acosta, en el acto de notificación de la sentencia de 7 de noviembre de 2000, interpuso ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra la sentencia condenatoria.

El 20 de noviembre de 2000, el Juzgado declaró sin lugar el

recurso de reposición y admitió el de apelación, que fue remitido a la Corte de Apelaciones de la Ceiba.

El 2 de mayo de 2001, la Corte de Apelaciones de la Ceiba resolvió declarar, de oficio, la nulidad absoluta de las actuaciones a partir inclusive, del auto de fecha 8 de octubre de 1997 por irregularidades procesales que constituyan «violación de normas de obligatorio cumplimiento», en virtud, entre otros motivos, de que a) en la sentencia condenatoria de 7 de noviembre de 2000 no se determinó la participación de cada uno de los imputados en la comisión del delito, y en la parte resolutiva no se determinó o aclaró la pena impuesta a cada uno de ellos; b) las piezas que deben formar el proceso no fueron numeradas sucesivamente según el orden de presentación; c) se pidió como prueba para mejor proveer la práctica de reconstrucción de hechos, que no fue evacuada a pesar de haberse señalado dos audiencias al efecto; d) hubo dilaciones innecesarias en la recepción de declaraciones; e) no se agotó la investigación de los hechos, porque el Ministerio Público y el Juez no cuidaron de llevar o hacer comparecer a los agentes antidrogas que practicaron el operativo; f) en la audiencia de careo se juramentó a uno de los procesados, lo que constituye una violación a las garantías constitucionales, como son el derecho a la defensa y al debido proceso, y g) se citó indebidamente a las partes dos veces para oír sentencia definitiva. Dicha Corte determinó que se devolviera la causa al Juzgado de origen, a efectos de que se subsanaran las faltas apuntadas.

El 20 de julio de 2001, la señora Teresa Reyes Reyes, compañera de López Álvarez, interpuso recurso de exhibición personal a favor de los señores Alfredo López Álvarez y Luís Ángel Acosta ante la Corte de Apelaciones de la Ceiba, con fundamento en que dicha Corte había resuelto declarar de oficio la nulidad absoluta de las actuaciones a partir, inclusive, del auto de 08 de octubre de 1997 por lo cual la detención se había convertido en ilegal.

El 23 de julio de 2001, la Corte de Apelaciones de la Ceiba declaró improcedente el recurso interpuesto por la señora Reyes Reyes, con base en que la actuación procesal de declarar de manera oficiosa la nulidad de actuaciones a infracciones procedimentales «no constituyó violación de las garantías constitucionales», y que «no apareció por otra parte que los supuestos agraviados estuvieran

detenidos ilegalmente o que estuvieran siendo objeto de vejaciones o gravámenes por autoridad alguna».

El 16 de enero de 2002, el defensor público del señor Alfredo López Álvarez solicitó la revocación del auto de prisión del 2 de mayo de 1997 y su excarcelación inmediata con fundamento en que no existían elementos de prueba legalmente válidos para considerar plenamente establecido el cuerpo del delito, ya que siempre existirá la duda razonable respecto a si la sustancia que supuestamente se les incautó es o no es cocaína. El 24 de enero de 2002, el juzgado declaró sin lugar la solicitud de revocación del auto de prisión, ya que las diligencias ordenadas con posterioridad al 8 de octubre de 1997 no tenían valor jurídico.

El 30 de enero de 2002, el defensor de Alfredo López Álvarez interpuso ante el Juzgado recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra la referida decisión. El 1 de febrero de 2002, la solicitud de reposición fue declarada sin lugar y el recurso de apelación fue admitido y remitido a la Corte de Apelaciones de la Ceiba. El 18 de junio de 2002, la Corte de Apelaciones declaró sin lugar la apelación interpuesta y dispuso que continuara el juicio hasta dictarse sentencia definitiva.

El 13 de enero de 2003, el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia absolutoria a favor de los señores Alfredo López Álvarez y Luís Ángel Acosta, y sobreseyó la causa seguida en contra del señor Sunny Loreto Cubas, con fundamento en que no se estableció la cadena de custodia con la evidencia decomisada, por lo que no existía certeza de si la muestra enviada al laboratorio toxicológico y, cuyo resultado fue positivo, se sustrajo de los dos kilos de polvo blanco decomisados a los imputados. En tanto existían dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose, aparentemente, de la misma evidencia no quedó comprobado el cuerpo del delito. Al existir dos dictámenes toxicológicos distintos, existe duda para determinar cuál de los dos es el que efectivamente fue practicado a la evidencia decomisada en la causa.

El 20 de enero de 2003, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de la Ceiba contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Letras Seccional de Tela. El 23

de enero de 2003, ese Juzgado admitió el recurso. El 29 de mayo de 2003, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia absolutoria.

En junio de 2003, el Ministerio Público interpuso un recurso de casación contra la decisión de la Corte de Apelaciones de la Ceiba ante la Corte Suprema de Justicia de Honduras que fue desistido el 31 de julio de 2003. El 14 de agosto de 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo como firme la sentencia dictada el 29 de mayo de 2003.

El señor Alfredo López Álvarez permaneció detenido inicialmente los días 27 y 28 de abril de 1997 en la Dirección de Investigación Criminal. El 28 de abril de 1997 fue puesto a la orden del Juzgado de Letras Seccional de Tela. El día 29, fue remitido al Centro Penal de Tela. El 2 de mayo el juzgado dictó auto de prisión preventiva, por lo que el señor López Álvarez siguió detenido ininterrumpidamente desde esa fecha, primero en el Centro Penal de Tela y luego en la Penitenciaría Nacional de Támara, hasta el 26 de agosto de 2003, cuando fue puesto en libertad preventivamente. Estuvo privado de libertad durante seis años y cuatro meses.

III. Antecedentes de la Corte IDH en materia de encarcelamiento preventivo

Los primeros casos contenciosos en los cuales la Corte IDH se ocupó parcialmente del tema del encarcelamiento preventivo fueron el Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994 y el Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997.

En el fallo Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, la Corte IDH sistematizó tanto su escasa doctrina sobre encarcelamiento preventivo, como también la de la Comisión Interamericana³. Entre otros, los siguientes casos: Informe N° 2/84, Caso N° 9.058 (Venezuela), resolución del 17/5/84; Informe N° 17/89, Caso N° 10.037 (Argentina), resolución del 13/4/89; Informe N°

³ Ver en este sentido BOVINO, Alberto, *El fallo «Suárez Rosero»*, en «Nueva Doctrina Penal», Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B.

12/96, Caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96; Informe N° 2/97, Casos 11.205 y otros (Argentina), resolución del 11/3/97.

Con posterioridad, tanto la Corte⁴ como la Comisión IDH⁵ fueron delineando otros criterios relativos al encarcelamiento preventivo y, sobre todo, profundizando el contenido de los principios que deben limitar la aplicación de esta medida cautelar.

Este trabajo analizará el contenido de estos principios limitadores tratados en el fallo López Álvarez de la Corte IDH.

IV. Principio de inocencia

El artículo 8.2 de la Convención dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

La vigencia de este principio fue específicamente afirmada en el fallo en tanto se sostuvo que el principal límite de la prisión preventiva es el principio de inocencia⁶.

Al analizar la violación a este principio la Corte entendió que los Estados deben respetarlo a lo largo de todo el procedimiento⁷.

La Corte entendió que en tanto López Álvarez había estado detenido por más de 6 años sin que existieran razones que justificaran la prisión preventiva se violó su derecho a que se presumiera su inocencia del delito que se le imputaba⁸.

⁴ Entre otros: Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005; Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

⁵ Ver fundamentalmente el informe 35/07 sobre el fondo del Caso 12.553, Jorge, José y Dante PEIRANO BASSO, República Oriental Del Uruguay del 1º de mayo de 2007. Este informe es tratado en el trabajo *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Bigliani y Bovino, citado.

⁶ Cfr. párrafo 67.

⁷ Cfr. párrafo 142.

V. Mérito sustantivo

Para que la prisión preventiva sea legítima debe verificarse – como *presupuesto* fundamental para dictarla– el mérito sustantivo, es decir, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar. En verdad, la existencia del mérito sustantivo es un presupuesto de la persecución penal, no de la medida cautelar.

La necesidad de que exista mérito sustantivo para dictar el encarcelamiento preventivo fue expresamente reconocida en el fallo. Específicamente, la Corte IDH señaló lo siguiente: «[l]a legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere *un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan*. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria⁹».

Esto significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, debidamente acreditada –probada–, la medida de coerción procesal pierde todo sustento –y la misma persecución penal–. En consecuencia, para poder privar anticipadamente de libertad al imputado, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen que existe una gran probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible¹⁰.

La necesidad de que exista mérito sustantivo para disponer la medida cautelar ya fue puesta de manifiesto por la Corte IDH en el caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004¹¹ y,

⁸ Cfr. Párrafo 144.

⁹ Párrafo 68 (destacado agregado).

¹⁰ La exigencia de comprobación del mérito sustantivo de la imputación deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9.1, del Pacto Internacional establece: «Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias». La

posteriormente, en Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005¹².

En el caso López Álvarez existió una trascendente contradicción respecto a la prueba, específicamente en cuanto a si el material secuestrado era o no una sustancia prohibida. Sin embargo, no solo continúo el proceso respecto de López Álvarez sino que se lo mantuvo privado de su libertad preventivamente a lo largo de todo el procedimiento.

En este sentido, la Corte sostuvo: « [n]o fue sino hasta el 13 de enero de 2003, casi cinco años después de aparecer el problema probatorio el 4 de mayo de 1998, cuando el Juzgado de Letras Seccional de Tela se manifestó sobre la contradicción de la prueba y dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez con fundamento en que ‘exist[ieron …] dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose [...] de la misma evidencia no qued[ó …] comprobado el cuerpo del delito’ [nota omitida]. Dicho fallo fue confirmado el 29 de mayo de 2003 [nota omitida] por sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba...¹³».

En este contexto, adquiere fundamental relevancia la afirmación relativa a que, en realidad, el mérito sustantivo es un presupuesto de la persecución penal. En este caso, no solo debió dejarse en libertad a López Álvarez al verificar la existencia de prueba contradictoria sino que, en realidad, debió cesar la persecución. Más aún cuando resultaba imposible realizar un nuevo peritaje sobre la sustancia secuestrada porque había sido destruida.

VI. Fin procesal. Peligros procesales

En el fallo, se afirma una vez más la exigencia de que se constate

Convención Americana, por su parte, dispone en su art. 7.3: «Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios».

¹¹ Cfr. Párrafos 105 y 107.

¹² Cfr. Párrafo 198.

¹³ Párrafo 74.

la existencia de riesgos procesales en el caso concreto para disponer la medida cautelar. Sólo la verificación de la presencia de algunos de estos peligros (que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación judicial), autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar la medida.

Ello exige que la prisión preventiva tenga una exclusiva finalidad procesal, es decir, que sólo se aplique para garantizar la realización de los fines que el proceso penal persigue, y no para alcanzar una finalidad que sólo pueda ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, sólo se puede autorizar la privación de libertad de un imputado si se verifican todos sus requisitos y, además, si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos)¹⁴.

Expresamente la Corte sostuvo en este caso: «[d]el artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [nota omitida]. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva [nota omitida]. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena [nota omitida]»¹⁵.

En este punto, queda claro que, según los estándares establecidos por la Corte Interamericana, se rechaza el «derecho procesal penal de autor» (considerar las «características personales» del imputado para fundar la medida cautelar) y la «gravedad del delito» que se imputa.

¹⁴ Cf. SOLIMINE, Marcelo A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Marcelo, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003 ps. 20 y siguientes.

¹⁵ Párrafo 69.

Esta afirmación resulta fundamental en nuestro ámbito, en tanto el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación establece la procedencia de la excarcelación para determinado tipo de delitos.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años, la jurisprudencia ha comenzado a aplicar correctamente esta medida cautelar y a fundar el encarcelamiento preventivo solo en caso de constatarse alguno de los peligros procesales¹⁶.

Recientemente, la Cámara Nacional de Casación Penal dictó el fallo plenario nº 13: «Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley»¹⁷. Allí, se sostuvo que «no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal».

El plenario Nº 13 de la CNCP resulta un tanto confuso, cada uno de los miembros ha redactado su propio voto, circunstancia que dificulta la posibilidad de entender cuál es la actual doctrina de

¹⁶ Entre muchos otros, ver el fallo «Barbará, Rodrigo Ruy» (10/11/03, causa nº 21.143), Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí, se sostuvo que «no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal como el codificador lo ha expresado de manera terminante en el artículo 316 del CPPN, expresión sin duda del origen de este Código Procesal. Si se quiere entender este código de manera armónica con las convenciones de derechos humanos, debe aceptarse que este artículo es inconstitucional cuando sea interpretado iuris et de iure y por ende, sólo rige el artículo 319 del CPPN, en cuanto el tiempo de detención sea racional. En esa dirección fue interpretado por el señor juez de grado el artículo 316 del CPPN, por lo cual deviene inconstitucional su aplicación al caso concreto, toda vez que impuso la prisión preventiva del imputado sustentando su decisión exclusivamente en la calificación de los hechos que fueran atribuidos al nombrado, los que a su criterio, impiden que el imputado transite el proceso en libertad». En el mismo sentido se expidió la Sala III de la CNCP en la causa nº 5474 caratulada «Macchieraldo, Susana Raquel s/recurso de casación» (reg. nº 838/04, del 22/12/04).

¹⁷ CNCP, en pleno, 30/10/2008.

la Cámara en la materia.

En este sentido, BOVINO señala que «la perversidad del plenario ‘Díaz Bessone’ … consiste en el hecho de que, simultáneamente, reemplaza la doctrina inconstitucional de los delitos no excarcelables por mandato legislativo (presunción *iure et de iure*) por la doctrina de la presunción *iuris tantum*. Hasta allí parece que habríamos avanzado en la defensa de nuestras libertades. Sin embargo, la doctrina plenaria es un caballo de Troya que oculta los criterios que permitirían desvirtuar dicha presunción –en realidad, fallos tales como ‘Barbará’ ni siquiera la tratan como una presunción–. En este aspecto, la mezcla promiscua de citas de antecedentes del sistema interamericano que establecen criterios que ya no son aceptados ni por la Comisión ni por la Corte Interamericanas permite que en cada voto se admitan criterios tan diversos como ilegítimos»¹⁸.

En este sentido, cabe señalar que la mayoría de los jueces de la CNCP se refieren al contenido del Informe de la Comisión IDH 12/96 (Argentina) Jorge Alberto Gimenez, cuya doctrina fue corregida expresamente por el Informe 35/07¹⁹. El único voto que se refiere a la doctrina de este fallo y al contenido del Informe 35/07 de la Comisión IDH, es el de la Dra. Ángela Ledesma.

La aplicación automática del encarcelamiento preventivo ha sido una práctica en casi todos los países de América Latina. En el fallo López Álvarez, expresamente la Corte señaló: «En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que ‘[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente’, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio *en el supuesto de delitos que ‘no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años’*. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era

¹⁸ Bovino, Alberto, «Díaz Bessone», un fallo plenario de la Casación signado por su número. *El caballo de Troya*, en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2008/11/daz-bessone-un-fallo-plenario-de-la.html>.

¹⁹ Ver en este sentido Bigliani-Bovino, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, citado, especialmente pág. 68 y ss.

de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en éste, y que *en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito* que se impute al individuo²⁰!

En este párrafo, la Corte IDH menciona el régimen legal que distingue la solución del caso, permitiendo la excarcelación sólo para los delitos con «pena de reclusión que pase de cinco años» y, seguidamente, se aclara que, según la Convención Americana, «en ningún caso» la aplicación del encarcelamiento preventivo podrá estar determinada «por el tipo de delito». En consecuencia, el término «tipo de delito» no se refiere a delitos que protegen un bien jurídico determinado, o a ciertas figuras típicas mencionadas por el número de artículo, sino, exclusivamente, al grupo de delitos identificados por un monto de pena determinado (todos los que prevean pena de reclusión mayor a cinco años).

Ya no puede discutirse que la coerción cautelar sólo tiende a proteger la realización de fines procesales, que, como se ha indicado, pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes: a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad –peligro de entorpecimiento de la investigación objeto del proceso–; y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material –peligro de fuga–.

Sin embargo, algunos autores solo admiten el peligro de fuga como único fundamento del encarcelamiento preventivo²¹.

Por su parte, SOLIMINE admite que el fin de neutralizar el

²⁰ Párrafo 81, destacado agregado.

²¹ Entre otros, BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199 y San Martín Castro, Cesar, *Derecho procesal penal*, t. II, Ed. Grijley, Lima, 1999, p. 819.

entorpecimiento de la investigación sólo puede dar fundamento a la medida de coerción por un período sumamente breve, suficiente para garantizar la adquisición de los elementos de prueba que se puedan ver amenazados²².

Finalmente, no puede dejar de destacarse que la existencia de peligro procesal, *no se presume*. En este punto, es indispensable señalar que sea que se trate de una presunción *iure et de iure*, como de una presunción *iuris tantum*, en ambos casos se establece una presunción ilegítima y contraria a las exigencias del principio de inocencia. Ello pues aun en la presunción *iuris tantum* se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado absolutamente inválida.

Se puede sostener que «estamos en presencia de uno de estos casos [de peligro procesal], con evidencia, cuando es posible *fundar razonablemente* que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria)»²³.

VII. Excepcionalidad

El principio *fundamental* que regula toda la institución de la detención preventiva es el *principio de excepcionalidad*. En este punto, se ha afirmado que el principio intenta «evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es *propenso a huir* u *obstaculizar la marcha de la justicia*»²⁴.

²² Cf. SOLIMINE, Marcelo, *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, citado, p. 24.

²³ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 522 y s. (destacado agregado).

²⁴ Cf. O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1999, p. 147 (destacado agregado). A continuación se aclara: «Incluso, habida cuenta de los objetivos de este principio,

La principal consecuencia que se deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en los que no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera.

En la sentencia de este caso la Corte expresamente se refirió a este principio limitador. En este sentido, señaló que «[l]a prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática[nota omitida]. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente[nota omitida]. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal²⁵».

En este sentido, y teniendo en cuenta que en el proceso penal muchas de las medidas cautelares afectan la libertad del acusado, se señala que «el principio de la actividad cautelar debe ser *mucho más limitado que en el proceso civil*, donde generalmente una anticipación indebida puede ser posteriormente compensada pecuniariamente»²⁶.

Por este motivo, no resulta posible regular el régimen de libertad durante el proceso invirtiendo la racionalidad del principio de inocencia y de la exigencia de excepcionalidad. El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y de la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia): «trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal [se afirma] impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria»²⁷.

pareciera justificado concluir que el uso de la detención preventiva para (fines no procesales)... constituiría una *privación arbitraria de libertad*, violatoria de un derecho subjetivo universalmente reconocido» (p. 147, destacado agregado).

²⁵ Párrafo 67.

²⁶ MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Ed. Conosur, Santiago, 1995, ps. 63 y s. (destacado agregado).

²⁷ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, citado, p. 522.

Para hacer efectiva la excepcionalidad como límite al encarcelamiento preventivo resulta necesario, por un lado, que los jueces la apliquen realmente como *última ratio* y, por otro lado, que el legislador establezca, en el ordenamiento procesal, medidas alternativas al encarcelamiento preventivo que resulten menos lesivas.

VIII. Provisionalidad

Este principio limitador requiere que todos los presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo subsistan mientras dure la privación de libertad. La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima transforma a la continuación de esa detención tan ilegítima como a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal.

El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten *todas y cada una* de las circunstancias que fundaron la necesidad inicial de ordenar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, sólo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos.

Respecto a este principio limitador del encarcelamiento preventivo, la Corte dispuso en el fallo: « [e]l tribunal de la causa no evaluó oportunamente la contradicción probatoria conforme a los parámetros de la legislación interna y de la Convención Americana, a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva del señor López Álvarez»²⁸.

Es decir que, al verificarce la existencia de prueba que contradecía el resultado positivo respecto a que la sustancia secuestrada era droga, debió haberse dispuesto -en función del principio de provisionalidad- la libertad del imputado en tanto había desaparecido uno de los presupuestos que habilitaron el dictado de la medida cautelar (en este caso también ha desaparecido el mérito sustantivo como se dijo previamente).

²⁸ Párrafo 73.

Como consecuencia del carácter provisional de toda medida de coerción, el control judicial de la subsistencia de todos y cada uno de sus fundamentos se impone como única manera de garantizar que la medida cautelar continúa ajustándose a derecho.

IX. Proporcionalidad

La doctrina tradicional señala que resulta «racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena»²⁹.

El principio de proporcionalidad fue entendido tradicionalmente en términos de prohibición de exceso³⁰. De este modo, se ha señalado «la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad»³¹. Si no fuera así, se sostiene, el inocente se hallaría en peor situación que el condenado.

El fallo López Álvarez resulta innovador en cuanto al contenido que le asigna al principio de proporcionalidad en tanto se refiere a este principio en términos de desigualdad entre la pena y la medida cautelar.

Expresamente se señala en el fallo: «...[s]e infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto *desproporcionado*, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a *anticipar la pena* [nota omitida]³²».

Ello significa que *si la medida cautelar es similar a la pena*, la prisión preventiva opera como un anticipo de pena y, por lo tanto,

²⁹ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, citado, p. 526.

³⁰ Cfr. Sánchez Romero, Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, en «Ciencias Penales», Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, nº 14, p. 67.

³¹ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, citado, p. 528.

³² Párrafo 69, destacado agregado.

se infringe la Convención Americana. Resulta claro que éste es el único sentido que se puede dar a esta oración, ya que solo puede hablarse de «anticipo» de pena, si la medida cautelar es igual, mayor, o similar a la pena aplicable al caso concreto. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad sólo puede ser entendido en términos de desigualdad o inequivalencia entre la medida cautelar y la pena.

La formulación del principio de proporcionalidad con este contenido ha sido expresamente enunciada, en nuestro ámbito, por Natalia SERGI quien ha destacado la centralidad del *principio de proporcionalidad* redefinido para dar un adecuado tratamiento al principio de inocencia³³. La autora ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que derivan de la interpretación del principio de proporcionalidad como sinónimo de equivalencia entre medidas de coerción procesal y coerción sustantiva, esto es, entendido sólo como «prohibición de exceso», y ha propuesto un concepto de proporcionalidad *en términos de inequivalencia* entre coerción cautelar y sustantiva.

Evidentemente es este el contenido que asigna la Corte al principio de proporcionalidad en la sentencia del caso López Álvarez. En este sentido, en el fallo se sostiene que «[...]a legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere *un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan*. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria³⁴».

X. Plazo Razonable

En oportunidad de analizar la violación al artículo 25.1 de la

³³ Cf. SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en «Nueva Doctrina Penal», Buenos Aires, t. 2001/A, especialmente el punto III. 2, *Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla el «principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva», ps. 136 y ss. Un mayor desarrollo en SERGI, Natalia, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, en «Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier», Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2005, ps. 471 y siguientes.

³⁴ Párrafo 68, destacado agregado.

Convención³⁵, la Corte entendió que «[e]l derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable[nota omitida]; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[nota omitida]³⁶».

En los párrafos 129 y 130 del fallo, la Corte sostuvo:

«129. El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con *la duración total del procedimiento penal* que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva [nota omitida]. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

130. En el presente caso el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión del señor Alfredo López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997, fecha a partir de la cual se debe apreciar el plazo, *aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso*, no para la duración de la detención, en virtud de que aquella fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento penal correspondiente al señor López Álvarez. Para determinar si el plazo fue razonable es preciso tomar en cuenta que el proceso concluye cuando se dicta sentencia firme; en este momento concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento [nota omitida]. En materia penal el plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse³⁷.

Si bien en los párrafos citados se hace referencia al plazo razonable del proceso, el texto pone de manifiesto que el mismo criterio ha

³⁵ Que establece que «[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

³⁶ Párrafo 128.

³⁷ Destacado agregado.

sido establecido para el plazo del encarcelamiento preventivo. En consecuencia, si bien en este aspecto la Corte analiza la violación del art. 25.1 en función de la violación del art. 8.1, las mismas consideraciones resultan aplicables al plazo razonable de duración de encarcelamiento preventivo, es decir, a la violación del art. 7.5 de la CADH.

Resulta indiscutible que, en nuestro ámbito interno, las reglas de la Ley N° 24390 instrumentan el derecho garantizado en el art. 7.5 de la Convención. Es por ello que el actual artículo 10 de la ley 24.390, reformada por la Ley 25430, establece:

«La presente ley es reglamentaria del artículo 7º, punto 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e integra el Código Procesal Penal de la Nación».

El plazo razonable de duración del encarcelamiento preventivo constituye un límite absoluto para el Estado, vencido este tiempo, el encarcelamiento debe cesar y no puede ser dispuesto nuevamente.

La versión actual de la ley 24.390 –corregida y empeorada por la ley 25.430–, para fijar el plazo razonable de privación de libertad, sólo computa el plazo de detención desde el inicio del procedimiento hasta que se dicta la sentencia del tribunal de juicio, a pesar de que dicha sentencia no adquiera firmeza hasta agotar las vías recursivas³⁸. Esta circunstancia permite impugnar el régimen legal vigente en nuestro país, porque toda la jurisprudencia del sistema interamericano, al vincular el límite temporal de la detención con el principio de inocencia, no autoriza a admitir distinción alguna entre imputados juzgados o no juzgados.

Esta manera de regular el plazo razonable ha sido duramente criticada por la Corte IDH en la sentencia de López Álvarez en tanto se entendió que el plazo razonable se debe apreciar hasta que se dicta sentencia definitiva³⁹.

³⁸ En el ámbito nacional, el recurso de casación y el recurso extraordinario federal; en el ámbito provincial, el recurso de casación, el recurso ante el superior tribunal local y el recurso extraordinario.

³⁹ Ver párrafo 129 que, como se dijo, se refiere al plazo razonable de duración del

Para cumplir con las exigencias de la Convención, en nuestro derecho, conforme la correcta doctrina del sistema interamericano, el plazo razonable de la detención del art. 7.5 debería ser el plazo de dos años del art. 1 de la ley 24.390, prorrogable excepcionalmente por uno más –computándose desde el primer acto del procedimiento hasta que la sentencia adquiere firmeza–.

Este fallo también se refiere a otros estándares en materia de determinación de la razonabilidad del plazo que resultan relevantes para nuestro derecho.

En este sentido, la Corte IDH sostuvo en el fallo que la duración del proceso es responsabilidad exclusiva del Estado: «[...]as nulidades, que sirvieron al propósito de adecuar los procedimientos al debido proceso, fueron motivadas por la falta de diligencia en la actuación de las autoridades judiciales que conducían la causa. El juez interno, al realizar las actuaciones posteriormente anuladas, incumplió el deber de dirigir el proceso conforme a derecho. Esto determinó que la presunta víctima fuese obligada a esperar más de seis años para que el Estado administrara justicia»⁴⁰.

XI. Algunas conclusiones

Lamentablemente, tanto en nuestro país como en la mayoría de los países de América Latina, se ha abusado del encarcelamiento preventivo mediante ordenamientos procesales en los que se prevé la aplicación de la medida en forma automática, es decir, para delitos cometidos con determinado monto de pena independientemente de que, en el caso, se constate la existencia de algún riesgo o peligro procesal.

De acuerdo a los estándares del sistema interamericano, la aplicación del encarcelamiento preventivo de ese modo, incumple con los mandatos de la Convención y, en consecuencia, generará responsabilidad internacional para el Estado.

proceso pero también resulta aplicable al plazo razonable de duración del encarcelamiento preventivo.

⁴⁰ Párrafo 135.

Si bien la jurisprudencia de nuestros tribunales ha comenzado, en algunos casos, a tener en cuenta estos estándares, existen muchos tribunales que se niegan a respetar el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Nacional e insisten en la privación de libertad de personas inocentes como modo de castigar y no de cautelar el proceso.

La característica fundamental del encarcelamiento preventivo en un Estado de Derecho radica en reducir cuanto sea posible la utilización de esta medida en tanto se aplica a personas inocentes.

La sentencia de la Corte IDH en el caso López Álvarez, expresa la decisión de los órganos del sistema interamericano de dar contenidos concretos a los principios limitadores del encarcelamiento preventivo reconocidos desde hace tiempo y, en algunos casos, de restringir más aún estos límites como sucede, por ejemplo, con el principio de proporcionalidad o con el plazo razonable.

Los estándares analizados deben ser aplicados por los operadores jurídicos en el ámbito interno ya que, en caso contrario, sus decisiones pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Las palabras del Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez en su voto razonado en el fallo López Álvarez, permiten sintetizar la importancia de limitar el abuso de esta medida cautelar:

«En mi concepto –arraigado en una tradición de opiniones altamente desfavorable, o en todo caso fuertemente crítica de la prisión preventiva– la privación cautelar de la libertad –‘privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad’– debe reducirse en la mayor medida posible. Así lo ha reconocido de manera reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con explícita adhesión a la idea de que la intervención penal del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad. Obviamente, no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno. Esto trae consigo la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las

condiciones que la hacen admisible, por ahora, esto es, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar esos objetivos»⁴¹.

⁴¹ Párrafo 19 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

DERECHO DE DEFENSA

Comentario al Informe N° 1/05 Caso Moreno Ramos. La defensa técnica ineficaz en materia penal.¹ El control de convencionalidad en materia de debido proceso

Por Mariana Grasso

I. Introducción

En el informe que motiva el presente comentario la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se adentró en la cuestión de la defensa técnica ineficaz (en adelante DTI).

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha dedicado invariablemente al tratamiento de esta última cuestión², esos desarrollos no se han visto reflejados en la doctrina especializada ni -salvo en casos excepcionales- en la jurisprudencia de los tribunales inferiores de nuestro país, fenómeno que, en última instancia, constituye una señal desalentadora que marca la

¹ El texto completo del informe comentado así como de aquél en el que, previamente, se declarara la admisibilidad de la petición (Informe N° 61/03) puede consultarse en la página web de la CIDH: www.cidh.oas.org.

² El primer caso registrado es el de Fallos: 5:459 del año 1868. A partir de entonces tomó forma la idea según la cual «*Es de equidad, y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor.*» En esta línea se verifican múltiples precedentes que involucran supuestos de DTI. Entre muchos otros v. Fallos: 294:9; 310:1934; 314:1909; 315:2984; 320:854; 329:4248. Tan fuerte es la tradición jurisprudencial en la materia que la Corte no circunscribió su doctrina a procesos penales ordinarios sino que incluyó supuestos de DTI en casos de extradición. (Entre los casos de este grupo se destaca el fallado en el Expte. Letra I. N° 2, Libro XXXIX, Igualt Perez, Mario S. s/ extradición», sentencia del 17/2/04 toda vez que allí la Corte puso en crisis la calidad del escrito de apelación articulado por la defensa técnica, declaró el estado de indefensión y otorgó una nueva oportunidad al justiciable para que se garantizara su correcta asistencia legal).

escasa importancia que se asigna en nuestra cultura jurídica al rol del defensor en causa penal.

El caso es rico desde varias perspectivas porque, regido por el «...criterio de la más severa investigación de los hechos que aplica la Comisión en casos en que puede imponerse la pena capital», alentó un estudio circunstanciado de la temática de la defensa ineficaz en materia penal incluyendo el análisis estratégico del caso.³

Igualmente, el hecho de que la causa haya sido resuelta en el orden interno con intervención de jurados, favoreció la identificación de las cuestiones eminentemente técnicas que debieron explicarse a aquellos como paso previo a la adopción del veredicto y que, a la postre, determinaron existencia de DTI.

Como contrapartida, en ocasiones es el juez técnico quien resuelve estas cuestiones supliendo aquello que la defensa no articula o que articula mal⁴. Sin embargo, el principio *iura novit curia* no debería constituirse en variable de ajuste de supuestos de DTI. Por el contrario, la subrogación de la función defensista en cabeza de la judicatura bien puede representar (aunque no necesariamente) un indicio de DTI.

La constante referencia del caso en torno a estándares de actuación provenientes de la *American Bar Association* y los cuestionamientos al sistema de defensa pública del Estado de Texas, en particular en casos de pena capital, pone de relieve la importancia que reviste, en el ámbito interno de cada país signatario, la estructura orgánica dentro de la que se desenvuelve el sistema público de defensa de cara a la eventual responsabilidad internacional por incumplimiento de las

³ Dadas las características del presente trabajo resulta imposible abordar en extenso el tema de la estrategia en el marco de la DTI. Si bien los desarrollos en la materia son escasos, la jurisprudencia del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de la Capital Federal es sumamente restrictiva a la hora de analizar la estrategia adoptada en un caso puntual. Creo que, en rigor, el problema encuentra alguna solución en la medida en que se pueda reconocer la efectiva existencia de una estrategia, independientemente de su resultado. Ya veremos cómo el caso Moreno Ramos reafirma esta idea.

⁴ Ya veremos que no toda omisión o error en el abordaje de un caso supone la existencia de DTI.

obligaciones asumidas como signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).

El desarrollo de cuando hace a la vigencia de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante CVRC) suma al caso un ingrediente adicional que no sólo guarda relación con la situación del extranjero en el proceso sino además con el principio de no discriminación.

II. Metodología

Por razones de extensión no se desarrollará el proceso de avocación de la CIDH. Sin perjuicio de ello se efectuará una breve reseña del proceso internacional propiamente dicho, como modo de ilustrar esquemáticamente las etapas y mecanismos propios del sistema de protección de los derechos humanos existentes en el ámbito regional y su distinción del acceso al esquema universal a la luz de la excepción acuñada en el art. 33 del Reglamento de la CIDH referida a la duplicación de procedimientos.

Inmediatamente se focalizará la cuestión de la DTI, necesariamente acotada a las características del presente trabajo y, finalmente, a la vista de los contenidos del informe, presentarán algunas reflexiones relacionadas con el control de convencionalidad en materia de debido proceso en general.

III. El informe y sus antecedentes

El caso fue presentado a conocimiento de la CIDH por el estudio jurídico *Texas Sergi & Associates* a favor de Roberto Moreno Ramos, ciudadano mexicano que se encontraba en prisión en el pabellón de la muerte en el Estado de Texas.

En la petición se sostuvo que el Estado era responsable de violaciones de los derechos del Sr. Moreno Ramos previstos en los arts. I, II, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

El peticionario había sido condenado el 18 de marzo de 1993 por los homicidios capitales de su esposa y dos de sus hijos y

sentenciado a muerte el 23 de marzo de 1993.

En la petición se dejó constancia de que el Sr. Moreno Ramos promovió actuaciones posteriores a la condena ante las cortes federales de los Estados Unidos. En el informe se da cuenta de la articulación de un recurso de habeas corpus ante la Corte Federal de Distrito para el Distrito Meridional de Texas el 2 de abril de 1999, que lo rechazó el 2 de marzo de 2000. Esa sentencia fue apelada el 31 de mayo de 2000 ante la Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito, que rechazó el recurso el 14 de febrero de 2001, y el 7 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Estados Unidos rechazó el recurso de avocación interpuesto por el Sr. Moreno Ramos en relación con esa sentencia.

En concreto los peticionarios reconocieron que prácticamente todas las reclamaciones incluidas en la denuncia no fueron presentadas a los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo señalaron que el Sr. Moreno Ramos debía ser excusado del requisito de agotamiento de los recursos internos en lo que concernía a esos temas «...debido a que *Estados Unidos no cumplió las normas del debido proceso en relación con las violaciones de derechos aducidas.*»⁵

A efectos de clarificar los alcances de la petición y el proceso de admisibilidad y fondo entiendo útil extractar los lineamientos de la petición tal como aparecen reseñados en el informe de admisibilidad: «*15...los peticionarios sostienen que el Sr. Moreno Ramos no es responsable en ninguna medida de su omisión de agotar esos argumentos, ya que fue víctima de la incompetencia de sus abogados. Los peticionarios sostienen que el abogado que lo patrocinó en el*

⁵ El carácter eminentemente subsidiario del sistema internacional de protección de los derechos humanos y el control de convencionalidad impuesto hoy a los jueces de la República tornan aconsejable el planteamiento de toda cuestión que pueda generar la responsabilidad internacional del Estado por falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas ante la comunidad internacional en el derecho interno como paso previo al recurso regional o universal. La defensa del previo agotamiento de los recursos internos perderá en tal hipótesis toda posibilidad de prosperar y, en caso de que la jurisdicción interna se explaye en contra de la vigencia de determinado derecho o garantía o guarde silencio sobre el punto, ello facilitará la presentación del caso ya en la instancia internacional.

juicio no estaba preparado y actuó ineficazmente, ya que no presentó ninguna prueba que atenuara la responsabilidad de su cliente en la fase de determinación de la pena del juicio, no intentó convencer al jurado para que condenara a cadena perpetua al Sr. Moreno Ramos, y se abstuvo de preservar los argumentos internacionales ahora planteados ante la Comisión, planteándolos en esa etapa. Análogamente, el abogado que patrocinó al Sr. Moreno Ramos en la etapa de apelación se abstuvo de plantear esas reclamaciones. Los peticionarios manifiestan, a este respecto, que el Estado de Texas proporciona desde hace tiempo abogados incompetentes a los acusados contra quienes se formulan cargos de homicidio que puedan dar lugar a la pena capital y que en Texas, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados, no existe un organismo central encargado de proporcionar asistencia jurídica especializada en los casos en que puede recaer la pena de muerte.¹⁶ También a este respecto, los peticionarios sostienen que todo intento de agotar los recursos internos por parte del Sr. Moreno Ramos planteando nuevos argumentos jurídicos, como la violación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la ineficaz asistencia de abogado en la fase de imposición de la pena, la admisión de un delito no imputado, o los comentarios discriminatorios de la Fiscalía en el caso de autos resultarían infructuosos, ya que la legislación estatal y federal limita estrictamente la posibilidad de las personas de plantear recursos «sucesivos» o «subsiguentes» posteriores a la condena. Con respecto, en especial, a la reclamación planteada conforme al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el abogado del Sr. Moreno Ramos se abstuvo de impugnar esa violación de derechos en oportunidad del juicio, y los peticionarios sostienen que esa omisión implicó la renuncia a la formulación del argumento legal, que no podía ser planteado en ninguna actuación subsiguiente.¹⁷ Basándose en esas manifestaciones, los peticionarios sostienen que exigir al Sr. Moreno Ramos que presentara un segundo recurso posterior a la condena a esta altura no haría más que retrasar el examen de sus argumentos por parte de la Comisión, no protegería al Sr. Moreno Ramos frente a una ejecución ilegal y, de hecho, haría más probable que fuera ejecutado antes de que la Comisión esté en condiciones de tramitar su petición.¹⁸ Finalmente, los peticionarios sostienen que gran

parte de los hechos planteados en la petición no son objeto de disputa, por lo cual el Sr. Moreno Ramos ha probado, prima facie, que se han cometido violaciones de los artículos I, II, XV, XVIII y XXVI de la Declaración Americana. Sostienen, en especial, que Estados Unidos no dio a conocer al Sr. Moreno Ramos su derecho de notificación consular y acceso a servicios consulares a la fecha de su arresto, infringiendo así el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: que en la fase de determinación de la pena del juicio los fiscales introdujeron pruebas de un delito por el que el Sr. Moreno Ramos no fue juzgado ni condenado; que al Sr. Moreno Ramos le fue denegado un juicio justo porque sus abogados no investigaron ni presentaron ninguna prueba mitigatoria en la fase de determinación de la pena de su juicio; que los fiscales formularon argumentos acalorados en la fase de determinación de la pena del juicio, destinados a llamar la atención de los jurados sobre la situación del Sr. Moreno Ramos como inmigrante mexicano indocumentado, y que el tribunal a cargo del juicio no hizo saber a los jurados que si el Sr. Moreno Ramos era condenado a cadena perpetua no tendría derecho a ser liberado bajo palabra durante 35 años...22 Los peticionarios sostienen también que una reclamación basada en la denegatoria de las garantías del debido proceso es asunto de competencia de la Comisión, inclusive en lo referente a vicios del debido proceso provocados por la violación del derecho a la información y notificación consular. Sostiene, a ese respecto, que **Estados Unidos no niega su omisión de notificar al Sr. Moreno Ramos sin demora sus derechos consulares, pero que procura reducir al mínimo los efectos de esa omisión en el caso del Sr. Moreno Ramos, a través de una conjectura no respaldada por hechos acerca de lo que los funcionarios consulares mexicanos habrían hecho o dejado de hacer si las violaciones de derechos no hubieran tenido lugar⁶.** Los peticionarios sostienen que en la medida en que esas

⁶ La defensa articulada por el Estado se enrola en una argumentación lamentablemente usual en nuestro medio. La idea de que defensa debería acreditar que la observancia de determinada garantía pudo modificar la suerte del proceso supone vaciar de contenido al debido proceso. Ello sin contar con que, en términos estrictamente lógicos, la exigencia destinada a probar algo que no ocurrió en la realidad entraña una obligación de imposible cumplimiento. Ya veremos que tanto

conjeturas sean pertinentes, su consideración corresponde al análisis del fondo del asunto y no a la etapa de admisibilidad. También sostienen que a la fecha en que los funcionarios consulares mexicanos se enteraron de la detención del Sr. Moreno Ramos ya se estaba realizando la selección de los jurados, y ya no había tiempo para la preparación del juicio, la elaboración de los argumentos de la defensa y la investigación de pruebas mitigatorias anteriormente no examinadas.» (sin destacar en el original).

IV. La admisibilidad y el fondo. La radicación del caso ante la Corte Internacional de Justicia y la denominada «duplicación de procesos»

Según surge del informe de admisibilidad, además de la petición cursada por el Sr. Moreno Ramos ante la CIDH, México se había presentado ante la Corte Internacional de Justicia en el caso Avena en representación de otros nacionales mexicanos incluido el peticionario. A partir de esta circunstancia, los Estados Unidos de Norteamérica opusieron la defensa de duplicación de procedimientos.

La Comisión declaró la admisibilidad del caso. A continuación se extractan los párrafos centrales del informe respectivo.

En relación a la defensa relacionada con la duplicación de procesos⁷ la Comisión destacó que el Estatuto de la CIJ y el Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CRCV) reconocen como partes en el procedimiento sólo a los

la Comisión Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la propia CSJN son contestes en el sentido aquí apuntado.

⁷ El Reglamento de la Comisión Interamericana establece en su artículo 33 que la Comisión no considerará una petición si la materia contenida en ella se encontrare pendiente de otro procedimiento o si reproduce sustancialmente otra petición pendiente ya examinada y resuelta por la Comisión u otro órgano internacional. El párrafo 2 del mismo artículo establece como excepciones a ese principio el caso en que el procedimiento ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos (inc. A) o aquél en el que el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad gubernamental sin mandato de los primeros (inc. B).

Estados. A ello se sumaba que, además de las alegaciones relacionadas con la falta de cumplimiento de la CVRC los peticionarios habían incluido una serie de violaciones al debido proceso no incluidas en las actuaciones radicadas ante la CIJ y que, por otra parte, México no era mandatario del Sr. Moreno Ramos. De acuerdo con la CIDH: «*51...una situación prohibida de duplicación conforme a los procedimientos de la Comisión implica, en principio, identidad de personas, identidad de reclamaciones y garantías judiciales, e identidad de hechos aducidos en respaldo de las mismas. En consecuencia, las reclamaciones planteadas con respecto a diferentes víctimas o formuladas con respecto a la misma persona pero en relación con hechos o garantías no expuestos anteriormente y que no sean reformulaciones, en principio no pueden prohibirse en aplicación de la norme que veda la duplicación de reclamaciones.*»

Refiriéndose a las alegaciones del Estado en punto a la supuesta falta agotamiento de los recursos internos la Comisión postergó su tratamiento a la etapa de fondo por considerar que la efectiva disponibilidad de recursos internos resultaba en el caso inescindible de las alegaciones relacionadas con la competencia de los patrocinadores de Moreno Ramos en el juicio.

V. La DTI en el caso puntual

Por razones de espacio transcribiré los fundamentos que encuentro centrales en el informe. Sin embargo, la inevitable subjetividad de ese proceso de selección, la arbitrariedad consiguiente y mi limitada capacidad de síntesis me llevan a invitar al lector a consultar el texto completo del informe.

Bajo el título «Derecho a un juicio justo y al debido proceso», la CIDH se refirió a los cuestionamientos dirigidos a la calidad del patrocinio letrado recibido por el Sr. Moreno Ramos.

En el parágrafo 52 la Comisión ponderó especialmente la falta de refutación por parte del Estado de las alegaciones de los peticionarios⁸.

⁸ Es importante tener presente que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 42 del Reglamento de la Comisión Interamericana «*Se presumirán verdaderos los hechos*

Sostuvo la Comisión: «*Tras considerar cuidadosamente el expediente a este respecto, por las razones que siguen la Comisión no considera probado que el Sr. Moreno Ramos haya recibido un patrocinio judicial adecuado en el curso de las actuaciones penales seguidas contra él, tal como lo requieren las normas internacionales aplicables sobre derechos humanos, y que las fallas del patrocinio que recibió tienen que haber resultado evidentes para los tribunales que consideraron el caso del Sr. Moreno Ramos, al punto de comprometer la responsabilidad del Estado.*»⁵³ En especial, pese a las graves consecuencias de la audiencia de imposición de la pena al Sr. Moreno Ramos, no existe información de que su abogado en juicio haya realizado una investigación sobre circunstancias atenuantes, y el examen del expediente del juicio muestra que su abogado defensor no presentó al jurado absolutamente ninguna prueba de existencia de atenuantes en relación con los antecedentes personales u otros aspectos referentes a su cliente, **hecho que tiene que haber resultado evidente para el juez que presidió el tribunal.**» (sin destacar en el original)

El párrafo extractado insiste en que es la autoridad jurisdiccional la que debe controlar el correcto desempeño de la asistencia técnica, como garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. El rol de contralor de los jueces es reconocido con idéntico alcance por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En el caso Wright y Harvey, ap. 10.5 el Comité afirmó que es un deber del Tribunal «...asegurarse de que la forma en que actúe el defensor durante el caso no sea incompatible con el interés de la justicia» (citado por Rolando E. GIALDINO en «*Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002*», publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, República Argentina, N° 1, 2002, p. 209).

relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho Gobierno no suministre la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa.»

La función de contralor es una salvaguarda para evitar la atribución de responsabilidad al Estado no sólo en relación a la actuación de defensores oficiales, en tanto agentes públicos, sino también en aquellos supuestos en los que hubiera intervenido un defensor de confianza.

Si bien en estos casos no entra a jugar la actuación de funcionarios estatales, sí lo hace la obligación de control que indefectiblemente compete al juez de la causa (en este sentido: *Henry y Douglas*, 6.5; *P. Taylor*, 6.4; *U. Lewis*, 6.6; *Werenbeck*, 9.8; *McLeod*, 6.1; *Daley*, 7.3; *Edwards*, 5.2, citados por GIALDINO, op. cit., p. 210).

Como señaláramos al comienzo, ese escrutinio debería estar presente en todo proceso penal como manifestación del más elemental control de convencionalidad. Sin embargo son excepcionales los casos en los que los tribunales inferiores han denunciado la ineffectividad de la asistencia técnica.

Y así como resultaría cuestionable cualquier escenario en el que los jueces subrogaran la función requirente, por violatorio de la garantía de imparcialidad, resulta igualmente inaceptable reconocer que el juez deba subrogar al defensor allí donde se verifique una inactividad o deficiencia técnica tal que se coloque al acusado en igual o peor situación que la que tendría si no contara con ningún tipo de patrocinio letrado.

En otros términos. Allí donde el juez detecte una situación de real indefensión corresponderá adoptar los recaudos tendientes a que el justiciable pueda contar con aquello que la Corte ha denominado una defensa sustancial. En nuestro medio bastará con que informe la situación a la Defensoría General de la Nación en casos de posible DTI atribuibles a defensores públicos. En cambio, cuando la DTI se advierta en el marco del desempeño de un profesional de la matrícula, sin perjuicio del aviso al Colegio Público de Abogados, deberá preservarse el derecho del justiciable a contar con abogado de su confianza. Pienso, en concreto, en el supuesto en que la persona decidiera dar una segunda oportunidad al letrado designado, aunque, naturalmente, tal hipótesis dependerá de las circunstancias y oportunidad en que se produjo la DTI.

Como quiera que sea, el problema radica en definir cuándo nos

encontramos ante un supuesto de DTI.

El caso en estudio no parece ofrecer dificultades en este punto. Si bien no existe (ni podría existir) un patrón predeterminado o fijo de situaciones de DTI, es indudable que algunos de los lineamientos establecidos por la CIDH resultan útiles en la tarea de delimitación de esos casos.

Siguiendo el esquema trazado por la CIDH podemos identificar dos órdenes de presupuestos esenciales para la acreditación de DTI, unos generales y estructurales y otros asociados al caso individual.

A ambos órdenes nos referiremos en lo que sigue.

V. 1. Condiciones generales y estructurales. El caso de Argentina a la luz del art. 120 CN

Si bien la Comisión reconoció que la legislación de los Estados Unidos ofrecía mecanismos de protección del debido proceso, «*51...incluido el derecho a un patrocinio letrado eficaz sufragado con dineros públicos cuando la persona no puede permitirse pagar los servicios de un abogado.*» concluyó que era «...necesario que los Estados dispongan lo necesario para que se proporcionen en la práctica conforme a las circunstancias de cada acusado.»

Es decir que no alcanza con la existencia de una estructura legal que instituya la cobertura legal sino que es necesario que los encargados del servicio cumplan con una serie de recaudos básicos consustanciales con el ejercicio de la defensa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado esta distinción con suma precisión al resolver en el caso Velásquez Rodríguez. Así, puesta a precisar los requisitos que deben cumplir los recursos internos para reputarse satisfecha la regla del previo agotamiento, sostuvo la Corte: «*63...Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos,...64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del Derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida...66. Un recurso debe ser, además, eficaz; es decir, capaz de producir el*

resultado para el que ha sido concebido.»⁹

La Comisión se refirió a al menos tres requisitos básicos: experiencia, capacitación y recursos, relacionados, a su vez con lo que dio en llamar problemas sistémicos.

Se destacó que los profesionales abocados a casos del género del analizado no contaban con experiencia ni con recursos necesarios para defender adecuadamente a sus clientes. Entre los parámetros relevados al efecto se tuvo en cuenta el hecho de que de acuerdo con un informe presentado por la *Texas Defender Service*, basado en el estudio de cientos de casos similares, «...el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Texas rechaza sistemáticamente todos los recursos presentados por reclusos cuyos abogados de oficio no se han desempeñado adecuadamente.» (conf. par. 56)

Toda vez que los peticionarios no ahondaron en el planteamiento de los problemas sistémicos existentes en el Estado de Texas, la Comisión se refirió a ellos en forma provisional. Con todo, a la vista de la «57...severidad de los requisitos del debido proceso aplicables conforme al Derecho Internacional, y a falta de información o pruebas en contrario por parte del Estado, la Comisión desea expresar su preocupación con respecto a la fuerte posibilidad de que la calidad de los servicios de los defensores de oficio ofrecidos en casos de eventual aplicación de la pena capital en Texas pueda ser deficiente, en parte debido a la falta de eficaz supervisión por parte del Estado, y que esto pueda haber contribuido a las fallas del patrocinio recibido por el Sr. Moreno Ramos. En consecuencia, la Comisión insta al Estado a adoptar las medidas apropiadas para asegurarse de que el patrocinio letrado proporcionado por el Estado a los acusados indigentes en casos de eventual aplicación de la pena capital en todo el territorio de Estados Unidos, incluido el Estado de Texas, satisfaga, por su calidad, el alto nivel de protección del debido proceso aplicable en actuaciones de ese género.»

⁹ Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, par. 63 y 64.

La admonición de la Comisión en torno a lo que dio en llamar «problemas sistémicos» fuerza a examinar el diseño institucional del sistema de defensa pública.

En el ámbito Argentino la última reforma constitucional ha dado un paso esencial al incorporar el art. 120. La autonomía del Ministerio Público de la Defensa respecto del Poder judicial, del Ministerio Público Fiscal y otros poderes del Estado supone una condición estructural e indispensable (aunque no suficiente, por cierto) de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio establecida en el art. 18 CN y normas concordantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado Argentino.

De ahí que corresponda hablar de una auténtica garantía sustantiva, por definición, sustraída de las facultades no delegadas por las provincias. De este modo el art. 120 CN prevalece por sobre cualquier disposición local que subordine al Ministerio Público de la Defensa ante otro órgano del Estado.

Los ejemplos de DTI a los que conducen los esquemas institucionales que subordinan al Ministerio Público de la Defensa a otros poderes del Estado son numerosos.

Acaso la manifestación más evidente de este fenómeno sea la resolución de excusaciones de defensores, proceso que demanda de la exteriorización de cuestiones que amén de ser conocidas al amparo del secreto profesional hacen al abordaje estratégico del caso. Que estos entretelones sean conocidos vgr. por los superiores tribunales de justicia en aquellas provincias que mantienen estructuras contrarias al art. 120 CN (y, por ende, inconstitucionales) no solo violenta el deber de secreto y lealtad con el justiciable sino que compromete la garantía de imparcialidad. Es indudable en este último sentido que el tribunal que hubiera conocido tales pormenores no podría resolver sin prejuicios el fondo del asunto.¹⁰

¹⁰ Con el plus derivado del deber de lealtad y secreto inherente a la función del abogado defensor, el previo conocimiento e intervención en las actuaciones como causal impeditiva de la intervención de un mismo magistrado se presentan las

Por cierto que ninguna estructura legal podrá por sí sola prevenir situaciones de indefensión sin el necesario control de la calidad del servicio. Se trata de una condición necesaria aunque no suficiente pues al margen del contralor jurisdiccional al que nos referimos más arriba, la existencia de un órgano central que establezca lineamientos básicos de actuación introduce un resguardo adicional que, por sus características, posee mucho mayor alcance y cobertura que el que pueden brindar los jueces en el estudio de casos individuales.

Y puesto que el cuerpo de defensores públicos depende de ese poder central, se resuelven todas las inconsideraciones derivadas de la dependencia material, jerárquica o incluso económica de otro poder del Estado. La independización de la defensa ha desterrado la errónea concepción que veía en el defensor público oficial un «auxiliar de la justicia».

En el ámbito federal la experiencia ha sido contemplada especialmente en el método de selección de magistrados, que incluye un sistema de concursos de oposición y antecedentes en el que pueden participar todas aquellas personas que reúnan topes mínimos de edad y de antigüedad en el título de abogado, amén de las condiciones reglamentarias vigentes¹¹. En materia de capacitación se cuenta con actividades permanentes no sólo para magistrados y funcionarios sino también para empleados.¹² Por otra parte, en casos complejos la DGN habilita equipos de trabajo destinados a garantizar la defensa puntual sin alterar el normal desenvolvimiento de la dependencia asignada.

No en vano autores tan distinguidos como los profesores Luigi

notas esenciales del señor precedente Llerena (*Fallos*: 328:1491).

¹¹ El reglamento de concursos puede consultarse en la página web de la Defensoría General de la Nación: www.mpd.gov.ar.

¹² En el curso del presente mes se llevó adelante un curso intensivo de capacitación de empleados provenientes de las provincias de la Mesopotamia, Entre Ríos, Santa Fe, Formosa y Chaco y se prevé la repetición de esa actividad a nivel país. Este curso reproduce a su vez la capacitación que se brinda en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a empleados del Ministerio Público de la Defensa que se desempeñan en Defensorías ante juzgados Nacionales y Federales de la Capital Federal.

Ferrajoli o Elías Carranza son férreos defensores del sistema de defensa pública a partir de una ponderación del esquema adoptado en nuestro país y en Costa Rica.

V.2. Condiciones particulares. El problema de la estrategia de defensa. La CVRC y el derecho de defensa

Hemos visto cómo en los párrafos 52 y 53 la Comisión Interamericana enfatizó la falta de control jurisdiccional de la deficiente actuación de los abogados que intervinieron en la defensa del Sr. Moreno Ramos.

En particular, destacó el hecho de que el abogado no hubiera llevado adelante ninguna investigación sobre circunstancias atenuantes o presentado alguna prueba de la existencia de atenuantes. (par. 53, ya reseñado)

En el parágrafo 54 la Comisión presentó las razones por las cuales, a su entender, en el caso no se proporcionó al Sr. Moreno Ramos un patrocinio legal adecuado: «...surge del expediente que una investigación razonable habría revelado pruebas de existencia de atenuantes potencialmente pertinentes. Específicamente, los peticionarios señalaron, y el Estado no refutó, el hecho de que el Sr. Moreno Ramos fue víctima de abusos a manos de su padre. Los peticionarios también sostuvieron que familiares del Sr. Moreno Ramos residentes en México con conocimiento de sus antecedentes se presentaron con posterioridad a su juicio para darle repelado y por lo tanto pudieron haber sido llamados a presentar pruebas referentes a los antecedentes del Sr. Moreno Ramos si se hubiera establecido contacto con ellos durante el juicio. La Comisión cree que la posible conexión entre los abusos sufridos por el Sr. Moreno Ramos durante su infancia y los subsiguientes actos de violencia contra su propia familia pueden ser pertinentes para determinar las razones que provocaron su conducta y por lo tanto constituyen una información del tipo de la que debió haber estado a disposición de un juez o un jurado para determinar si la pena de muerte es el castigo apropiado en determinado caso. Basándose en esas circunstancias la Comisión concluye que la omisión del abogado defensor en juicio del Sr. Moreno Ramos de investigar

adecuadamente y, si correspondía, presentar al jurado pruebas referentes a los abusos sufridos en la infancia por el Sr. Moreno Ramos privaron a éste del beneficio de que el jurado pudiera considerar información potencialmente importante para determinar el castigo que le correspondía.»

La Comisión concluyó así que los abogados que representaron al peticionario omitieron la investigación y, eventual utilización de elementos de juicio **«potencialmente»** importantes en el marco de la mensuración del castigo.

La idea de potencialidad me parece sumamente interesante pues pone de manifiesto que el resultado final del caso en nada altera el deber de diligencia exigible al abogado en causa penal.

Pero, por otra parte, la misma idea es ilustrativa de que cuando se alega la vulneración de garantías constitucionales no está dado a los jueces requerir, a cambio, demostraciones o acreditaciones de qué habría acontecido en caso de que el proceso se hubiera llevado a cabo en legal forma, pues lo relevante a la luz del control de convencionalidad es si la actividad estatal se ajusta al esquema de garantías vigente o si, por el contrario, carece de efectos jurídicos.

El mismo razonamiento sirvió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declarar vulnerado el derecho a la asistencia técnica efectiva en el conocido caso «Artico v. Italy» (Application no. 6694/74) sentencia del 13 de mayo de 1980, Series A, No 37.

En palabras del tribunal: «*35...La Corte apunta, en concordancia con lo afirmado por los delegados de la Comisión, que el gobierno está pidiendo lo imposible desde que no puede probarse más allá de toda duda que un sustituto para el Dr. Della Rocca hubiera alegado la limitación legal y convencido a la Corte de Casación cuando el justiciable no había logrado hacerlo. En cualquier caso, parece plausible que en las circunstancias particulares esto hubiera podido pasar. Sobre todo, no hay nada en el Artículo 6, parágrafo 3 (c) (art. 6-3-c) que indique que esa prueba es necesaria, una interpretación que introduce este requerimiento en el sub parágrafo lo privaría de buena parte de su sustancia. Más aún, la existencia de violación es concebible incluso en ausencia de perjuicio. (ver la sentencia en el caso Marcks del 13 de junio de 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27).*

El perjuicio es relevante solo en el contexto del artículo 50 (Art. 50). (Traducción propia)¹³.

El parágrafo 54 del informe es igualmente ilustrativo lo que determinó que la CIDH declarara vulnerado el debido proceso por deficiente prestación del servicio de defensa no tiene que ver con el criterio estratégico adoptado. Antes al contrario, todo indica que fue determinante en el caso la absoluta pasividad de los abogados.

El tema de la estrategia no es menor a la vista del criterio jurisprudencial que la sustrae del núcleo de cuestiones pasibles de escrutinio.

Así, el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de la Capital Federal tiene dicho que «...el Tribunal no puede ni debe constituirse en el Tribunal Reexaminador de los conocimientos jurídicos de los abogados que ejercen la profesión, en función de

¹³ *The Court points out, in company with the Commission's Delegates, that here the Government are asking for the impossible since it cannot be proved beyond all doubt that a substitute for Mr. Della Rocca would have pleaded statutory limitation and would have convinced the Court of Cassation when the applicant did not succeed in doing so. Nevertheless, it appears plausible in the particular circumstances that this would have happened. Above all, there is nothing in Article 6 par. 3 (c) (art. 6-3-c) indicating that such proof is necessary; an interpretation that introduced this requirement into the sub-paragraph would deprive it in large measure of its substance. More generally, the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice (see the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27); prejudice is relevant only in the context of Article 50 (art. 50)* En la misma línea se ha expedido la CSJN en el precedente Benítez (Fallos: 329:5556): «12) Que resulta inaceptable la afirmación del a quo relativa a que «la defensa no ha demostrado que, excluida las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura ha sido puesta en crisis, la restante prueba colectada impida alcanzar certidumbre acerca de la forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable de Benítez». En efecto, en un caso como el presente, en que prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura, una exigencia semejante carece de todo sustento. Pero, en cualquier caso, y a riesgo de desnaturalizar el derecho en cuestión, no es posible partir del presupuesto -implícito en el razonamiento del a quo- de que del interrogatorio de los testigos llevado adelante por la defensa durante el debate no podría surgir elemento alguno que corroborara la versión del imputado, y que dicho interrogatorio resulta ex ante inidóneo para lograr, al menos, echar alguna sombra de duda sobre un cuadro probatorio «suficiente».

*títulos habilitantes, ni tampoco en un organismo de meritación de los criterios (tácticos y estratégicos) con que cada letrado resuelva iniciar lo que considere el planteamiento de la defensa de los derechos e intereses de su cliente.» (conf. T. de D., Sala I, 2/8/88, causa N° 933, Sala II, 19/12/91, causa N° 1929, etc.) De aceptarse ese ‘reexamen’ –a nivel de normativa ética- se generarían lógicamente situaciones de inseguridades profesionales, afectándose la debida protección de la libertad y respeto que merece la profesión letrada (art. 58 CPC y 5º de la ley 23.187), vulnerándose además principios de orden público constitucional que hacen a la libertad de trabajar, a la garantía de la defensa de la persona y de sus derechos, a la igualdad ante la ley, etc. 9 arg. Arts. 14, 16, 18, 31, 33 y conc. Const. Nac. T. de D., causa n° 2606, Sala II, 26/5/94" (conf. Cita de Elvira Lucía Gargaglione en *Código de Ética de los Abogados. Comentado. Doctrina. Jurisprudencia*, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1996, p. 33).*

Sin embargo, es indudable que más allá de las omisiones denunciadas en el informe, los abogados que patrocinaron a Moreno Ramos actuaron sin ningún tipo de criterio estratégico.

La relación entre estrategia y defensa sustancial aparece con claridad en el *leading case Strickland v. Washington*, de la Corte Suprema de justicia Norteamericana. (466 U.S. 668 (1984)).

Si bien la Corte dejó a salvo el criterio estratégico, lo hizo dando por sentado que cualquier abogado diligente debe evaluar y definir determinada línea estratégica e informarla a sus asistido: «*Si existe más de una línea plausible de defensa, la Corte sostuvo, lo ideal es que el abogado investigue cada línea en forma sustancial antes de tomar una opción estratégica acerca de qué líneas desarrollar en juicio. Si el abogado realiza esas investigaciones sustanciales, las elecciones estratégicas hechas como resultado de «será-ocasionalmente-si alguna vez» se encontrarán adecuadas. Puesto que la abogacía es un arte y no una ciencia, y porque el sistema adversarial requiere deferencia a las decisiones del abogado informadas, las elecciones estratégicas deben ser respetadas bajo esas circunstancias si están basadas en un juicio profesional (sentencia íd. Par. 1254)».*¹⁴

¹⁴ En el original: «*If there is more than one plausible line of defense, the court held,*

Es decir que, en la medida en que el abogado haya ponderado el caso y escogido determinada línea estratégica a partir de un estudio serio y meditado de las cuestiones involucradas e informado a su asistido de tal proceder, esa estrategia no debería dar lugar a la declaración de DTI.

Sin embargo, este no es el panorama que ofrece el caso comentado. Sus particularidades simplifican (con la perplejidad que produce este tipo de procesos absolutamente repudiables en cualquier Estado de derecho que proclama el irrestricto respeto a la vida humana) la tarea de desentrañar si se verifica un standard aceptable de cobertura legal.

Un abogado que enfrenta el riesgo de que su defendido sea objeto de la denominada pena de muerte puede pensar su estrategia desde distintos ángulos. De hecho, cuando el escenario lo permita, será aconsejable denunciar la vulneración de garantías constitucionales que involucren el debido proceso en general y que, vgr. conduzcan a alguna exclusión probatoria, cuando no controvertir la misma materialidad de los hechos, la tipicidad, la eventual concurrencias de causas de justificación, cuestiones relacionadas con la reprochabilidad (en sentido amplio) la autoría asignada, el grado de participación o incluso la calificación legal¹⁵.

En la medida en que cualquiera de esas vía prosperara es indudable que el riesgo inicial se habrá neutralizado.

counsel should ideally investigate each line substantially before making a strategic choice about which lines to rely on at trial. If counsel conducts such substantial investigations, the strategic choices made as a result «will seldom if ever» be found wanting. Because advocacy is an art and not a science, and because the adversary system requires deference to counsel's informed decisions, strategic choices must be respected in these circumstances if they are based on professional judgment. Id., at 1254".

¹⁵ Obviamente que la estrategia no se agota en una merituación abstracta ni mucho menos hermética. Cada expediente presenta oportunidades propias que el defensor deberá capitalizar a partir del caso concreto. Aquello que es aconsejable en un caso puede ser contraproducente en otro, sin contar con que, independientemente del criterio técnico del abogado, es el justiciable quien definirá en última instancia la estrategia a la luz de sus intereses personales.

Ahora bien, incluso asumiendo que los abogados del caso carecieron de posibilidades reales de transitar todas o alguna de las opciones estratégicas reseñadas¹⁶ la pasividad con que condujeron la defensa colocó al justiciable en peor situación de la que habría atravesado de haberse presentado sin patrocinio letrado ante los jurados.

En tal escenario (que sólo asumo a los fines argumentales) cualquier jurado podría presumir que la inactividad del justiciable guarda relación con su incapacidad para procurarse una mejor situación procesal.

Como contracara, la impresión del jurado ante un abogado defensor que se limita a una mera asistencia física (en términos puramente biológicos) bien puede crear la falsa idea de que el acusado es «indefendible» y que, en consecuencia, merece el máximo castigo aplicable.

Con la única salvedad del prevaricato, no encuentro situación más lesiva de los intereses de un acusado en causa penal que la verificada en un supuesto como el analizado.

El hecho de que en nuestro medio las causas sean resueltas por jueces técnicos en nada modifica esa idea pues, como también lo dijimos al comienzo, no es función de los jueces subrogar al abogado defensor sino resolver, desde un rol imparcial y equidistante de las pretensiones contradictorias de las partes, y con el previo control de convencionalidad de lo actuado, la correcta solución legal del caso.

Casi como contracara de lo afirmado en el informe es indudable que los defensores omitieron un deber esencial de todo abogado, concretamente escuchar al justiciable como paso previo a la planificación de la defensa¹⁷ y de informarlo sobre las posibilidades estratégicas del caso.

¹⁶ Es muy difícil, sobre todo en hechos complejos como el que se analiza, que no se presenten líneas de defensa potencialmente idóneas para explorar, independientemente de su resultado.

¹⁷ El derecho a ser oído acuñado en el art. 8.1 CADH se vería seriamente desinterpretado si se lo pensara sólo como una obligación de la judicatura.

Finalmente la Comisión relacionó la omisión anterior con el incumplimiento por parte del Estado, de hacer conocer al peticionario su derecho a obtener asistencia consular.

En este aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la situación del extranjero acusado de delito y a las condiciones que tal situación entraña a la luz del debido proceso en la OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16 «*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*»¹⁸.

No voy a extenderme sobre el punto por razones de espacio. El texto de la OC es sumamente rico y relaciona permanentemente el derecho de asistencia consultar como vehículo del debido proceso en sentido amplio, incluyendo, naturalmente, el derecho de defensa. Lo propio hizo la CIDH bien que bajo el espectro del derecho a la igual protección de la ley en el contexto de un juicio justo. En el caso puntual la CIDH dejó abierta la duda en torno a la posibilidad de que la nacionalidad del Sr. Moreno Ramos haya incidido negativamente en el momento de la determinación de la sentencia, entre otros factores, en virtud de alocuciones del fiscal referidas a la nacionalidad del nombrado.

Tanto la OC citada como las conclusiones de la Comisión incorporan herramientas valiosas para el desempeño de la defensa técnica en casos de asistencia a extranjeros.

La Defensoría General de la Nación ha instruido a los defensores públicos oficiales para que en casos que involucren a ciudadanos extranjeros o a otros grupos vulnerables, incluidos el colectivo carcelario en general así como mujeres y niños, se arbitren todas las medidas adecuadas para atender la situación de extrema vulnerabilidad que presentan esos grupos.¹⁹

Más allá de algunos lineamientos generales que se reseñarán en el apartado siguiente a partir de la recopilación de los estándares

¹⁸ El texto completo puede consultarse en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

¹⁹ Conf. Resolución D.G.N. n° 491/08 del 14 de abril de 2008. Con fecha 5 de

fijados en el informe comentado y en la jurisprudencia de los casos Artico y Strickland, en esta temática entiendo que la función del defensor incluye la necesidad de denunciar (amén de incorporarla a la estrategia de defensa en la medida de lo posible) toda situación en la que la -de por sí- vulnerable condición del acusado se vea agravada por situaciones peculiares como vgr. la de la nacionalidad.

A modo de ejemplo cito un caso en el que la Dra. Stella Maris Martínez incluyera un agravio no planteado en las instancias previas, que, amén de hacer foco en la falta de aviso consular, relacionó esa omisión con la existencia de un examen pericial oficial que daba cuenta de una idea desde todo de punto de vista

junio de 2006, por resolución de la Procuración General de la Nación N° 71/06, vistos los recursos ante la SCJN «R» 2157 libro 41, y E 422 libro 41 el Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi resolvió «*disponer que los señores fiscales de todos los fueros deberán instar para que, apenas producida la detención de un extranjero se le haga saber el derecho a asistencia consular que le asiste y se notifique a las autoridades consulares de su país de origen de su detención*». Reza el art. 36 de la CVRC: **COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA 1.** Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.»

repudiable en clave condicional. Textualmente el informe apuntaba una pretendida «...desvalorización típica de los inmigrantes bolivianos respecto de la mujer»²⁰.

Si bien el caso fue desestimado en la máxima instancia jurisdiccional es fundamental que los defensores en general denuncien ese tipo de situaciones en cada caso en el que les toque intervenir. Eventualmente la detección de situaciones similares puede perfilar la denuncia de prácticas sistemáticas de discriminación contra determinados grupos.

El giro esencial provocado luego de la reforma constitucional del año 1994 ha alterado sustancialmente las competencias tradicionales de los tribunales, incluida la CSJN que ya no está llamada a intervenir únicamente en el caso individual sino que afronta ahora la obligación de ejercer el control de convencionalidad no sólo de normas sino también de prácticas estatales y particulares que puedan suscitar la responsabilidad internacional del Estado.

V.3. La defensa técnica sustancial y un modelo abierto. El deber de información. El imputado como titular del derecho de defensa (y único dueño de la estrategia). Algunos lineamientos generales en materia de asistencia sustancial

Si algo queda claro, no sólo a partir del presente informe sino, en general, en función del desempeño de la defensa en cada caso particular, es que no existe (ni puede existir) una receta única, tasada o final que inocule a quien la tenga en su poder de posibles supuestos de DTI.

La misma falibilidad humana puede conducirnos a ese resultado indeseado sin que ello implique -ni mucho menos- falta del compromiso personal e institucional indispensable para llevar a cabo la noble misión de abogado defensor.

Quienes nos desempeñamos como defensores públicos o como abogados de la matrícula no somos los titulares del derecho de

²⁰ La referencia corresponde a un informe emitido en una causa a la poste radicado como Expte. CSJN Letra «U», N° 36, Libro XL, año 2004.

defensa. De ahí que incluso la más fatal omisión que se nos atribuya no pueda jamás oponerse como causa eficiente del recorte de los derechos que conciernen al justiciable como único y exclusivo titular de la garantía de inviolabilidad de la defensa.

No se trata de una ventaja funcional sino de un concepto que nuestra CSJN ha sabido arraigar con suficiente fuerza como para que los tribunales inferiores (un tanto más remisos en la materia) comiencen a incorporarlo como pauta ineluctable de actuación.²¹

Naturalmente que la CSJN no ha asumido esa línea interpretativa por generación espontánea sino, antes bien, a partir de una interpretación constitucional y convencional no sólo del art. 18 CN sino también de las normas concordantes de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en la materia.²²

²¹ Ya he hecho referencia a la tradición jurisprudencial del máximo Tribunal en materia de DTI. La Corte dispone el reenvío de las actuaciones en aquellos casos en que se pudiera enmendar la deficiente actuación. En el caso Igualt Perez, ya citado, dispuso dar una nueva oportunidad a la defensa para mejorar los defectos que presentaba el recurso de apelación articulado. En el Expte. CSJN Letra «A», N° 379, Libro XXXVII, año 2001, caratulado: «RECURSO DE HECHO deducido por H D. A, G O. R, J. R. R, J. M. T y H. D. L. en autos A., O. A. s/ P.S.A. de Robo calificado –causa N° 30/2000», sentencia del 20 de marzo de 2007. En el caso los justiciables habían recurrido *in pauperis* contra la sentencia de condena por violatoria de la garantía que proscribe el *ne bis in idem* en la medida en que se los había condenado en jurisdicción ordinaria y federal por un único hecho de robo. La violación *al ne bis in idem* sólo había sido sostenida en los recursos *in pauperis*, junto con alegaciones relacionadas con la imposibilidad de atribución de responsabilidad en torno a la figura de encubrimiento a la vista de que no estaba identificado el supuesto autor. El caso llegó a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, oportunidad en que se denunció un supuesto de DTI amén de fundamentar la afectación *al ne bis in idem*. La Corte, por remisión al dictamen del Procurador General hizo lugar al recurso de queja por extraordinario denegado y ordenó el dictado de un nuevo fallo conforme a derecho. En el desarrollo del dictamen se reconoce la vulneración del doble juzgamiento y, asimismo, el estado de indefensión de los justiciables.

²² Solo dentro del catálogo de instrumentos constitucionalizados podemos citar los art. 8.1 y 8.2, especialmente aps. b, c, d, y e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.1 y 14.2, especialmente aps. a, b, d y e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Bien mirado, todo el catálogo de derechos enunciados en ambos instrumentos que guarden relación con el proceso o

Si bien hemos renunciado responsablemente a una receta universal sí podemos presentar una aproximación (muy modesta y sujeta a la enriquecedora crítica de quienes se avengan a leer estas líneas) que, en buena medida se atiene a los parámetros fijados en la jurisprudencia más conocida sobre el tema y a las directrices emanadas de la Defensoría General de la Nación, de la ley 23.187 (código de ética de los abogados) y de Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

En el caso Moreno Ramos hemos visto que la DTI fue declarada a partir de la virtual inexistencia de toda defensa. Ningún enfoque estratégico puede advertirse cuando el asistente no procura resistir, por ningún medio, una condena capital.

En el caso Artico, el Tribunal Europeo hizo eje en el deber de prestación del servicio de defensa. El peticionario había denunciado ante los Tribunales que el abogado que le fuera designado a partir de una lista de profesionales convocados compulsivamente para dar cobertura al servicio le manifestó que no lo representaría en el marco de una vía recursiva. Pese a ello no se intimó al abogado a cumplir con la intervención legal y el caso fue fallado sin asistencia letrada.

El Tribunal Europeo enfatizó no sólo la necesidad de intervención en abstracto sino además la calidad de esa prestación.

La CSJN ha declarado supuestos de DTI advirtiendo tramos del proceso en estado de indefensión (En Fallos: 327:5095 instó a las autoridades locales a que investigaran las razones por las cuales se demoró varios días la puesta del justiciable ante el juez de la causa y ante un defensor; en Fallos 328:4580 advirtió un tramo de

con la situación personal y familiar del defendido resultarían difícilmente operativos sin la intervención de un defensor. Incluso la idea de «comunicación previa y detallada al imputado de la acusación formulada» demanda de un defensor que se encargue de explicar al acusado los alcances y consecuencias de tal acto y lo propio puede decirse del derecho a obtener la revisión de toda decisión que coarte la libertad del acusado durante el proceso, acuñado en los arts. 7.6 CADH y 9.4 PIDCP.

indefensión mientras la causa se encontraba en la CNCP, oportunidad en que el justiciable perdió todo contacto con su abogado de confianza); o bien cuestionando la falta de fundamentación de los agravios articulados *in pauperis* (Expte. Letra N. N° 67, Libro XL. Y otro Recurso de hecho, N. M. s/ p.s.a. robo calificado, Causa N° 3/03, sentencia del 7 de agosto de 2007, sobre el que volveremos más adelante) cuando no evaluando la calidad de los escritos articulados (caso Igualt Perez, ya citado) o incluso el bagaje probatorio reunido en un caso puntual.²³

La titularidad del derecho de defensa no sólo impide que el justiciable cargue con las consecuencias del famoso «descuido» de su defensor. También nos fuerza a interactuar con nuestro defendido y a priorizar su interés personal por sobre cualquier estrategia ganadora (o pseudo ganadora) que pretendamos oponer en el proceso.

El justiciable es nuestro mandatario y quien nos dicta, como tal, los pasos a seguir. Esta idea rectora jamás puede ser perdida de vista.

Incluso cuando encontramos que un caso pueda ser interesante y hasta (lúdicamente hablando) «imperdible» es el justiciable quien nos permitirá o no proseguir con determinada estrategia en el caso puntual. Un ejemplo de este orden vuelve a remitir a un caso en el que tocó intervenir a la Dra. Stella Maris Martínez mientras se desempeñó como Defensora Oficial ante la C.S.J.N.

Se trataba de un caso de extradición. En la intervención legal concedida a la Dra. Martínez se denunció una larga serie de violaciones a garantías del más elemental y rudimentario debido

²³ V. Fallos: 327:5095: «19) Que la situación antes descripta requería el máximo celo en el ejercicio de la defensa en juicio tanto en la realización como en el control de la prueba basada en un informe médico, declaraciones testificales, un reconocimiento en rueda de personas y un careo, al no haberse individualizado ni secuestrado el arma de fuego, ni siquiera el proyectil, que produjo la lesión de la víctima, negar Núñez su presencia en el lugar de los hechos y no ser reconocido por la víctima. Pese a lo cual, una de las medidas con mayor peso probatorio al momento de fundar la responsabilidad penal de Núñez -el reconocimiento en rueda de personas que la testigo Lidia Ester Lazzcano efectuó del imputado-, que había sido solicitada oportunamente por la defensa (fs. 48), fue notificada a esta última con posterioridad a haberse realizado el acto (fs. 119, 125 y 126 vta.).»

proceso que habrían conmovido al mismísimo Torquemada.

Por razones de reserva omito reseñar aquí los datos identificatorios del caso. Solo importa decir que uno de los justiciables hizo saber que prefería ser remitido al país requirente en un proceso de extradición por razones familiares en lugar de esperar el arribo de un fallo favorable (pero eventualmente tardío) de la CSJN.

Con esta premisa, conocida a partir de la necesaria interacción con el justiciable, se hizo llegar al máximo Tribunal la renuncia al recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Como contracara de los denominados recursos *in pauperis*, a resultas de los cuales se impone la necesaria intervención de un asistente técnico que verifique y, en su caso, satisfaga la intervención letrada, la CSJN ha reconocido que el desistimiento *in pauperis* de un recurso articulado no puede surtir efectos legales sin que, previamente, se verifique que el acusado ha tenido asesoramiento letrado. Si bien el origen de esta doctrina remite a un caso de extradición²⁴ a partir de él la CSJN comenzó a dar intervención a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cara a satisfacer el recaudo de asistencia letrada sustancial también en estos casos.

Siempre bajo la premisa de que es el justiciable quien tendrá la última palabra en cuanto hace a la estrategia del caso, se presentan algunos lineamientos genéricos en materia de defensa sustancial.

La libertad del justiciable durante el proceso debe ser

²⁴ D. 1704. XL, «D. S., F.J. s/ su presentación» del 21/3/2006. En el caso el justiciable había desistido del recurso de apelación contra la decisión que fallara a favor de su extrañamiento en condiciones que permitían sospechar de la ausencia de todo asesoramiento legal. Puesto que se encontraba cumpliendo pena en el país tiempo después la CSJN revirtió el criterio legal sobre cuya base se había otorgado la extradición, bien que en relación de su coacusada, D.D., quien mantuviera la vía recursiva. A petición de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la CSJN hizo extensivos los efectos de su fallo al nombrado. A partir de allí todo desistimiento *in pauperis* estuvo acompañado de una previa vista a la DOCSJN como mecanismo de corroboración de que el desistimiento estuviera acompañado del necesario y previo asesoramiento letrado.

perseguida invariablemente.

Se trata de una medida indispensable no sólo en el marco de una adecuada defensa o a la vista de la protección del principio de inocencia, sino que es fundamental porque permite acreditar, fehacientemente, la eventual existencia de actos estatales contrarios a derechos humanos elementales.

Mientras el imaginario social es bombardeado con discursos que, como vimos, pretenden hacer ver al «garantismo» como algo intrínsecamente malo, es fundamental que los defensores presentemos las estadísticas que demuestran cómo, en rigor, las excarcelaciones son rechazadas en forma sistemática.

Si bien en el diseño nacional y federal no resulta posible la unificación de la defensa a lo largo del proceso, es importante que los defensores de las distintas instancias mantengan comunicación fluida a efectos de evitar que, fruto de distintos enfoques sobre un mismo tópico, pueda malograrse alguna línea estratégica eventualmente apta para mejorar la situación procesal del defendido.

En términos de recursos, la Defensoría General de la Nación ha sentado el deber de todo defensor público de informar a su asistido dentro del plazo legal de impugnación, las posibilidades técnicas del recurso, en particular cuando estima que no existen elementos para recurrir, de modo de otorgar al acusado la posibilidad final de establecer si es su deseo o no proseguir la vía recursiva.

El código de ética de la abogacía se refiere a algunos principios esenciales: probidad, lealtad y buena fe (conf. art. 10); deber de fidelidad (conf. art. 19).

Es igualmente importante ser muy cuidadosos en la temprana identificación de las distintas situaciones que se presentan en casos de pluralidad de imputados.²⁵

Esta detección (impuesta no sólo a los defensores sino también a los jueces y, por qué no, a los fiscales) no sólo hace a la optimización

²⁵ Amén de la disposición del art. 109 CPPN el código de ética establece el deber de inhibición en caso de intereses contrapuestos en el art. 19, ap. «g».

de los abordajes estratégicos sino que, en casos extremos, incluso puede prevenir la representación de intereses contrapuestos.

De hecho, la jurisprudencia internacional ha declarado la responsabilidad estatal por falta de control en un caso de asunción conjunta de justiciables que tenían intereses contrapuestos: «*los conflictos de intereses que recaigan sobre el abogado (contratado o nombrado de oficio), v.gr., por haber defendido a dos coacusados con intereses eventualmente contrapuestos, también serían susceptibles de revisión por el Comité* (v. los casos de los dos hermanos Taylor: *P. Taylor, 6. 5, D. Taylor, 7.2 y Werenbeck, 9.8*) (Rolando E. Gialdino «Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995/2002, publicado en la Revista de Investigaciones, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Nº 1 (2002) p. 211). Sobre el tema v. asimismo *United States v. Cronic*, 466 US 648, 659, n 26, 1984.²⁶

Por obvio que parezca el defensor deberá hacer valer su derecho a mantener contacto en forma privada con su asistido.²⁷

Es igualmente importante hacer valer el rol institucional de la defensa no sólo en paridad de armas²⁸ con la contraparte sino también ante los tribunales de justicia.

²⁶ En la recopilación de jurisprudencia del año 2002 de la CSJN (http://www.cij.csjn.gov.ar/investigaciones/2002_1.pdf) se incluye otro caso en esta línea. Cito textual: «En Holloway v. Arkansas (435 US 475 -1978), la Corte creó una regla automática de revocación cuando el abogado es obligado a representar a coacusados no obstante su oportuna objeción, a menos que el tribunal de distrito haya determinado que no existe conflicto».

²⁷ En la Comunicación Nº 1117/2002, sentencia del 29 de julio de 2004, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró violados, entre otros preceptos, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP.

²⁸ Naturalmente que se trata de una aspiración virtualmente irrealizable pues a la inocultable desventaja que posee el individuo sometido al poder del Estado, se suma una tradición inquisitorial que aleja aún más aquél ideal. El mantenimiento de institutos procesales que, en lugar de allanar el camino hacia un proceso más equitativo, exacerba la superposición del rol perquisitivo en cabeza de jueces fiscales y querellantes, supone un obstáculo innecesario contra el acusado de a pie.

El respeto de los derechos humanos no debería incluirse en la nómina de deberes exclusivos de la función del abogado pues el control de convencionalidad de normas y actos estatales y particulares susceptibles de vulnerar derechos constitucionales es una obligación que compete a todos y cada uno de los operadores del sistema de justicia, fundamentalmente a jueces y fiscales.

En particular, es fundamental que las líneas políticas de defensa en materia de vigencia de garantías constitucionales sean ahondadas en forma sistemática e independientemente de su receptividad por parte de la judicatura.

Tal como lo apuntáramos al hacer referencia a la necesidad de peticionar la excarcelación en todos los casos, de verificarse un rechazo sistemático de planteos que, en el escenario internacional, dan lugar a responsabilidad estatal, podrá predicar la existencia de violación sistemática de los derechos humanos fundamentales. Las herramientas que nos brinda el sistema regional y universal de protección de los derechos humanos deben ser capitalizadas.

Es también esencial incorporar al trabajo diario los principios rectores del sistema internacional como modo de neutralizar (o al menos oponer resistencia) las fluctuaciones derivadas de los distintos escenarios políticos vigentes en determinada época y su relación con la jurisprudencia de los tribunales.

Para comprender esta idea es útil revisar lo ocurrido con la jurisprudencia de la CSJN en los años 90. Buena parte de las doctrinas que emergieron en esa época han sido denunciadas ante el sistema interamericano por violar el principio de no regresividad en el reconocimiento de determinado estándar internacional.

Como parte del ejercicio de la defensa es vital no sólo meramente acompañar sino concretamente fundar la defensa material del justiciable. Por omisión de este principio básico se registraron numerosos precedentes jurisprudenciales del máximo tribunal declarando la existencia de DTI.

Solo a título de ejemplo traigo a colación el caso fallado en el Expte. Letra N. N° 67, Libro XL. Y otro Recurso de hecho, N. M. s/ p.s.a. robo calificado, Causa N° 3/03, sentencia del 7 de

agosto de 2007, ya citado.

En palabras de la Corte: «*2º) Que si bien es doctrina del Tribunal que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmado. Es por ello que, en el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia, esta Corte no debe circunscribir su intervención al examen del procedimiento seguido en 4º) Que la silenciosa aceptación de tal proceder es incompatible con el principio que impone a los jueces en materia criminal extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio. Es por ello que los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda (Fallos: 308:1386; 310:492 y 1934, entre otros). 5º) Que en virtud de lo expuesto, la circunstancia reseñada en el tercer considerando importa un inadmisible menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado que determina la nulidad del recurso de casación por carecer de una asistencia efectiva de la defensa, máxime que se trataba de una defensa técnica provista por el Estado (conf. Fallos: 311:2502, considerando 10) y que la debida fundamentación de esa impugnación resultaba fundamental para que se cumpliera eficazmente con la revisión integral de la sentencia condenatoria en los términos expuestos por esta Corte en el caso Casal» (Fallos: 328:3399)».*

El caso comentado no sólo reafirma el estándar de actuación exigible a cualquier defensor diligente sino que nos da herramientas para justificar la inclusión de agravios no introducidos en anteriores

intervenciones, incluso si responde a una omisión propia.

Finalmente creo que la tarea del defensor incluye la de explorar nuevas posibilidades estratégicas aprovechando la ductilidad del denominado bloque de constitucionalidad y su amplio entramado de normas y principios interpretativos en los que campea invariablemente el principio pro persona y la regla básica de amplitud en el reconocimiento de derechos.

En el siglo del derecho penal de emergencia es fundamental diversificar los enfoques estratégicos y propiciar la operatividad de todo derecho o práctica reconocida por la comunidad internacional incluso cuando no esté prevista en las normas supraconstitucionales de nuestro país.

VI. El caso Moreno Ramos y una necesaria digresión: El control de convencionalidad en materia de debido proceso. Las facultades discrecionales de la judicatura en materia de mensuración del reproche y su incompatibilidad con el debido proceso. Reflexiones acerca de la necesidad de revisión periódica de la necesidad de la pena impuesta

En el inicio del informe que comentamos la Comisión dejó sentada una idea fuerza sobre la cual asentaría todo el desarrollo realizado en torno a la DTI, que, en su riqueza, llama a efectuar algunas reflexiones adicionales.

Luego de remarcar que el debido proceso, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualquier circunstancia (par. 47) y, en particular, en supuestos que entrañen la aplicación de pena de muerte, la Comisión destacó: «*48. Según la Comisión, el requisito fundamental del debido proceso para los juicios en que puede imponerse la pena capital incluyen la obligación de proporcionar al acusado plena y justa oportunidad de poner a consideración del tribunal pruebas mitigatorias para establecer si la pena de muerte es el castigo apropiado en las circunstancias del caso. La Comisión sostuvo a este respecto que las garantías del debido proceso previstas en la Convención Americana y en la Declaración Americana aplicables a la etapa procesal de determinación de la pena de un procesamiento*

que puede dar lugar a la imposición de la pena capital al acusado garantizan la posibilidad de presentar escritos y pruebas acerca de si la pena de muerte puede o no ser un castigo permisible o apropiado en las circunstancias del caso del acusado, a la luz de consideraciones tales como el carácter y los antecedentes del infractor, factores subjetivos que puedan haber motivado su conducta, el designio y el modo de ejecución del delito de que se trate y la posibilidad de reforma y readaptación social del transgresor.»

La lectura de este párrafo invita a repensar las posiciones tradicionales de nuestros tribunales en materia de mensuración punitiva.

Y es que al reconocer que el justiciable debe contar con una posibilidad plena y justa de someter al tribunal toda pauta de morigeración del reproche y, asimismo, de presentar a consideración las posibilidades de reforma y readaptación social del transgresor, es inevitable reflexionar acerca de las denominadas «facultades discrecionales» de los jueces en el ámbito de la mensuración del reproche así como del pretendido carácter inmutable *contra hominem* que acompaña al reproche fijado.

En lo que se presenta como un legado netamente inquisitivo de nuestra tradición jurídica, son muchas las voces que predicen que es legítimo que los jueces se aparten del monto y forma de cumplimiento de la pena propuesta por el titular de la acción pública. En rigor, esa idea (en sí misma cuestionable) no es sino el resabio de una concepción que pudo entenderse formalmente (y sólo formalmente) correcta en el diseño constitucional preconvencional de corte inquisitivo que, por lógica consecuencia, desconocía al Ministerio Público Fiscal la titularidad exclusiva de la acción penal.

Puesto que la jurisprudencia se mantiene en alguna medida anclada a esas nociones, las reflexiones de la Comisión constituyen una oportunidad para repensarlas, tanto más cuanto, en paralelo, el control de convencionalidad impuesto hoy a la judicatura fuerza a revisar todas y cada una de las categorías jurídicas tradicionales a la luz del plexo constitucional ampliado a través de la norma de reenvío del art. 75 inc. 22.

El informe es suficientemente claro: el justiciable debe poder contar con una posibilidad concreta de presentar su caso «a

consideración del tribunal»²⁹.

El rol de la judicatura, en este escenario, se ve perfectamente definido: cualquier invasión de ámbitos que no hayan formado parte del previo debate contradictorio supondrá la afectación del derecho de defensa y la violación de la garantía de imparcialidad. En otras palabras, el rol imparcial del juez y el juego contradictorio de las partes inhiben cualquier intervención oficiosa que pudiera apartarse de lo debatido en condiciones de paridad de armas.

Así se advierte lo inaceptable que resulta que un tribunal se aparte en más del monto de pena propuesto por la fiscalía y, con mucha más razón, de la forma de cumplimiento, salvo cuando se resolviera a favor de la libertad ambulatoria. En este aspecto la coerción penal debe siempre supeditarse a los postulados del principio *pro homine* o *pro persona*.

Por el contrario, la aceptación de una u otra opción llevaría implícita la pérdida de la imparcialidad del tribunal por subrogación de la función requirente (reconocida con exclusividad al Ministerio Público Fiscal) y la afectación del derecho de defensa, atento a que el sorpresivo riesgo para la libertad ambulatoria no pudo ser objeto de alegación y defensa.

Algunos desarrollos incipientes del máximo tribunal de garantías, reafirman esta estructura.³⁰

En otro orden el interrogante vinculado con la «...*posibilidad de reforma y readaptación social del transgresor*» llama a reflexionar sobre el pretendido carácter inmutable que adquiere, en perjuicio del justiciable, la pena impuesta. Esta idea fue presentada por el profesor Daniel Erbetta en una Conferencia preparatoria del III

²⁹ Esta idea campea a lo largo de todo el informe. V. en particular, par. 52, 53, 54 y 55.

³⁰ Así se expidió la Corte en Fallos 330:393 (Caso Garrone). Por remisión al dictamen del Procurador se dejó sin efecto una sentencia que, en la instancia de apelación, había elevado la pena impuesta por el juzgado de primera instancia alrededor de quince años antes echando mano de cuestiones que no habían formado parte de la mensuración originaria. Lo propio puede decirse de los votos del Dr. Lorenzetti y Zaffaroni en el caso Amodio (Fallos 330:2658), en el que se puso en crisis la posibilidad de que los jueces se apartaran en más de la pena solicitada por la fiscalía.

Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas.

En el caso Garrone, ya citado, la Corte hizo expresa referencia a la necesidad de llevar adelante la audiencia establecida en el art. 41 del CP como modo de establecer una mensuración del reproche que no descanse puramente en el hecho pasado sino que mire a lo que denomina «*la cambiante evolución del ser humano*».

Del ideal de las cárceles sanas y limpias que proyectó el constituyente originario a la realidad vigente hay algo más que un abismo y es usual que, en la práctica, los reproches penales se vean afectados cuantitativa y cualitativamente. Lo primero suele ocurrir cuando, por falta de cumplimiento por parte de las autoridades penitenciarias de los informes periódicos establecidos en el art. 13, «a» de la ley 24.660 (que obligan a la autoridad penitenciaria a realizar informes periódicos y actualizados de la situación de la persona privada de libertad³¹), a la mitad de la condena el detenido que, no obstante haber mantenido conducta intachable, no alcanza los guarismos mínimos para habilitar su promoción al período de prueba y le es vedado así su legítimo derecho al régimen de semilibertad. Lo segundo es una consecuencia necesaria de lo anterior pues el castigo ya no se limita al tiempo en detención establecido por los jueces naturales de la causa sino que incluye los padecimientos propios de ese marco de discrecionalidad en el que no son infrecuentes, por cierto, los traslados inmotivados a otros centros carcelarios (que, fruto de la falta de control conllevan la vuelta a fojas cero de los guarismos otorgados en el anterior centro carcelario, práctica que a más de incompatible con el principio de unidad de la administración hace tabla rasa con cualquier idea de dignidad humana) con el consiguiente alejamiento del grupo familiar, cuando no la existencia de malos tratos.³² Este «plus» que, en última

³¹ A la vista de esta práctica, una vez que un individuo ha sido condenado por sentencia no firme es importante exigir la realización de los informes previstos en la ley y efectuar un seguimiento periódico de los fundamentos dados por la autoridad penitenciaria para justificar las calificaciones adoptadas como modo de limitar la posibilidad de que a la mitad de la condena el individuo que ha cumplido con las pautas impuestas vea obstaculizado su acceso a regímenes de semilibertad.

³² El tema es ciertamente inabordable en el marco del presente trabajo. La

instancia, viene a remover *in pejus* los efectos de la cosa juzgada como garantía del justiciable, por parte de autoridades dependientes del Poder Ejecutivo fuerza a exigir una reparación concreta e idónea por parte de los jueces para restablecer el estado de cosas previo. La compurgación del reproche en aquellos casos en que la persona haya visto postergado su legítimo acceso a regímenes de semilibertad o padecido tratos inconciliables con su condición de detención, se presenta como una solución que los operadores judiciales deberían evaluar en cada caso en concreto.³³

discrecionalidad que posee el servicio penitenciario no sólo se ve fomentada por la inconstitucionalidad del sistema de sanciones disciplinarias sino, fundamentalmente, por la virtual ausencia del debido control de convencionalidad en la etapa de ejecución de la pena. Los guarismos calificatorios, las promociones de fases y las sanciones disciplinarias son escasamente modificados por parte de los jueces, omisión que termina por extender cuantitativamente las penas impuestas al posponer, más allá de lo dispuesto en la ley, el acceso a regímenes de semilibertad.

³³ En este punto, hago más las siguientes reflexiones de los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: «...dejar abierta la decisión sobre la responsabilidad hasta el agotamiento de la pena es una necesidad derivada de la proporcionalidad que debe regirla para evitar una irracionalidad intolerable, que se desprende de la fijación del delito y el desarrollo temporal de la pena. De allí que la magnitud del primero no sea variable, pero la de la segunda pueda alterarse sustancialmente hasta su agotamiento...6. La incorporación de estos criterios en la dinámica de la responsabilidad no afecta la legalidad de la pena, pues su máximo quedará siempre establecido en la sentencia que la imponga, siendo conocido que su función de certeza consiste en que el penado sepa hasta cuándo puede sufrirla, de modo que no es susceptible de ofrecer blanco a las críticas que reclaman certeza y rechazan la flexibilidad de las sentencias. Por el contrario, procurar un uso perverso del principio de legalidad y de certeza para permitir la ejecución de penas crueles o ilícitas, importa en definitiva consagrar penas inconstitucionales y, además, olvidar que el juzgador no debe renunciar a sus facultades para determinar la pena adecuada a la culpabilidad pues ello es un presupuesto de la vinculación del juez al orden jurídico y a su valor superior de justicia. Ni siquiera serían válidas contra esta dinámica judicialmente controlada las objeciones a la indeterminación alzadas por parte del neoretribucionismo, puesto que no se trata justamente de eliminar sino de mantener la proporcionalidad.» (aut.cit., Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 106/7).

PARTE III

DERECHO A LA VIDA

1. PENA DE MUERTE

Raxcacó Reyes vs. Guatemala
Por Mario Roberto Franchi

DERECHO A LA VIDA**Raxcacó Reyes vs. Guatemala**

Por Mario Roberto Franchi

Introducción

En el presente se realizan algunas consideraciones referidas a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de septiembre de 2005 en el «Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala», de modo especial aquellas que hacen a la cuestión medular del decisorio, esto es la pena de muerte obligatoria impuesta al Sr. Ronald Ernesto Raxcacó Reyes por el estado guatemalteco.

En particular, se efectúa un relato de los antecedentes del caso, el planteo realizado y lo resuelto por la Corte, mencionando los fundamentos pertinentes del fallo y la decisión de imponer reparaciones al Estado, algunas de las cuales se dirigen expresamente a Raxcacó Reyes y otras a imposiciones referidas a los sistemas jurídico y penitenciario de Guatemala.

La sentencia que se comenta resuelve otras cuestiones de importancia, entre las que sobresale la constatación de condiciones inaceptables del sistema carcelario de Guatemala disponiendo su adecuación a estándares internacionales, lo que no será motivo de expresa consideración en el presente en el entendimiento que numerosos fallos de la Corte se han ocupado del tema y existen diversos y valiosos trabajos que describen y analizan con extensión y agudeza este tópico.

Sin perjuicio de lo precedentemente apuntado, son motivo de atención las reparaciones dispuestas por la Corte, en especial las que no tienen como beneficiario directo a Raxcacó Reyes, en tanto el sentido otorgado a este término, se estima que ofrece capacidad de rendimiento en la sistemática jurídico- penal.

I. El caso ante la CIDH

El 18 de septiembre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a consideración de la Corte una demanda contra el Estado de Guatemala a fin de que la misma decidiera si el Estado incumplió sus obligaciones internacionales e incurrió en violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en razón de la presunta imposición de la pena de muerte obligatoria al señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes, por la comisión del delito de plágio o secuestro.

Fundó la presentación en que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento en que Guatemala ratificó la Convención Americana, como en la pena desproporcionada que se le impuso; las condiciones carcelarias en las que se encontraba Raxcacó Reyes, y la presunta ineffectividad de los recursos judiciales que se plantearon ante los tribunales locales. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte diversas medidas cautelares –la principal era que se ordenara la preservación de la vida del condenado –como de reparación.

II. Antecedentes del caso

El 5 de agosto de 1997, a las 06:50 hs. de la mañana, el niño Pedro Alberto de León Wug fue secuestrado por tres hombres armados. Los secuestradores, en reiteradas comunicaciones telefónicas, exigieron al padre del niño el pago de Q.1.000.000,00 (un millón de quetzales) por su liberación.

El 6 de agosto de 1997 el niño fue localizado y liberado ilesos, como consecuencia de un operativo llevado a cabo por la Policía Nacional Civil. Durante el operativo en cuestión fueron capturados los señores Ronald Raxcacó Reyes, Jorge Mario Murga Rodríguez, Carlos Manuel García Morales, Hugo Humberto Ruiz Fuentes y Olga Isabel Vicente, y puestos a disposición del Poder Judicial.

El representante del Ministerio Público Fiscal formuló acusación en contra de estas personas por la comisión del delito de plagio o secuestro, tipificado por el artículo 201 del Código Penal de Guatemala, vigente en la época de los hechos, lo que dio inicio al proceso.

El 14 de mayo de 1999 el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Guatemala dictó sentencia condenatoria en contra del señor Raxcacó Reyes y de los otros imputados. Los señores Raxcacó Reyes, Jorge Mario Murga Rodríguez y Hugo Humberto Ruiz Fuentes fueron condenados a la pena de muerte, establecida en el artículo 201 del Código Penal, por ser responsables del delito de plagio o secuestro en grado de «autores directos», el señor Carlos Manuel García Morales fue declarado «autor» del mismo delito y se le impuso pena de cuarenta años de prisión incommutables, y la señora Olga Isabel Vicente - esposa de Raxcacó Reyes- fue condenada a pena de veinte años de prisión, por su participación en el hecho en grado de «cómplice».

III. Legislación guatemalteca y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En la fecha en que Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana, se encontraba vigente el Decreto Legislativo No. 17/73, Código Penal, cuyo artículo 201 consagraba la pena de muerte como sanción para el delito de plagio o secuestro cuando, con motivo o en ocasión del mismo, falleciera la persona secuestrada. La misma conducta típica sin resultado de muerte era sancionada con pena privativa de la libertad de ocho a quince años¹.

El citado artículo 201 del Código Penal guatemalteco ha sido objeto de tres modificaciones. La primera reforma fue introducida mediante Decreto Legislativo No. 38/94, que prescribía la pena de

¹ «*El plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, canje de terceras personas u otro ilícito de igual o análoga entidad, se castigará con la pena de ocho a quince años de prisión. Se impondrá la pena de muerte al responsable, cuando con motivo o en ocasión del plagio o secuestro, falleciera la persona secuestrada».*

muerte para el caso en que el secuestrado fuera una persona menor de doce años o mayor de sesenta, y cuando el secuestrado falleciera o resultara con lesiones graves o gravísimas o con traumas psíquicos o psicológicos permanentes a consecuencia del plagio. En caso de arrepentimiento del autor del delito, la norma contemplaba el beneficio de atenuación de la pena².

La segunda reforma se introdujo mediante Decreto Legislativo No. 14/95, que sancionaba a todo culpable del delito de secuestro con pena de muerte. La reforma excluía todas las causales de atenuación de la pena³.

La tercera reforma del citado artículo 201 del Código Penal se introdujo mediante el Decreto Legislativo No. 81/96, vigente en Guatemala desde el 21 de octubre de 1996 a la fecha del hecho atribuido a los condenados. Esta reforma prescribe la pena de muerte como única sanción aplicable a los autores materiales o intelectuales del delito de secuestro⁴.

² «El plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, remuneración, canje de terceras personas, así como cualquier otro propósito ilícito o lucrativo de iguales o análogas características e identidad se castigará con la pena de veinticinco a treinta años de prisión. Se impondrá la pena de muerte al responsable en los siguientes casos: a) si se tratare de menores de doce años de edad o personas mayores de sesenta años; b) cuando con motivo o en ocasión del plagio o secuestro, la persona secuestrada resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere. Al autor de este delito que se arrepintiere en cualquiera de sus etapas o diere datos para lograr la feliz solución del plagio o secuestro, se le podrá atenuar la pena correspondiente».

³ «A los autores materiales del delito de plagio o secuestro de una o más personas, con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte. En este caso no se apreciará ninguna circunstancia atenuante».

⁴ «A los autores materiales o intelectuales del delito de plagio o secuestro de una o más personas con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquiera otro propósito similar o igual, se les aplicará la pena de muerte, y cuando ésta no pueda ser impuesta, se aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años. En este caso no se apreciará ninguna circunstancia atenuante. Los cómplices o encubridores serán

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su **Artículo 4. Derecho a la Vida** que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. (...)

La simple confrontación de los plexos normativos indica que la redacción del art. 201 del Código Penal guatemalteco vigente al momento del hecho juzgado, colisiona con lo preceptuado por la Convención, punto sobre el cual se expidió la Corte.

IV. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primer lugar, cabe recordar la importancia de la sentencia que recae en un caso sometido a la jurisdicción de la CIDH pues del art. 68 de la Convención surge con claridad que «*los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todos los casos en que sean parte*»⁵.

En concordancia se prevé que la Corte someterá en el informe anual a la Asamblea General su labor y «*De manera especial con*

sancionados con pena de veinte a cuarenta años de prisión. A quienes sea condenados a prisión por el delito de plagio o secuestro, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa».

⁵ Es pacífica la opinión -que guarda estricto apego al texto legal- que entiende vinculante para el Estado la sentencia recaída en un caso contencioso sometido a la Corte, mientras que las opiniones consultivas en principio no tienen carácter obligatorio, si bien en base al principio de buena fe, se sostiene que la opinión debería acatarse por el consultante.

las recomendaciones pertinentes señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos» (art. 65), disposición a la que prácticamente no ha sido necesario recurrir.

Como se ha indicado, cuestión central que tuvo que abordar la Corte Interamericana, la constituyó determinar si el Estado de Guatemala había violado la Convención aplicando la pena de muerte en el caso concreto en base a una legislación no autorizada por la misma.

La resolución indicó los siguientes argumentos para considerar violada la Convención en lo dispuesto por el artículo 4º:

a.) Tipo penal en infracción a la Convención

Los representantes del Sr.Raxcacó Reyes y la Comisión Interamericana alegaron que las modificaciones que se hicieron al artículo 201 del Código Penal de Guatemala ya referenciados, que tipificaba el delito de plagio o secuestro, resultaban contrarias al artículo 4 de la Convención porque sancionaban con pena de muerte conductas que no lo estaban cuando Guatemala ratificó la Convención Americana. Por su parte, el Estado señaló en un inicio, que no existía tal violación a la Convención, toda vez que la pena de muerte ya estaba establecida para el delito de plagio o secuestro con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado tratado. No obstante, en sus alegatos finales el Estado reconoció que «*la reforma realizada al artículo 201 del Código Penal implica una evidente contravención a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Convención Americana [...] por el hecho de colocar como pena principal la de muerte y como accesoria la de veinticinco a cincuenta años de prisión».*

La Corte sostuvo que:»*El artículo 201 del Decreto Legislativo No. 81/96, que se aplicó en la condena al señor Raxcacó Reyes, tipifica una sola conducta: sustracción o aprehensión de una persona, acompañada de cierto propósito. La acción de dar muerte no se halla abarcada por este tipo penal, que protege la libertad individual, no la vida, y prevé la imposición de pena de muerte al secuestrador.*

Si bien el *nomen iuris* del plagio o secuestro permaneció inalterado desde el momento en que Guatemala ratificó la

Convención, los supuestos de hecho contenidos en los correspondientes tipos penales cambiaron sustancialmente, hasta hacer posible la aplicación de la pena de muerte por acciones no sancionadas con ésta en el pasado. Aceptar una interpretación contraria permitiría que un delito pudiera ser sustituido o alterado con la inclusión de nuevos supuestos de hecho, no obstante la prohibición expresa de extender la pena capital, contenida en el artículo 4.2 de la Convención».

El argumento desarrollado exime de mayores comentarios dado que, como se expresa con claridad, se pretendió efectuar una extensión de la pena capital prevista para los casos de secuestro seguido de muerte, a los casos en que no se verificaba esta consecuencia.

El recurso bien podría indicarse como un *embuste de etiquetas*, en tanto la conservación del *nomen iuris* enmascara una grave extensión de la pena de muerte -nada menos- en infracción a la Convención a la que adhiere el Estado guatemalteco.

La decisión de alcanzar con la pena de muerte a conductas no conminadas con esa «pena» previamente a la adhesión a la Convención se presenta bajo ropajes nada sofisticados, lo que aumenta lo grotesco y bárbaro de la situación.

b) Limitación de la pena de muerte a los delitos de máxima gravedad

Por otro lado, la Corte ha señalado que la Convención Americana reduce el ámbito de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves, es decir, tiene el propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones verdaderamente excepcionales. En efecto, el artículo 4.2 de la Convención Americana dispone que «en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves».

En consonancia, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁶ ha expresado que los «delitos que no entrañan la

⁶ ONU, Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Irán

pérdida de vidas humanas no pueden ser castigados con la pena de muerte».

Los tiempos actuales no son los más propicios para las teorías retributivas de la pena⁷, aunque el legado positivo de éstas -el principio de culpabilidad-, establece que se responde solamente en la medida de la actuación culpable. Una pena que fuera desmesuradamente mayor a la que aparece adecuada como merecimiento de pena – tal este caso – no responde siquiera a una formulación tan primitiva como la de la ley del talón.

Las disposiciones precedentemente citadas tienen una clara tendencia abolicionista, y se presentan como una limitación a la imposición de la pena de muerte, ante la renuencia de algunos países de decidir la exclusión de la pena capital de su sistema jurídico.

Por ello, además del citado principio de culpabilidad, obedece a criterios de proporcionalidad, subsidiariedad, en definitiva de racionalidad⁸, limitar la pena de muerte a los «delitos más graves», es decir, aquellos que afectan más severamente los bienes de máxima importancia individual y social.

El artículo 201 del Código Penal aplicado al señor Raxcacó Reyes sanciona con pena de muerte tanto el plagio simple, como cualquier otra forma de plagio o secuestro, desatendiendo así la limitación que impone el artículo 4.2 de la Convención Americana respecto de la aplicación de la pena de muerte solamente a los «delitos más graves».

(República Islámica de) emitida el 3 de agosto de 1993. CCPR/C/79/Add.25, párr. 8; y ONU, Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Irak emitidas el 19 de noviembre de 1997. CCPR/C/79/Add.84, párrs. 10 y 11.

⁷ Ello, sin dejar de reconocer que han resurgido ideas retribucionistas o neoretribucionistas, sin perjuicio de lo cual, en mayor medida es el acercamiento de ciertas formulaciones preventivo- generales con aquellas ideas (vgr. Jakobs) lo que renueva su consideración.

⁸ Los criterios mencionados pueden ser observados como principios, tal como se hace con el de culpabilidad, a los que cabría agregar afectado en el caso el llamado principio de fragmentariedad, por el cual no se convierten en delitos todos los ilícitos, sino sólo algunos de ellos; de modo general, los más graves. Así, Luzón Peña, D. Curso de Derecho Penal pág. 82 y ss. Hispamer Colombia.

c) *Penal de muerte obligatoria*

Otro argumento que la Corte admitió fue el referido a la obligatoriedad que imponía el tipo penal endilgado a los secuestradores, que por tal carácter importaba la no consideración de las circunstancias particulares del caso y del autor en contravención a lo establecido en el art. 4.2 de la Convención. En este sentido, recordó que había sostenido que la pena de muerte obligatoria consideraba a los acusados «*no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte*»⁹.

La falta de consideración de las circunstancias que constituyeron el «hecho», no pueden dejarse de lado, pues ellas determinan -entre otros factores- la culpabilidad por aquel, con prescindencia de los concretos contenidos que se le puedan asignar a este concepto sistemático¹⁰.

La necesidad de la efectiva constatación de las concretas circunstancias de cada caso, es consecuencia de la determinación judicial de la pena, principio común a los Estados de Derecho, tema que ha merecido la atención doctrinaria para sistematizar teóricamente las pautas de mensuración de la misma¹¹.

De igual modo, y como lo señala la Corte, no se juzga un sujeto sin rostro, sino una persona cuyas particularidades deben ser tenidas necesariamente en cuenta para medir la respuesta punitiva¹².

⁹ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C Nº 94, párr. 105.

¹⁰ Sea que se entienda la culpabilidad en términos tradicionales como reprochabilidad, o que se le deba «agregar» al merecimiento de pena la necesidad de la misma («responsabilidad» en Roxin) o aún como pura prevención general positiva (Jakobs).

¹¹ Un completo panorama sobre el punto en Ziffer, Patricia -Lineamientos para la determinación de la pena -, Editorial Ad- Hoc.

¹² Aún Jakobs, que de mayor modo prescinde de consideraciones subjetivas del autor para la atribución de culpabilidad, admite que, en ciertos casos, debe atenderse a la «conducción de vida» del autor como vía para decidir cuanto le ha costado

La Corte consideró que, además de los agravios precedentes, debía garantizarse el derecho a solicitar y obtener indulto o conmutación de la pena estimando que, «... *la falta de legislación nacional que haga efectivo el derecho a solicitar indulto, amnistía o conmutación de la pena, en los términos del artículo 4.6 de la Convención Americana, constituye un nuevo incumplimiento del artículo 2 de la misma. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó los derechos consagrados en el artículo 4.1, 4.2 y 4.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes.*»¹³

V. La pena de muerte

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el caso sobre diversas cuestiones además de la central y específica pena de muerte¹⁴, la importancia y trascendencia de la sanción hace

obedecer la norma.- Jakobs G. Derecho Penal -Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación, pág. 592/3 - Marcial Pons, Madrid 1995.

¹³ En el punto 5 de la parte resolutiva de la sentencia, la Corte manifestó que «*el Estado debe modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación en ningún caso ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana*», y en el punto 8 establece que «*El Estado debe dejar sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de un nuevo proceso, emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte. El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia.*».

¹⁴ Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 8 (Garantías Judiciales) y

insoslayable considerar este tema que, no por harto tratado y debatido, resulte –como correspondería– una cuestión anacrónica.

La pena de muerte se presenta históricamente como sanción paradigmática en el primitivo esquema de las penas corporales, presentándose como la más violenta forma de sanción: la eliminación del enemigo, del indeseable, del otro¹⁵.

Señala Zaffaroni que: «*Desde antiguo la llamada pena de muerte ha dado lugar a los más enconados debates en torno de su legitimidad y conveniencia. Pero fue Beccaria quien llevó la crítica al extremo, aunque – como correspondía más al pensamiento iluminista que revolucionario – la admitía cuando el sujeto aún preso tuviese suficiente poder para hacer peligrar al gobierno constituido, es decir que – paradojalmente – sólo la admitía por causas políticas. Durante la modernidad los argumentos en su contra fueron renovándose, manteniéndose la rigidez del debate en los países en que la pena de muerte no fue abolida. Está eliminada por completo en treinta y cinco países, pero no la aplican desde hace años otros veintisiete, siendo cien los que aún la mantienen y la hace efectiva. En general, existe una tendencia a su supresión en el mundo. Los regímenes de terror, como en el caso argentino, rara vez acuden a ella, ya que la reemplazan por el homicidio político»¹⁶.*

Es dable observar que en el siglo pasado hubo un desarrollo

artículo 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado.

¹⁵ La eliminación del otro, el diferente, se da respecto del enemigo exterior en la guerra y fronteras adentro mediante la creación de la idea del enemigo interior, a veces legitimada por el derecho penal y en otras ocasiones mediante puros hechos de violencia. Sobre el concepto de enemigo en clave sistémica -POLAINO- ORTS, Miguel - Derecho Penal del enemigo págs. 72 y ss, ed. Mediterránea.

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; «Derecho Penal. Parte General», Ed. Ediar, Año 2000, Pág. 880. Cabe aclarar que los datos referidos a la cantidad de países en que la pena de muerte fue eliminada, los que no la aplican y los que la mantienen y la hacen efectiva, se encuentran desactualizados atento, lógicamente, a que el libro fue editado en el año 2000 y, como se verá más adelante, ha disminuido el número de países que aplican y mantienen la pena capital.

vertiginoso en los más variados ámbitos científicos y culturales, sin que pueda pregonarse lo mismo con relación a la abolición de la «pena» de muerte; en este comentario, se centra la mirada en las regulaciones normativas, dejando de lado aquella que –aun ejercitada por organismos estatales o paraestatales –es resultado de la pura violencia.

La pena de muerte pretende ser justificada por argumentos que se reducen a la supuesta prevención de delitos por la amenaza de la pérdida de la vida, siendo inaceptable la idea de que se pueda aplicar a «incorregibles» que «no merecen vivir».

La primera idea -supuesta prevención de delitos- ha sido desvirtuada por diversos estudios, ya que se ha probado que la existencia de esta pena en el código de fondo y su correspondiente aplicación, no disminuye los índices delictivos¹⁷.

Por su parte, las consideraciones relativas a la abolición de la pena de muerte debieran ser asumidas como innecesarias, pero la realidad obliga, al menos, a un breve recordatorio.

En primer lugar, es indudable que resulta éticamente cuestionable que se pueda privar de la vida a alguien desde la perspectiva de un Estado que respete los derechos básicos de las personas, a la par que los estándares internacionales de derechos humanos marcan una clara tendencia abolicionista.

Por lo demás, es una pena que impide su revisión dado el desenlace fatal de la misma, pudiendo concretarse la ejecución de inocentes, y al menos en Estados Unidos, es racista, producto de la xenofobia, antieconómica, etc.¹⁸

En este sentido, sólo la persistencia de un alto grado de irracionalidad puede hacer comprensible la supervivencia de esta sanción, que ha sido considerada un verdadero tormento.¹⁹

¹⁷ Vgr: Roger Hood The Death Penalti: A World Wide Perspective, Oxford, Clarendon Press 2002 pág. 214 en www.amnesty.org

¹⁸ www.amnesty.org

¹⁹ Zaffaroni, ob. cit. pág 878.

En el plano internacional, desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha existido un reconocimiento normativo de la vida humana y la prohibición del sometimiento a penas crueles, inhumanas o degradantes, en la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948²⁰.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976)²¹, en su Artículo 6º, luego de reconocer que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente, establece, en el apartado 2do., que en los países en que aún no se haya abolido la pena capital, sólo por los delitos más graves y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, podrá aplicarse la pena capital y siempre en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. Agrega, asimismo, en el apartado 6to. que ninguna disposición del artículo que se comenta, podrá ser invocada por un Estado Parte en el Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital²².

²⁰ Artículo 3: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.». Artículo 5: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

²¹ Los Estados Miembros de las Naciones Unidas que son partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre los que se encuentra la Argentina pueden consultarse en Internet: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU. <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>.

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 6º: 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta

El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluyó la abolición de la pena de muerte (aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989), considerando que contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos, y que todas las medidas de abolición de la pena de muerte deberían ser consideradas un adelanto en el goce del derecho a la vida. Por ello, establece que no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el Protocolo (art. 1.1), y que cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción (art. 1.2).

Al observar la cantidad de países que son parte o signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y compararlos con aquellos que también son parte o signatarios de este Protocolo, se puede apreciar que sólo 56 países de los 157 que son partes o signatarios del primero además lo son del segundo, es decir, que este Protocolo que es facultativo y que específicamente trata el tema de la pena de muerte, no ha obtenido una significativa adhesión por parte de los Estados.

En el ámbito de las Naciones Unidas fue aprobada por el Consejo Económico y Social²³ la «**Salvaguardia para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte**» que establece su

pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la commutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la commutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

²³ Resolución 1984/50, del 25 de mayo de 1984.

imposición, en los países que no la hayan abolido, sólo para los delitos más graves, entendiendo que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves. Establece también diversos derechos y garantías de las personas que se encuentran condenados a muerte²⁴.

1. En los países que no la hayan abolido, la pena de muerte sólo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves.

²⁴ 1. En los países que no la hayan abolido, la pena de muerte sólo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves.

2. La pena capital sólo podrá imponerse por un delito para el que la ley estipulara la pena de muerte en el momento en que fue cometido, quedando entendido que si, con posterioridad a la comisión del delito, la ley estableciera una pena menor, el delincuente se beneficiará del cambio.

3. No serán condenados a muerte los menores de 18 años en el momento de cometer el delito, ni se ejecutará la sentencia de muerte en el caso de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, ni cuando se trate de personas que hayan perdido la razón.

4. Sólo se podrá imponer la pena capital cuando la culpabilidad del acusado se base en pruebas claras y convincentes, sin que quepa la posibilidad de una explicación diferente de los hechos.

5. Sólo podrá ejecutarse la pena capital de conformidad con una sentencia definitiva dictada por un tribunal competente, tras un proceso jurídico que ofrezca todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo, equiparables como mínimo a las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluido el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con la pena capital a la asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso.

6. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior, y deberán tomarse medidas para garantizar que esas apelaciones sean obligatorias.

7. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la commutación de la pena; en todos los casos de pena capital se podrá conceder el indulto o la commutación de la pena.

8. No se ejecutará la pena capital mientras estén pendientes algún procedimiento

En la **Convención sobre los Derechos del Niño**²⁵ también refiere a la pena de muerte en su Artículo 37 que establece que «*Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad (...)*».

Puede apreciarse aquí que la prohibición resulta absoluta, en tanto no se establecen restricciones a la imposibilidad de aplicación de la pena capital, maximizando la garantía, cuando en los otros instrumentos mencionados se establece una abolición progresiva.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido en el año 2007 la **Resolución A/C.3/62/L.29**²⁶, recordatoria de anteriores de similar tenor, en la que expresa su profunda preocupación porque se sigue utilizando la pena de muerte y exhorta a todos los Estados que todavía la mantienen a que, entre otras recomendaciones, observen las normas internacionales que establecen salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte y, en particular, las normas mínimas, tales como están estipuladas en el anexo a la resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1984; limiten progresivamente la aplicación de la pena capital y reduzcan el número de delitos por los que se puede imponer esa pena; establezcan una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la

de apelación u otros procedimientos de recurso o relacionados con el indulto o la commutación de la pena.

9. Cuando se aplique la pena capital, su ejecución se hará de forma que se cause el menor sufrimiento posible.

Publicado en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp41_sp.htm.

²⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990. Esta Convención cuenta con 191 estados partes y con 2 estados signatarios que no son estados partes al 10/01/2003. <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf>.

²⁶ La Resolución A/C.3/62/L.29 de la Asamblea General de las Naciones Unidas puede verse en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/N07/577/09/PDF/N0757709.pdf?OpenElement>.

pena capital; y obviamente que los Estados que han abolido la pena capital, no la reintroduzcan.

También la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha emitido diversas resoluciones en idéntico sentido²⁷.

La Comunidad Europea se ha ocupado del tema con énfasis, emitiendo declaraciones y propiciando medidas concretas destinadas a abolir progresivamente la pena de muerte. Así, el **Protocolo número 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) referente a la abolición de la pena de muerte**, adoptado por el Consejo de Europa en 1982, se establece la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz. Sin embargo, los Estados Partes pueden mantenerla «por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra»²⁸.

El paso siguiente se da con el **Protocolo número 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia**²⁹, adoptado por el Consejo de Europa en 2002, se establece la modificación de lo normado por el Protocolo número 6, mencionado en el párrafo anterior, ya que aquel dispone la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra.

En el año 2000, al proclamarse la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**³⁰ se estableció en su artículo

²⁷ Las mencionadas resoluciones pueden verse en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/FramePage/subject%20capital%20Sp?OpenDocument&Start=1&Count=15&Expand=2.6>.

²⁸ Estados Partes: (*total: 45*). Países que lo han firmado pero no lo han ratificado: Federación Rusa (*total: 1*). <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT50/003/2006/es/dom-ACT500032006es.pdf>.

²⁹ Estados Partes: (*total: 33*). Países que lo han firmado pero no lo han ratificado: (*total: 10*). <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT50/003/2006/es/dom-ACT500032006es.pdf>.

³⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 18.12.2000. C 364/01. En la

2, el Derecho a la vida expresando que:

«1. *Toda persona tiene derecho a la vida.*

2. *Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado».*

En tal línea la Comunidad Europea privilegia las relaciones con Estados que hayan abolido la pena de muerte, y regula el comercio de materiales e instrumentos que puedan ser utilizados para la tortura o aplicar la pena de muerte³¹.

Asimismo, en el año 2007, a raíz de las imágenes difundidas en el mundo del ahorcamiento de Sadam Hussein, surgió en la Unión Europea, en donde ningún país mantiene la pena capital, una propuesta para que la ONU prohíba las ejecuciones de personas³².

En el ámbito americano, encontramos la ya citada **Convención Americana sobre Derechos Humanos** que ha regulado el tema como se ha indicado *supra*³³.

Página de Internet: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

³¹ Reglamento (CE) N° 1236/2005 Del Consejo del 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que puede utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 30.7.2005. L 200/1.

³²http://www.elpais.com/articulo/internacional/Europa/lleva/pena/muerte/ONU/elpepiint/20070120elpepiint_20/Tes.

³³ Artículo 4. Derecho a la Vida: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la commutación de la pena, los cuales podrán ser

Asimismo, el **Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte**, dispone que:

Artículo 1 Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.

*Artículo 2.1. No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo. No obstante, en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados Partes en este instrumento podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar (...)*³⁴.

VI. La pena de muerte en Argentina

Cabe observar que la Argentina tiene una larga tradición abolicionista, pues la pena de muerte formal impuesta por jueces penales se ejecutó una única vez en el curso del siglo XX en 1915, pero no se aplicaba desde veinte años antes, lo que motivó, incluso en aquella época, serias críticas.

La Constitución Nacional de 1853 estableció en el art. 18 la abolición «para siempre» de la pena de muerte por causas políticas, lo que evidentemente no incluía los delitos comunes.

La pena de muerte estaba conminada por la ley 49 y el proyecto Tejedor la mantuvo, como los proyectos Villegas, Ugarriza y García, el código de 1886 y el proyecto de 1891 con disidencia de Rivarola. La opinión de este último y fundamentalmente Herrera influyeron en Moreno que la suprimió del proyecto de 1916 y así llegó al código de 1921³⁵.

concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

³⁴ Estados que han ratificado: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Estados que han adherido: México. Estados que han firmado pero no lo han ratificado: Chile.

³⁵ Zaffaroni, ob. cit. pág. 879.

Desde 1916, el presidente Irigoyen conmutó todas las que se dictaron, hasta que el código de 1921 la derogó. En el ámbito penal militar, después de las ejecuciones de la dictadura de Uriburu invocando la ley marcial, fue aplicada una vez, en 1935, en el caso del cabo Luis Leonidas Paz, por el homicidio en perjuicio del mayor Carlos Cabella. También con motivo del terremoto de San Juan de 1944, fueron fusiladas tres personas acusadas de depredaciones en esa situación de catástrofe. En 1956 se ejecutó a un considerable número de personas con motivo de la fracasada rebelión contra el gobierno de facto, fuera de todo marco normativo³⁶.

Argentina ha ratificado la CADH, luego incorporada a la Constitución Nacional, la que consagra la abolición progresiva de la pena de muerte (art. 4º ya citado). Si se tiene en cuenta que esta Convención fue ratificada por ley 23.054 del 27 de marzo de 1984 y la pena de muerte fue formalmente excluida del código penal por ley 23.077, podría sostenerse la posibilidad de restablecerla para los delitos comminados con esa pena por la ley *de facto* 21.338, pues serían delitos para los cuales se la podía aplicar al momento de la ratificación. Ello debe ser descartado por la clara disposición del art. 3.2 *in fine* que refiriéndose a la pena capital expresa: *Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.* La jurisprudencia de la Corte Interamericana – que es obligatoria para todos los estados miembros – interpreta claramente la cláusula como de abolición progresiva e irreversible; la Convención habla de delitos a los que *no se aplique actualmente* (y no de *delitos para los que actualmente no estuviese prevista*), y la pena de muerte de la ley 21.338 no se aplicó nunca por ningún delito. No es menor la diferencia, pues la *Convención excepciona los casos de pena de muerte en uso y no de las previstas pero caídas en desuso*; porque además la tendencia de todo el derecho internacional es abolicionista, como lo demuestran el segundo *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a la abolición de la pena de muerte* de 1990 y el segundo

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. ob. cit, Pág.879/880.

Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos civiles y Políticos de las Naciones Unidas sobre abolición de la pena de muerte de 1989 y, más específicamente, la condena de la CIDH a los Estados Unidos por considerar que la disparidad legislativa de ese país afecta el derecho a la vida y a la igualdad, todo ello sin contar con que el TEDH, al decir que Gran Bretaña no podía conceder la extradición a los Estados Unidos de un ciudadano alemán que podía ser condenado a muerte en ese país, lo hizo por considerarla un tratamiento inhumano³⁷.

En el pasado más reciente (1990), el ex-presidente Menem envió un proyecto que contemplaba la reinstauración de la pena de muerte, pero las precedentes observaciones normativas como, probablemente la conciencia de lo que se estaba proponiendo y la marcada oposición desde el ámbito del derecho, provocaron su retiro.

VII. Estado de situación

En el año 2007, en todo el mundo se ejecutaron 5.851 penas de muerte, según el informe de la ONG italiana contra la pena capital «*Nessuno tocchi Caino*» (Que nadie toque a Caín). Asia es el continente donde se llevan a cabo casi el 90 por ciento de las ejecuciones (5.782) y ocupando China el primer lugar con cerca de 5.000.

A pesar de que son menos los países que aplican la máxima pena, el número de ejecuciones no ha cesado de aumentar si comparamos las cifras del pasado año con las de 2006 (5.635) y de 2005 (5.494), de acuerdo con los datos del informe de la ONG.

Después de China, el mayor número de ejecuciones se llevaron a cabo durante el período referido en Irán (355, doce de ellos menores de edad); Arabia Saudí (166) y Pakistán (134). El siguiente país en la lista es EE. UU., donde al menos 42 reos fueron privados de la vida en su mayor parte por el sistema de inyección letal en los 38 estados donde aún se mantenía el máximo castigo.

³⁷ Zaffaroni, ob. cit. pág. 879.

Resulta llamativo que el país que se autorreferencia como paradigma exemplar de «Occidente»³⁸, no adecue su legislación y prácticas penales a estándares «civilizados», ya que aplica la pena de muerte, y ha ejecutado a más de 1.100 condenados a muerte, – más de 400 sólo en el estado de Texas – luego de que la misma se reinstaurara en dicho país en el año 1976³⁹.

También Irak (33), Vietnam (25), Yemen (15), Afganistán (15) y Corea del Norte (13), Sudan, (al menos 65 de acuerdo a Amnesty International), Libia (9), Siria (7), Bangladesh (6), Somalia, (5), Guinea Ecuatorial (3), Singapur (2), Belarus (1), Kuwait (1), Etiopía (1) integran la lista de naciones donde se ejecuta la pena capital. Tampoco debe olvidarse que ejecuciones se llevan a cabo también habitualmente en Japón (9), uno de los países de mayor desarrollo industrial y cultural

³⁸ Si bien puede cuestionarse que Estados Unidos resulte paradigma exemplar de occidente, y aún que exista lo que entendemos por tal, Silvia Sánchez se muestra partidario de agrupar a los países europeos y americanos bajo ese rótulo en base a «...innegables vínculos en los valores sobre los que se asientan las estructuras estatales vigentes -o las que se aspiran a construir-, así como la evidente base cristiana de la cultura de estos pueblos» («Bases ideológicas de una dogmática supranacional» en «Perspectivas sobre la política criminal moderna» Ed. Ábaco, pág. 27, nota 18).

³⁹ Estados Unidos de América comparte con Afganistán, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Autoridad Palestina, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belice, Bielorrusia, Botsuana, Burundi, Camerún, Comoras, Congo (República Democrática), Corea (Del Norte), Cuba, Chad, China, Dominica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guyana, India, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Libia, Malasia, Mongolia, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, San Cristóbal Y Nevis, San Vicente Y Granadinas, Santa Lucía, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Tailandia, Taiwán, Trinidad y Tobago, Uganda, Vietnam, Yemen, Zimbabwe la triste lista de países que mantienen la pena de muerte para delitos comunes. <http://www.amnesty.org/es/death-penalty/abolitionist-and-retentionist-countries>. En esta página también pueden observarse los países que son abolicionistas sólo para delitos comunes y los países que mantienen la pena de muerte para los delitos comunes pero que pueden ser considerados abolicionistas de hecho dado que no han ejecutado a nadie durante los últimos diez años y se cree que mantienen una política o una práctica establecida de no llevar a cabo ejecuciones. En esta lista se incluyen también países que se han comprometido internacionalmente a no hacer uso de la pena capital.

del mundo, y donde a los condenados se les notifica solo un par de horas antes que van a ser conducidos a la horca⁴⁰.

El cuadro de situación muestra que si bien hay una tendencia de fondo abolicionista, es todavía importante la lista de países que tiene en su legislación esta pena, y varios de ellos la aplican con cierta frecuencia.

Por otro lado, de modo cíclico aparecen ciertas pulsiones de muerte, generalmente, en forma coincidente con ciertos acontecimientos que propician su consagración legislativa.

El conocido recurso de la «huida» al derecho penal y de la aplicación de la pena máxima como pretendida evidencia de la «lucha contra el delito» es una tentación irresistible para aquellos que hacen uso exacerbado de la función simbólica del derecho penal.

Ello de algún modo explica el mantenimiento de la pena de muerte en naciones «civilizadas», sin perjuicio de lo cual es claro que en algunos países el grado de violencia imperante determina que no resulte insoportable la convivencia con un castigo fatal.

Una tesis interesante respecto a los motivos por los cuales se sostiene la pena de muerte cuando las democracias europeas han consagrado su abolición es la que afirma que trasciende a los distintos países del orbe por las extradiciones pedidas desde Estados Unidos, que obliga a estas naciones a ocuparse de la forma en que se administra esta pena en aquel país, argumento que más allá de su plausibilidad, parece insuficiente para explicar en su totalidad la supervivencia de esta cruel forma de castigo⁴¹.

⁴⁰Datos publicados por el diario hondureño «La Tribuna» en fecha 3/08/08; <http://www.latribuna.hn/news/170/ARTICLE/39922/2008-08-03.html>, y por la ONG italiana «Nessuno tocchi Caino» (a que hace referencia el artículo periodístico) en la página de internet en inglés, <http://www.handsoffcain.info/bancadati/index.php?tipotema=arg&idtema=10314693>.

⁴¹Zysman Quirós, D. El castigo penal en los Estados Unidos. Teorías, discursos y rationalidades punitivas del presente inédito, citado por Hendler-Gullco, Casos de derecho penal comparado 2^a edición, pág. 312 y ss., Ed. Del Puerto.

Derecho del enemigo. Raxcrocó Reyes

¿Ciudadano o enemigo?

Como se ha expresado *ut supra*, la pena de muerte ha sido la pena paradigmática de la antigüedad, si bien actualmente con la consagración de su abolición progresiva en la casi totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, la eliminación física no se ajusta a los parámetros de una pena⁴².

La irrupción en el ámbito doctrinario del llamado derecho penal del enemigo, cuya formulación pertenece a Jakobs, amerita preguntarse si la muerte impuesta como sanción a Raxcacó Reyes ha respondido a lineamientos de un derecho tal; en otros términos, si la condena a muerte lo ha tratado como un *infactor* al orden jurídico, o un *enemigo* de la comunidad, conforme los lineamientos de aquel.

Si bien –como se señala de modo generalizado– el derecho penal del enemigo o de enemigos (o *contra enemigos*) reconoce antecedentes en el derecho penal –y la política–, la (re) introducción que efectúa Jakobs, hace necesario, –por su actualidad y la controversia originada– considerar aunque sea a grandes trazos la concepción expuesta.

La construcción de Jakobs reconoce un primer momento al tratar la anticipación de la punibilidad⁴³, donde de algún modo se descalifica un Derecho Penal de estas características, descalificación que se va diluyendo hasta la formulación última donde desaparece como concepto crítico para establecerse como afirmación normativa: Jakobs señala que no existe ninguna alternativa plausible en la actualidad al derecho penal del enemigo al que califica como derecho

⁴² La cláusula de abolición progresiva de la pena de muerte debe ser entendida como una resignación frente a la realidad que mantiene este castigo en numerosos países, en clara infracción a los principios positivizados en los tratados de derechos humanos.

⁴³ Jakobs G. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico en Estudios de Derecho Penal págs. 293/323 Civitas Madrid 1997.

de necesidad, pasando de su primer formulación que se orienta a la protección (de peligros) de la sociedad y como forma excepcional, a un derecho penal habitual que reacciona frente a no-personas⁴⁴.

En la versión actual el ex profesor de Bonn considera que coexisten un derecho penal de ciudadanos y uno de enemigos. El primero está dirigido a quienes aun siendo infractores de una norma son receptores de expectativas normativas, entendiéndose la infracción como un comportamiento ocasional, aislado y no como un actitud de enemistad permanente con el derecho y la sociedad.

Frente a tal comportamiento, el derecho penal reacciona con una respuesta contrafáctica (pena) con el sentido comunicativo de mantener (restablecer) la vigencia de las normas; el *infractor* es aun un *ciudadano* que mantiene un *diálogo* con la sociedad.

Puede claramente advertirse que se trata del ámbito del derecho penal clásico, de acto, que está dotado de los derechos y garantías que le son propios a su raigambre liberal, considerándose al infractor como ciudadano con los atributos de *personalidad* que tal condición otorga.

Ahora bien, «*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de su comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*»⁴⁵, y «*Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos en su derecho a la seguridad, pero a diferencia de la pena, no es derecho respecto del que es penado; por el contrario el enemigo es excluido*».

«En la mayoría de las ocasiones, el sujeto en cuestión probablemente se encuentre sólo parcialmente en la posición de un

⁴⁴ Citado por Neumann Ulfried en Derecho Penal del enemigo T.2, pág. 392.

⁴⁵ Jakobs Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, p. 51.

enemigo, dicho con mayor exactitud, él se colocara en tal posición; pues la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano.»⁴⁶

El derecho penal del enemigo no dialoga con sus destinatarios; los amenaza y se caracteriza por a) la anticipación de los límites de la punibilidad b) aumento desproporcionado de penas y c) supresión de garantías procesales⁴⁷.

Las discusiones referidas al derecho penal de enemigos relevan algunas adhesiones y diversas –numerosas– críticas desde distintas perspectivas, que han generado un número aun no cerrado de interrogantes que se relacionan íntimamente, entre otros: Existe un «derecho penal del enemigo»?, se puede considerar derecho⁴⁸? De contestarse afirmativamente, es legítima la existencia de un derecho de estas características en un estado democrático?, la pena impuesta trata al condenado como persona? entonces que se entiende como persona? es aplicación de derecho de ciudadanos o enemigos ó la pena es tal o una medida de seguridad eliminatoria?, es –en este caso– Raxcocó alguien que se autoexcluyó de la comunidad y, por tanto, del derecho?, es pues un «enemigo? Y entonces –y como previo– que se entiende por tal?

En lo que sigue, se aborda la cuestión tomando como central el interrogante referido a si ha sido la aplicación de tal concepción –derecho penal del enemigo– la que se deja ver en trasfondo de la pena de muerte impuesta a Raxcocó Reyes, dejando de lado innumerables facetas de la controversia que exceden en mucho las posibilidades del presente (vgr. los debates iusfilosóficos sobre el concepto de enemigo⁴⁹, el adelantamiento de la punibilidad, la

⁴⁶ Jakobs G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad en Derecho penal del enemigo, Vol.2, p.106.

⁴⁷ Jakobs La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, p. 31/32

⁴⁸ Zaiber, Leo, ob.citada pág.1149 y ss. a diferencia de Cancio Meliá sostiene que el de enemigos si bien puede ser derecho no es penal, pues no aplica «penas».

⁴⁹ La mención de Hobbes y Kant por parte de Jakobs en expresa apoyo de su construcción da lugar a distintas lecturas por parte de sus críticos, quienes

supresión o debilitamiento de garantías procesales, la expansión del derecho penal, el derecho penal de riesgo etc.), y sólo se realizan algunas consideraciones en lo necesario para abordar el significado de la «pena» de muerte todavía existente.

El derecho penal de enemigos

Existe cierto consenso en que se verifica un fenómeno – caracterizado de distinta manera⁵⁰– en el que se produce a nivel global una tendencia de expansión del derecho penal que va acompañada de la reducción o supresión de garantías procesales, aumento desproporcionado de penas en un marco en el cual acontecimientos como los atentados terroristas del 11 de setiembre de 2001 y la base militar de Guantánamo convertida en prisión de personas que han sido despojadas de toda dignidad, constituyen hitos referenciales⁵¹. Este marco de situación es el que haría «necesaria» la instauración (reconocimiento) de un derecho penal de enemigos⁵².

Así, quienes en la línea de Jakobs ven los beneficios de separar con límites nítidos y rígidos el derecho penal de ciudadanos del

mayoritariamente mencionan que el DPE remite sin más al pensamiento de Carl Schmitt, del que Jakobs pretende distanciarse (Conf. Jakobs ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad p.108/109).

⁵⁰ Para algunos el cambio viene de la mano de la nueva sociedad de riesgos, de la globalización, mientras otros consideran que se trata de la reintroducción de leyes de derecho penal simbólico, y el renacer punitivista del que deriva el llamado Derecho penal del enemigo; así, Cancio Meliá en ¿Derecho penal del enemigo? En Jakobs-Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Hammurabi , Buenos Aires, 2005, p. 75.

⁵¹ Schunemann sostiene que Jakobs ha brindado el marco teórico para tales prácticas. Schunemann Bernd, ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica en D.P.E., vol. 2, pág.963 y ss.

⁵² El fenómeno de la expansión del derecho penal ha dado lugar a formulaciones como la de Silva Sánchez que distingue un derecho penal de 1^a velocidad: el de los delitos nucleares, otro de 2^a, velocidad para aquellos delitos con penas que no sean de prisión con flexibilización de garantías y una 3^a velocidad donde concurriría «el derecho de la cárcel» con la relativización de garantías (similar al DPE). Silva Sanchez J.M. La expansión del Derecho penal Civitas 2001, p.163/167.

derecho penal del enemigo sostienen que se describe una realidad, que si se intenta no ver queda librada a pautas no jurídicas; en otros términos, el poder punitivo no tendría límites en este campo.

Críticas al derecho penal de enemigos

Una de las primeras críticas provino de un discípulo de Jakobs para quien el derecho penal del enemigo no es derecho penal en tanto no estabiliza normas, sino que demoniza determinado grupo de autores, por lo que no se trata de un derecho penal de hecho, sino de autor⁵³.

Cuestionamiento importante resulta el dirigido a la tesis central para la diferenciación normativa entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, y es aquella que referida a las funciones de ambos: mientras el primero mantendría la vigencia de las normas, el segundo combatiría peligros, desconociendo la función central del derecho penal de protección de bienes jurídicos, siendo la norma sólo un medio para la verdadera finalidad de mantener los bienes jurídicos, con lo cual desaparece la premisa básica para la distinción⁵⁴.

En cuanto al terrorismo, ejemplo paradigmático de la necesidad de este Derecho, se vincula mayormente no a un rechazo al orden jurídico, sino al combate del ejercicio de poder visto como ilegítimo.

Zaffaroni señala con acierto que la cuestión del derecho penal del enemigo es una cuestión política, en la que se discute si es posible en el estado de derecho admitir la categoría de enemigo, y si en base a ella se pueden limitar derechos y garantías de todos los habitantes⁵⁵.

⁵³ Derecho penal del enemigo Jakobs G. – Cancio Meliá, M pág. 100, Hammurabi 2005, quien en último análisis considera que no es ni puede ser «derecho».

⁵⁴ Schunemann Bernd, ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insopportables tendencias erosivasen la realidad de la administración de justicia penal y de su insopportable desatención teórica en D.P.E., t. 2, pág. 963 y ss.

⁵⁵ Zaffaroni E.R. La legitimación penal del control penal de los «extraños» en Derecho penal del enemigo, vol 2, p. 1134, trabajo donde contesta negativamente ambos interrogantes.

De ello, este autor colige que o se trata de un extremo derecho penal de autor o al no existir una predeterminación del enemigo se limitan los derechos y garantías de todos los ciudadanos⁵⁶ y, por otro lado, surge la pregunta sobre quien individualiza al enemigo respondiendo que es el poder coyuntural quien lo hace según sus conveniencias⁵⁷.

Sujeto, persona, enemigo.

Cabe aquí efectuar una aclaración con relación al significado de los términos *sujeto* y *persona* en una concepción de teoría de los sistemas como la de Jakobs.

Desde una perspectiva tal se puede distinguir entre el *hombre* como ser antropológico, el hombre como *sujeto* en cuanto a ser ético que se autoreconoce y reclama su reconocimiento en el mundo y el hombre como persona incorporado a un sistema social y sometido a reglas de conducta impuestas por las relaciones de comunicación.

El hombre es una realidad, el sujeto porta un valor ético que reclama igualdad (dignidad) y la persona es un ser comunicacional, portador de un rol, que puede actuar en diversos sistemas sociales. Su (auto) exclusión de un sistema no implica que no pueda ser portador de un rol en otro sistema social, y es la adquisición de ese status (persona en ese sistema social) de donde deriva su responsabilidad por la infracción de ese rol⁵⁸.

Por ello, cuando desde esta perspectiva se considera una (no) persona, ello tiene significación en el sistema social del que se trate, sin que –en principio– afecte su personalidad en otro sistema social.

⁵⁶ Zaffaroni, op cit

⁵⁷ Ob. cit p. 1125

⁵⁸ En detalle Grosso García, M. ¿Qué es y qué puede ser el «Derecho penal del enemigo» una aproximación crítica al concepto. En «Derecho penal del enemigo» T. 2 p.43 y ss. Una versión crítica de caracterizaciones similares en (Agamben G. Homo sacer, el poder soberano y la vida nuda, citado por Muñoz Conde F. en «De nuevo sobre el» Derecho Penal del Enemigo»)

El concepto de enemigo (y su compatibilidad con el estado de derecho) es uno de los puntos cruciales en el esquema de Jakobs, y necesario para abordar la consideración de la condena de Raxcacó Reyes.

De modo general, entiende Jakobs que *enemigo* es aquel de quien no cabe esperar que se comporte como ciudadano, pues hay infractores que aun cuando se desvían en el seguimiento de la normas se hacen acreedores a una respuesta contrafáctica aseguradora de la vigencia de la norma, mientras otros renuncian lisa y llanamente al seguimiento de la misma, esto es, se comportan como enemigos.

Ahora bien, al momento de concretar quien es enemigo, es claro que se presentan problemas de entidad suficiente para cuestionar la compatibilidad de este concepto, con su legitimación en un Estado de Derecho.

En primer lugar, cabe imaginar que si bien en la concepción de Jakobs los inimputables son no-personas en derecho penal, ello no los convierte en enemigos, conservando su status de ciudadanos.

Ahora bien, el concepto enemigo no tiene *ex ante* un alcance determinado a un grupo de (no) personas, por lo que se individualiza a quienes lo son mediante el etiquetamiento que realiza el poder coyuntural, por razones de conveniencia⁵⁹.

Por su parte, Schunemann señala que al enemigo como opositor general al orden jurídico, Jakobs lo aprecia desde una perspectiva individualista del comportamiento desviado, que no se condice con las relaciones sistémicas que el mismo reconoce y que suena entonces poco plausible⁶⁰.

Entiende semánticamente insostenible que existan personas orientadas de un modo general en contra del derecho, exemplificando como un capo mafia puede ser un buen padre que atiende

⁵⁹ Zaffaroni op. cit.

⁶⁰ Schunemann, B. ¡Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad y su insoportable desatención teórica en Derecho penal del enemigo, vol 2, p.982.

escrupulosamente sus obligaciones del derecho de familia, si bien Jakobs (posteriormente) aclara que «...quien orienta su vida de modo imputable y más o menos permanente con base en estructuras criminales se derrumba, si bien no de modo global, pero si de modo sectorial, la presunción de comportamiento conforme a Derecho, y con ello, un presupuesto de su status en cuanto persona en Derecho.»⁶¹

El argumento no resulta convincente en tanto el mafioso puede respetar el derecho (de familia), pudiendo esperarse que continúe de tal modo.

Por otra parte, la cancelación del status de persona, aunque sea parcial, no puede menos que motivar objeciones desde una perspectiva constitucional.

Asimismo, se advierten otros problemas en la determinación del enemigo, como los vinculados al momento de su individualización. La pregunta es si ello se da en el momento del «hecho», del inicio del proceso, o de la sentencia condenatoria firme, entre otros posibles.

Estas apreciaciones –entre tantas otras– dan razón a la conclusión de Zaffaroni en cuanto a que la categoría jurídica de enemigo es intolerable en un estado de derecho y sólo compatible con un estado absolutista⁶².

Raxcacó Reyes. Pena de muerte y enemigo

Resta considerar si pese a los déficits apuntados y el rechazo de esta construcción teórica, la consideración de *enemigo* en los términos de Jakobs ha estado presente en la sentencia del caso tratado. La respuesta es negativa si se consideran los lineamientos trazados, aunque no se descarta que un desarrollo de la ideología ínsita en el Derecho penal de enemigos, pudiera amparar una decisión como la adoptada respecto de Raxcacó Reyes.

⁶¹ Jakobs G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad en Derecho penal del enemigo, Vol.2, p.105.

⁶² Nota 55 y 57.

Las consideraciones para entender que la pena de muerte no se ajusta –en principio–, al derecho penal de enemigo esbozado, son:

a) En primer lugar, y más allá del delito probado, se requeriría una mínima *declaración* de tal condición de *enemigo* –al menos como adscripción–, lo que no surge de ninguna de las constancias del proceso, ya que –en cuanto a la pena–, en la sentencia condenatoria sólo hay una remisión a la cominada en el tipo penal seleccionado.

b) El Derecho penal de enemigos se presenta como una forma de morigerar los efectos del puro ejercicio de poder punitivo –trato de «cuasi persona», «guerra refrenada»–, tanto en el proceso como en el castigo, cosa que no ha sucedido en el caso, ya que resulta impensable una pena mayor a la impuesta.

c) Las referencias a que el enemigo puede cambiar su conducta y readquirir la condición de ciudadano⁶³, dan cuenta de que se excluye la pena de muerte de una concepción coherente con este postulado.

d) En particular, Jakobs expresamente considera que no se trata de «descuartizamiento público para la intimidación» o cosas similares⁶⁴, pudiendo apreciarse que la pena de muerte no se encuentra presente en las discusiones referidas al derecho penal de enemigos⁶⁵.

En síntesis, el pronunciamiento no se ha fundado en forma expresa en los lineamientos del DPE, tal como lo formula Jakobs, con la sospecha – harto probable– del desconocimiento de los operadores judiciales de aquellos.

⁶³ Cfr. nota 5.

⁶⁴ Jakobs ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. P. 114.

⁶⁵ Los casos extremos se vinculan a la consideración de torturas a terroristas para obtención de datos por cursos lesivos en proceso (vgr. para la detección de bombas instaladas y más crítico la determinación de bases terroristas).

Tampoco podría –en principio – legitimarse un pronunciamiento como el del caso en una concepción como la esbozada por Jakobs, aun cuando un desarrollo de sus bases teóricas pudiera devenir en una concepción tan peligrosa que diera cobertura de legitimidad a «soluciones» como la presente.

En efecto, se ha cuestionado al derecho penal de enemigos en tanto derecho penal de autor, lo que queda confirmado con las afirmaciones de un dilecto discípulo de Jakobs: «*La concepción de un Derecho penal del enemigo sólo es (efectivamente) imaginable como Derecho penal de la actitud interna, como un Derecho penal de autor coherente: el punto de partida de un Derecho penal del enemigo está en el pronóstico de una falta permanente de fidelidad al ordenamiento jurídico, es decir un pronóstico relativo a una actitud interna o posición del «autor», en esta medida: una disposición....Cualquier falsario, ladrón, hacker, allanador, etc. puede actuar con una «actitud interna enemistosa»»*⁶⁶

Las expresiones precedentes despejan toda duda: el derecho penal del enemigo es un derecho penal de autor, lo cual exime de otros comentarios.

En el caso, Raxcocó Reyes fue considerado *enemigo* sin necesidad de elaboraciones teóricas al respecto, reiterando lo que ha sido una práctica de épocas pretéritas: el ejercicio de poder punitivo sin necesidad de un discurso consistente que lo respalde⁶⁷.

Así, la mera invocación a la seguridad ciudadana y otros formulismos de esa especie resultan suficientes para consagrar leyes represivas como la aplicada a aquel⁶⁸.

⁶⁶ Mussig, B. Derecho penal del enemigo. Fatídico presagio. Algunas tesis en Derecho penal del enemigo, vol. 2, p.389.

⁶⁷ En este sentido Zaffaroni E.R., En busca de las penas perdidas –Deslegitimación y dogmática jurídico–penal, Ediar, donde analiza la deslegitimación por los hechos mismos, p. 42, el desprestigio de los discursos penales latinoamericanos por sus vínculos ideológicos genocidas, p.45, la imposibilidad de considerar orgánicamente las distintas actitudes de «huida» al derecho penal, p.119, y la ausencia de «élites del pensamiento» que elaboren respuestas teóricas al fenómeno punitivo, p.165.

⁶⁸ Zaffaroni En busca... p. 119.

Algunas conclusiones:

El derecho penal de enemigos ha sido planteado como un «derecho de necesidad» para legitimar y contener prácticas que concultan o disminuyen derechos y garantías del derecho penal de los ciudadanos, como un «derecho paralelo», separado a fin de no «contaminar» a este último.

Se cuestiona que este derecho no es tal (Cancio Meliá), convirtiéndose en un derecho penal de autor, lo que parece poco discutible (Mussig) que tiene como propósitos declarados la seguridad de la sociedad frente a peligros (peligrosos).

Un «derecho» así caracterizado aparece como superfluo para algunos, debiendo señalarse con énfasis que no resulta compatible con el estado de derecho.

El pragmatismo que podría invocarse debe ser invalidado, pues las experiencias autoritarias muestran que un aumento de la seguridad (cognitiva) produce una devaluación de la seguridad normativa, (Garantías y Estado de Derecho), con lo cual no se restablece la vigencia de la norma ni la confianza de los ciudadanos en ella.⁶⁹

En definitiva, es claro que Raxcacó Reyes ha sido tratado como un enemigo aun cuando los lineamientos del Derecho penal de enemigos como hoy se los formula, no permiten legitimar la pena de muerte impuesta.

VIII. Obligación de reparar

El Alto Tribunal establece en la sentencia que la violación de una obligación internacional imputable al Estado comporta el deber de reparar adecuadamente el daño causado y hacer cesar las consecuencias de la violación⁷⁰, declarando beneficiario a Ronald

⁶⁹ Como ejemplo se mencionan las políticas de corte penal-policial como la «tolerancia cero», con un dudoso éxito pasajero, criticables por su alta selectividad, y costo social.

⁷⁰ Caso Acosta Calderón, *supra* nota 1, párr. 145; Caso Yatama, *supra* nota 1, párr. 230, y Caso Fermín Ramírez, *supra* nota 1, párr. 122.

Ernesto Raxcacó Reyes conforme el artículo 63.1 a lo cual deben añadirse las acciones del Estado para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los del presente.

a) Revocación de la sentencia a pena de muerte de Raxcacó Reyes

En el apartado resolutivo la Corte estableció que:

«...dentro de un plazo razonable, se deje sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) y, sin necesidad de un nuevo proceso, se pronuncie otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte. Para ello, la Corte toma en cuenta que esta punibilidad resultaba incompatible con la Convención Americana, considerando los razonamientos que al respecto se expresan en otra parte de la Sentencia y de la que se desprende que el Estado no podía aplicar dicha pena en el caso concreto que ahora se analiza. El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en este caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia.

De igual modo se dispuso que el Estado provea al señor Raxcacó Reyes, si éste así lo requiere, por el tiempo que sea necesario, sin cargo alguno, adecuado tratamiento médico y psicológico, incluida la provisión de medicamentos, como permitir que éste reciba visitas de su esposa. Finalmente, el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para que el señor Raxcacó Reyes pueda reincorporarse en la sociedad una vez que cumpla la condena que se le imponga, tal como lo dispone el artículo 5.6 de la Convención Americana.

El párrafo precedente es clara indicación de la correlación entre la cuestión central de la demanda y el carácter de beneficiario adjudicado en el decisorio al Sr. Raxcocó Reyes, pudiendo señalarse como destacable que la Corte no ingresa a tratar las cuestiones debatidas como si fuera un Tribunal de Alzada (ámbito que no le es propio), sino que impone dictar nueva sentencia sin un juicio nuevo.

El Estado de Guatemala aceptó finalmente el fallo y en el Tribunal correspondiente se le impuso al Sr. Raxcacó Reyes la pena de cuarenta años de prisión incommutables, que cumple en condiciones que se acercan a los parámetros indicados, por el delito de secuestro previsto en el art. 201 del Código Penal de ese país⁷¹.

b) Otras formas de reparación

Ahora bien, con el título de «Otras formas de reparación» la Corte dispuso que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter necesarias para adecuar su derecho interno a la Convención Americana, en especial que el **Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia.**

Asimismo, se ordena la implementación de un procedimiento que permita a los condenados a muerte solicitar y obtener en su caso un indulto o commutación de pena, como «*la modificación, dentro de un plazo razonable, del artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrarse cada conminación penal. Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana. Mientras esto ocurra, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.*

La modificación impuesta es consecuencia de la consideración de que la legislación que no se ajusta a lo establecido en la

⁷¹ Cfr. www.cejil.org/labores.cfm.

Convención, resulta *per se* una infracción a sus disposiciones con prescindencia de su concreta aplicación, y obviamente, para que situaciones como la de autos no se reiteren en el futuro.

Resulta interesante advertir que el concepto de reparación se aparta aquí del que resulta aceptado en derecho civil y tiene características que la acercan al campo del derecho público.

Ello es congruente con la naturaleza del caso en tratamiento, y su especial consideración se efectúa –como se ha dicho– porque la idea de reparación en derecho penal es abordada –muchas veces– desde perspectivas civilistas del tema.

Si bien el Sr. Raxcacó Reyes es declarado beneficiario de las reparaciones sólo algunas de ellas lo tienen en tal carácter, ya que el decisorio establece deberes al Estado que no tienen que ver con su persona, sino con la garantía de que no ocurran situaciones como la que fuera puesta a consideración de la Corte; en definitiva, puede advertirse que beneficiaria del cambio de legislación impuesto va a resultar la ciudadanía toda de Guatemala.

En este sentido, aporta a la mejor comprensión del punto la distinción entre «victima actual» y «victima potencial»⁷², reservando la primera expresión para aquel que ha sufrido las consecuencias del delito y, la segunda, para el resto de la comunidad, esto es comprendiendo a todos aquellos que eventualmente podrían devenir en víctimas actuales.

En cuanto al mentado concepto de reparación se ha dicho que en «...la reparación «penal», tal como la prevé el Código Penal prevalece el aspecto de «reconocimiento de la norma» (reconciliación con el derecho o el restablecimiento del statu quo patrimonial (reparación del daño)... En la base del abordaje del problema debe hallarse, pues, la radical diferencia entre el derecho civil como regulador de una relación entre partes con vocación -en nuestro sistema- básicamente

⁷² La distinción entre víctima actual y víctima potencial la toma de Seelman, Silva Sánchez J.M. en el trabajo «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de «reparación» en Perspectivas sobre la política criminal moderna», Ed. Ábaco, pág. 198, nota 17.

reparatoria de la víctima actual y el derecho penal, como sistema con vocación preventiva, en él es ineludible la referencia a la colectividad o si se quiere a las víctimas potenciales...»⁷³.

En rigor, el planteo de la reparación en el derecho penal se refiere a aquella que puede efectuar un particular con el fin de restituir la paz jurídica, donde la concreta restitución de la cosa o indemnización del damnificado no es sino una forma de reparar pues «....Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica. Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios. También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación... Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que desde la perspectiva del derecho penal la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma; más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental...Desde el punto de vista del derecho penal, en cambio, tan relevante o más que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en cuanto en el mismo se expresen los elementos de resocialización y reconocimiento de vigencia de la norma»⁷⁴.

El concepto así configurado permite comprender cabalmente la idea de reparación en la teoría de la pena no ya como una tercera vía que apunta a distintos fines, sino como realizadora de las finalidades clásicas del derecho penal.

De igual modo en la suspensión del juicio a prueba, el ofrecimiento de reparación a la víctima actual se presenta entonces sólo como una de las formas de reparación penal.

El punto de contacto resulta evidente: la reparación (penal) es «...aceptación de la norma vulnerada... reconocimiento de vigencia

⁷³ Silva Sánchez, ob. cit. pág 197.

⁷⁴ Silva Sánchez ob. cit. pág 209.

de la norma...» sea que la misma corresponda al derecho interno o a una norma del derecho internacional incorporada al mismo.

La decisión de la Corte no sólo trajo como consecuencia que el Sr. Raxcocó Reyes conserve su vida –lo que de por sí es una finalidad más que suficiente para justificar la tarea procesal llevada a cabo–, sino que ha contribuido a «*restituir la paz jurídica*», al «*reconocimiento de vigencia de una norma*» fundamental (el derecho a la vida), por parte de Guatemala, con lo cual se justifica plenamente denominar «*reparación*» a las medidas impuestas por la Corte a Guatemala.

IX. Conclusiones

La pena de muerte es una sanción sobreviviente de las penas corporales, que en este siglo contrasta –por brutal– con la proposición de controles de comportamiento «civilizados» como los medios electrónicos⁷⁵.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos no garantizan *per se* la abolición de la pena de muerte, pero evidencian un grado de conciencia de las naciones, de su cultura jurídica, e imponen un consenso normativo que resulta imposible de desconocer, máxime cuando instauran una instancia jurisdiccional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tendencia internacional es claramente abolicionista, lo que refuerza la visión optimista de Zaffaroni en cuanto a que el derecho penal, en la disyuntiva de convertirse en un saber no pensante o pensante, decidirá su futuro por el pensar, pues el saber no pensante actual es mucho más suicida que el anterior, y el Estado de Derecho se va fortaleciendo con la reafirmación de los Derechos Humanos.

Por otro lado, los grandes problemas como el medio ambiente, el armamentismo, las drogas, etc. deben resolverse, pero quizás las agencias político–burocráticas dejen de transferir los mismos al ámbito jurídico penal y «*Los penalistas deben aprender a enseñar a*

⁷⁵ La referencia es al grado de残酷 y no a otras discusiones referidas a críticas que pueden efectuarse a los medios electrónicos de control.

las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.»⁷⁶

Asimismo «... causar la muerte a un solo ser humano no es ni puede ser «un precio que valga la pena pagar», por «sensata» o incluso noble que pueda ser la causa por la que se paga... Quien busque la supervivencia asesinando la humanidad de otro ser humano sólo consigue sobrevivir a la muerte de su propia humanidad»⁷⁷.

Jakobs ha empleado intencionadamente «conceptos desaprobados» y como el mismo señala políticamente incorrectos, para caracterizar el estado de situación que desborda los límites del Derecho penal y que él cobija bajo el rótulo de derecho penal del enemigo.

Ahora bien, el derecho penal del enemigo no es compatible con el estado de derecho, y su consolidación normativa debe ser vista como un retroceso por lo que ni siquiera «... la semántica, a todas luces escandalosa del Derecho penal del enemigo no debería, de entrada, en aras de la evitación de malos entendidos, abrirse paso en la terminología de la ciencia jurídico penal.»⁷⁸.

La condena impuesta al Sr. Ronald Ernesto Raxcacó Reyes no se funda en las directrices del Derecho penal de enemigos, si bien es claro que la «pena» importa el desconocimiento de la condición de persona, y por tanto, su trato como enemigo.

En cuanto a las reparaciones establecidas en la sentencia, es claro que resultan satisfactorias no solamente en cuanto se preservó la vida del Sr. Raxcocó Reyes, sino también por el reconocimiento del derecho fundamental consagrado en el art. 4º y consecuentemente la no aplicación de la pena de muerte.

Tal reconocimiento establece como beneficiarios a todos los habitantes de Guatemala en tanto víctimas potenciales y es un avance en el campo de los Derechos Humanos en América.

⁷⁶Zaffaroni E.R. Tendencias finiseculares del derecho penal -Libro de ponencias - Congreso internacional La Persona y el Derecho en el fin de siglo Santa Fé 1996

⁷⁷ Bauman, Z. Amor líquido p.111 Fondo de Cultura Económica.

⁷⁸ Kindhauser, Urs, Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de derecho en DPE vol.2 p.164.